

LA COOPERACION REFORZADA TRAS NIZA

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ SIERRA (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. - II. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM. II.1. *Introducción*. II.2. *La cláusula general*. II.3. *La cooperación reforzada en el primer pilar*. III. LA CIG 2000 Y EL TRATADO DE NIZA. IV. CONCLUSIONES.

(*) Licenciado en Derecho, CC. Políticas y Sociología. Master en Unión Europea, Doctor en Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea del futuro, habitada según deseo del Consejo Europeo por el doble de Estados miembros (EEMM) que en la actualidad, no puede siquiera aspirar a seguir desarrollándose con los mismos presupuestos y mecanismos. Entre los puntos cardinales del método de la nueva Europa tenemos, junto (o sobrepuesto, o fagocitando) con el funcionalista, la posibilidad de hacer uso de un modelo diferencialista. Ello no porque Amsterdam institucionalizara la cooperación reforzada, sino esencialmente porque son demasiadas las trabas a una evolución positiva del conjunto de los EEMM.

La cooperación reforzada, tal y como se acordó en Amsterdam, supone la primera incorporación en el Derecho Originario de un modelo de integración diferencialista, un modelo que facilita la realización de estadios superiores de integración por un grupo reducido de EEMM. Ello supone un punto de inflexión en un modelo tradicional de integración, el cual contaba entre sus bases con la evolución conjunta de todos los EEMM (1)

(1) Para situarse en la problemática de los modelos de integración e integración política en la UE: GILLESVILLE, P.: «Models of Integration,» en Faffan, B. «Constitution-Building in the European Union,» Institute of European Affairs (IEA), 1996, espec., pp. 157-166; Lindberg, L.-N.: «Political Integration: Definitions and Hypotheses,» en Nelsen, B.-F.: «The European Union: Readings on the theory and practice of European Integration,» Macmillan Press LTD, 1998, espec., pp. 145-147; Pierson, P.: «The Path to European Integration: A Historical Institutional Analysis,» en Nelsen, B.-F.: «The European Union: Readings on the theory and practice of European Integration,» op. cit., pp. 145 y ss; Bonvicini, G.: «Political European Integration: Integration Requisites,» en KOURVETARIS, G.A. y MOSCHONAS, A.: «The Impact of European Integration: Political, Social and Economic Changes,» Praeger, Londres, 1996, p. 171 y ss.

independientemente de que las capacidades o reticencias de algunos EEMM impidieran la consecución de mayores metas de integración. Para hacer posible la realidad diferencialista, los «Estados e instituciones comunitarias admitieron en su conjunto que, como cuestión de principio, ya no cabe ignorar la contradicción planteada entre el principio de unidad de la integración y heterogeneidad de los Estados miembros» (2).

La nueva dimensión en el modelo de integración afecta irreversiblemente al sistema institucional, de una forma directa al Consejo de la Unión y de una forma indirecta al resto de instituciones. Tal incidencia, siendo hoy bastante incierta, demanda también nuestro análisis. En especial buscaremos las enseñanzas extraíbles de cara a la evolución del Parlamento Europeo (PE). Para poder llegar a concluir sobre la repercusión de esta nueva realidad en el papel de la institución parlamentaria, nos detendremos en la configuración del modelo, haciendo énfasis en su lógica y en su funcionamiento.

En primer lugar analizaremos el contenido e implicaciones de las disposiciones contenidas en el Tratado de Amsterdam, pues allí se configura el cuerpo del mecanismo, el cual, mantenido en su mayor parte tras Niza, seguirá siendo obligado y principal referente. En segundo lugar nos adentraremos en la GIG 2000 y en las reformas introducidas en el Tratado de Niza, la cuales, ya lo adelantamos, inciden exclusivamente en la activación de la cooperación reforzada. Con todo ello, concluiremos centrándonos en el gran olvidado en Amsterdam y Niza, la dimensión institucional de la cooperación reforzada.

II. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM

II.1. Introducción

El debate político previo a la CIG de Amsterdam fue, simplemente en relación a la construcción diferenciada que nos ocupa, mucho más rico que

(2) MARIÑO MENENDEZ, F.: «La integración diferenciada. La cooperación reforzada,» en Oreja Aguirre, M.: «El Tratado de Amsterdam de la Unión. Análisis y Comentarios. Volumen I,» Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 609.

el prelude de Niza. (3). Su caudal fue recogido por el eje franco-alemán, cristalizando su reflexión en dos cartas conjuntas. En la primera, fechada el 6 de Diciembre de 1995, el Canciller alemán Kohl y el Presidente Francés Chirac, haciendo referencia implícita al Reino Unido, afirmaron que las dificultades temporales de algunos EEMM no debían limitar los posibles avances de la Unión. Por ello, con vistas a la CIG 96, consideraron que el Tratado debería incorporar una cláusula general abierta a la posibilidad de que los EEMM con capacidad y voluntad política desarrollaran una cooperación intensificada, manteniendo el sistema institucional de la Unión (4).

El claro sentido político de dicha carta sería desarrollado en una carta posterior de los ministros de Exteriores de ambos países y en el documento que fue adjuntado a la misma: «Cooperación intensificada a la luz de una mayor profundización en la integración de la Unión» (5). En el documento aparece por primera vez el esquema que se seguiría en Amsterdam. Se parte de la base de que la cláusula a introducir en el Tratado debería permitir la continuidad de la profundización en el proceso de integración, promoviendo nuevas vías a pesar de que inicialmente sólo algunos EEMM estuvieran capacitados para el avance. Además, a modo de justificación, se concreta que la cláusula debe facilitar la flexibilidad dentro del Tratado pues, de otra forma, dicha flexibilidad seguiría teniendo lugar fuera del mismo. Por último, se aboga por la inclusión de dicha flexibilidad en los tres pilares del TUE.

El impulso del eje franco-alemán sería recogido por partida doble. En primer lugar por el Consejo Europeo celebrado en Turín en marzo

(3) Baste recordar algunas contribuciones: MAJOR, J.: «The Europe: a future that Works,» discurso pronunciado en Leiden el 7 de septiembre de 1994, WILLIAM y MARY LECTURE, Universitait van Leiden, The Netherlands, 1994; «Überlegungen zur europäischen Politik,» Positions-papier der CDU/CSU-Bundestagfraktion vom 1 September, Blätter für deutsche und internationale Politik, 1994, n.º 10; Balladur, E.: «Pour un nouveau traité de l'Elysee», Le Monde, 30 de noviembre de 1994.

(4) KOHL, H. y CHIRAC, J.: «Open letter on the 1996 IGC,» Bonn-Paris, 6 de Diciembre de 1995; Alexander C-G.: «A Categorization of Differentiated Integration,» Journal of Common Market Studies, vol. 34, n.º 2, 1996, p. 294.

(5) Carta fechada el 17 de octubre de 1996. Ver la referencia que sobre la carta y el documento realiza EHLERMANN, C.D.: «Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty,» RSC Paper, European University Institute, 1998, p. 6.

de 1996 (6), donde formalmente se solicitó a la CIG el estudio de las posibilidades para incorporar preceptos de carácter general o específico que permitiesen a un cierto número de EEMM desarrollar una cooperación más estrecha, abierta a todos y compatible con los objetivos de la Unión, preservando al mismo tiempo el *acquis communautaire* y respetando el sistema institucional único. En segundo lugar, la base descrita sería asumida por la Presidencia neerlandesa anfitriona de la CIG 96 (7).

Durante las negociaciones de la CIG 96, el estudio demandado por el Consejo Europeo de Turín mostraría la resistencia desigual de varios EEMM a la inclusión de la flexibilidad en el sistema. Entre ellos destacó el bloque formado por los receptores de los fondos de cohesión, éstos tenían a priori que la flexibilidad creara una Europa de dos velocidades, impidiendo con ello su poder de influencia futura (8). Por otro lado el Reino Unido, pese a gozar del juego del *opt in-out*, no deseaba la introducción de cláusulas generales por representar para él un riesgo de marginación, y por haberse demostrado que, pese al rechazo, el desarrollo de la cooperación reforzada tiene a la larga un poder de atracción indiscutible (9). La posición del Reino Unido fue compartida por Dinamarca y Suecia sobre la base de los mismos temores (10).

El Benelux por su parte, en su memorándum conjunto presentado a la CIG, basó sus reticencias en la hipotética desvirtuación del modelo de integración conjunto (11). Por último, recordar que países con intereses tan dispares como Grecia, Finlandia, Irlanda y Dinamarca, coincidieron en la necesidad de reflexionar sobre los aspectos negativos de la flexibilidad, en especial la creación de una UE con dos clases de EEMM (12).

(6) Ver las Conclusiones de la Presidencia para mayor detalle del aquí realizado en <http://europa.eu.int> o EC Bulletin.

(7) Ver las referencias al respecto realizadas en «Federal Trust Conference 11 June 1996: Dividing the Union? Britain and the IGC,» Federal Trust Background Paper, 1996.

(8) Así se reflejó en «Intergovernmental Conference Briefing,» n.º 4/38, third update, 1996, en <http://europa.eu.int/dg7/fiche>

(9) La mejor prueba de ello es la evolución seguida por Schengen.

(10) Así lo afirma KORTENBERG, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam,» Common Market Law Review, vol. 35, n.º 4, 1998, p. 844.

(11) Ver las referencias al respecto realizadas en «Federal Trust Conference 11 June 1996: Dividing the Union? Britain and the IGC,» Federal Trust Conference, 11 de junio de 1996, Background paper, <http://europa.eu.int/en/agenda/igc-home/instdoc/universse/fedtrust.htm>.

(12) «Intergovernmental Conference Briefing,» op.cit., pp. 8-9.

Frente a las reticencias de los Estados, abundaban las razones a favor de la incorporación de la flexibilidad. Siguiendo la lógica división de Caja (13), dos fueron los motivos esenciales para requerir su incorporación: el primer motivo fue la resistencia de algunos EEMM a formar parte de algunos ámbitos de la integración presente y futura; el segundo motivo hacía referencia a la incapacidad de algunos Estados (sobre todo los Estados en vías de adhesión) para ser parte de estadios elevados de integración. Stubb, centrándose en las razones por las que la flexibilidad surgió en el debate político destaca, entre otras, dos razones que merecen ser mencionadas: el ineficiente funcionamiento de los pilares incorporados en Maastricht y el hecho de que la flexibilidad puede considerarse como una alternativa a la unanimidad en el proceso de toma de decisiones (14).

Junto con estas razones genéricas estructurales, los EEMM reticentes durante la CIG tuvieron que valorar los riesgos potenciales de la exclusión de la cooperación reforzada en el Derecho Originario (15). La experiencia de Schengen había demostrado que el veto a nuevos aspectos de integración, cuando éstos cuentan con respaldo, puede provocar la articulación de la política o del ámbito de integración fuera del sistema de la Unión. Tal salida conlleva la ausencia de garantías futuras para los Estados no incorporados en primera instancia, a parte de su absoluta marginación, tanto en la creación como en el desarrollo de los mecanismos activadores del nuevo ámbito.

Con esta dialéctica entre necesidad funcional y reticencias políticas a la hora de incorporar la cooperación reforzada en el Tratado, la CIG 96 aprobó una incorporación limitada de la cooperación reforzada. Ésta se caracteriza por las limitaciones amplias a las disposiciones generales incluidas, así como por la exclusión de la flexibilidad en el segundo pilar. La imposibilidad para alcanzar un acuerdo sobre la inclusión de la flexibilidad en el segundo pilar supuso la excepción más importante a la propuesta de la Presidencia neerlandesa.

(13) CAJA, G.: «How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?», *Common Market Law Review*, vol. 35, n° 4, 1998, pp. 858-889.

(14) STUBB, A.C.G.: «The 1996 Intergovernmental Conference and the management of flexible integration», *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n° 1, 1997, pp. 42-43.

(15) En el mismo sentido KORTENBERG, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam», *op.cit.*, pp. 844-845.

Se acordaría la inclusión de una cláusula general incluida en un nuevo Título VII (antiguo VI bis) «Disposiciones sobre una cooperación reforzada» (Artículos 43, 44 y 45 del TEU) (16). Dicha disposición general se complementaría con preceptos específicos para dos de los tres pilares: el artículo 11 TCE dentro del primer pilar; y el artículo 40 TUE (17) del Título VI para el tercer pilar (antigua CAJI) (18). Como ya indicamos, las propuestas para incluir una disposición en el segundo pilar fueron descartadas por la ausencia de consenso político.

II.2. La cláusula general

II.2.1. Reflexión preliminar

El primer párrafo del artículo 43 TUE dispone: «los Estados miembros que se propongan establecer entre sí una cooperación reforzada podrán hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en el presente Tratado y en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». El párrafo mencionado representa la primera inclusión de una cláusula que, con carácter general y permanente, permite la introducción de diferenciación entre los EEMM.

Por primera vez se crea una posibilidad de desarrollar la integración sin que no todos los EEMM participen en dicho desarrollo desde un principio. La flexibilidad, frente a lo recogido hasta el momento en el Derecho Originario, no parte con una fijación material a un campo restringido, independientemente de que su desarrollo como veremos tiene campos vedados. La posibilidad a la cooperación reforzada se abre al futuro, es decir, no estamos ante la flexibilidad aparecida hasta Amsterdam, la cual venía fijada de principio, teniendo como único rasgo de flexibilidad un *opt-in* futuro predeterminado también a *priori*.

(16) Enumeramos los Artículos de acuerdo a la reenumeración acordada en Amsterdam. Los artículos citados respectivamente sin reenumeración aparecen en el Tratado de Amsterdam como artículos: K. 15, K. 16 y K. 17 dentro del Título VI bis.

(17) Antiguo artículo K. 12.

(18) El título VI tras Amsterdam se denomina «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal.» Buena parte de la doctrina, aun hoy, sigue refiriéndose al tercer Pilar con su antigua denominación, a saber CAJI.

El principio general en el contexto de la cooperación reforzada se incluye tanto en el TUE como en el TCE, es pues un principio con vocación de generalidad aplicable a la UE y a la CE.

La incorporación de la cooperación reforzada se hace de forma plena al habilitarse las instituciones y procedimientos de la UE y de la CE para el desarrollo de los nuevos ámbitos de integración. Al disciplinarse que los Estados «podrán hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos» cuando decidan establecer entre sí una cooperación reforzada, se hace referencia a la discrecionalidad en su uso cuando se decida aplicarla y no necesariamente a la aplicación de la cooperación reforzada fuera del Tratado. Esta cuestión queda abierta como veremos.

Si se actúa dentro del sistema, sus mecanismos son los utilizables. Ello resulta lógico del propio interés de los EEMM actores en la cooperación reforzada y de la lógica del sistema. Los primeros son claros beneficiarios de éste uso, ya que, optar por nuevos mecanismos pudiendo utilizar los del sistema, a priori, sólo aportarían externalidades negativas, tanto en el funcionamiento de nuevas instituciones inexpertas como en los costes, ya que éstos son sufragados por los EEMM actores de la cooperación reforzada.

En cuanto a la lógica del sistema, la redacción del precepto podría considerarse redundante, pues la idiosincrasia de una política dentro del sistema es precisamente la inmersión de su desarrollo a través de los cauces del mismo.

Como indicamos queda abierta la cuestión sobre la posibilidad futura de utilización de la cooperación fuera del Tratado. En primer lugar hemos de considerar que los términos «podrán hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos» no vienen referidos necesariamente al desarrollo del mecanismo dentro del sistema sino a la utilización de los mecanismos del sistema para el desarrollo de la cooperación.

Si se admite que los preceptos referidos a la cooperación reforzada determinan su desarrollo fuera del sistema, habrá que estar, de forma general, a la necesidad de respetar el principio de «lealtad federal» expresado en el actual artículo 10 TCE, según el cual «los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en pe-

ligo la realización de los fines del presente Tratado.» Aquí, Ehlermann señala que no es posible denegar a los EEMM el derecho a establecer cooperación reforzada fuera del sistema UE, en tanto que el principio citado está restringido a la CE (19). Además, dentro de la CE, conviene recordar que la incorporación de las disposiciones incluidas en el Tratado de Amsterdam no alteran la problemática de la delimitación de la afectación de la cooperación reforzada desarrollada fuera del sistema en los fines del TCE. Siempre se podrá alegar que la mayor integración a través de cooperación reforzada tiende a favorecer la consecución de los fines del TCE.

Por último, la institucionalización de la cooperación reforzada supone la primera referencia a un método de integración en el Derecho Comunitario. Si el modelo monnetista-etapista se identifica con la meta expresada en los preámbulos de los Tratados («una Unión más estrecha entre los pueblos de Europa»), el modelo de la flexibilidad goza desde un principio de disposiciones reguladoras dentro de los Tratados.

II.2.2. La delimitación del principio

El principio general anteriormente descrito se completó con una serie de limitaciones. Estas, como avanzamos, fueron la forma de satisfacer a los EEMM recelosos con la inclusión del principio, su presencia se entiende en favor de la ortodoxia tradicional y contra una posible fragmentación del sistema. Las limitaciones, siendo tan numerosas (8 en total) y extensas, deben considerarse configuradoras del propio principio general. Pasamos a comentarlas según el orden y numeración del párrafo primero del artículo 43 TUE.

a) La cooperación reforzada se podrá incluir dentro del sistema siempre que «pretenda impulsar los objetivos de la Unión, así como proteger y servir sus intereses.» El objetivo de dicho precepto es imposibilitar el uso de la cooperación reforzada para deshacer trayectos ya recorridos. Mientras la idea de flexibilidad hace referencia a un mecanismo sin prejuzgar el uso del mismo, la cooperación reforzada implica un desarrollo

(19) EHLERMANN, C.D.: «Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty», op.cit., p. 9.

en positivo, parte de la asunción de la integración producida hasta Amsterdam y posibilita una vía de «impulso,» nunca una vuelta atrás.

Para algunos autores éste precepto establece una obligación de poner la cooperación dentro de las competencias de la Unión no pudiendo excederlas, por lo cual no quedaría espacio para la cooperación fuera del sistema del Tratado en aquellos asuntos superadores de las competencias de la Unión (20). Dicha interpretación, a nuestro entender, resulta excesivamente restrictiva.

El precepto hace referencia al impulso de los «objetivos» de la Unión protegiendo sus «intereses.» Los objetivos, no disciplinan forzosamente las competencias, en cualquier caso favorecen una interpretación extensiva de las mismas por *mor* de alcanzar aquellos. En el contexto estudiado, contrariamente a la posición doctrinal indicada, parece que la cooperación reforzada usa los mecanismos de la Unión para culminar sus objetivos, los cuales pueden demandar una relajación de los límites competenciales de la Unión amén de que los ámbitos afectados por la cooperación sirvan mejor a los «fines» de la Unión.

b) La cooperación deberá respetar «los principios contenidos en dichos Tratados y el marco institucional único de la Unión.» En lo referente al marco institucional, el precepto es el refrendo del principio general del sistema institucional único presente tanto en la UE como en la CE (artículos 3 TUE y 7 TCE). La mención del respeto a dicho principio es absolutamente necesaria dado que el principio de unidad institucional es contrario a la lógica de la participación institucional impuesta por la cooperación reforzada. El mantenimiento del sistema institucional único no depende solamente de la existencia de un sólo Consejo, además demanda una representatividad global de la UE por parte de sus instituciones. Pese a ello, como veremos, la voluntariosa mención del respeto al principio no conlleva al mismo, incluso más, tal fin es contradicho por el medio. El tema, por su centralidad, demanda un desarrollo posterior.

Por otro lado, la referencia a los principios contenidos en los Tratados puede considerarse a la vez limitación y aliento al desarrollo de la

(20) KORTENBERG, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam,» op.cit., p. 845.

cooperación. Como hemos visto, en la letra a) se vincula la cooperación a la evolución de la Unión y a sus objetivos, los cuales, por la coherencia del sistema, son compatibles con los principios. Así, la cooperación reforzada conforma su naturaleza con los propios principios de la Unión y es arma de evolución futura que sirve a sus intereses, por ello, no debe entenderse a *priori* motivo de alteración de los principios de la Unión.

Junto con esta visión positiva, también puede afirmarse que la coherencia y la unidad institucional, siendo principios esenciales del Derecho Comunitario, se ven amenazados por la puesta en práctica de la unidad institucional.

c) La cooperación reforzada se utilizará «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.» El precepto debe analizarse desde la perspectiva de la negociación entre los EEMM, así como desde la limitación de las competencias y mecanismos de la Unión.

El precepto parte de la asunción de que los objetivos de la Unión pueden ser demasiado ambiciosos para ser alcanzados con los mecanismos establecidos en el Tratado. Por ello precisamente cobra sentido la incorporación de la cooperación dentro del Tratado, la cooperación sirve cuando los procedimientos establecidos se muestran incapaces o insuficientes. Aquí cobra sentido la alternativa planteada a la vinculación estricta de la cooperación reforzada a las competencias de la Unión (21).

Se trata de ver cuando se agotaron los recursos establecidos para poder activar la cooperación como generadora de mecanismos inexistentes. El precepto, al enfatizar «cuando no se hayan podido alcanzar», demanda que la constatación de la imposibilidad sea práctica. Se pretende constatar la insuficiencia de los mecanismos a través de un intento de utilización fallido.

(21) En refuerzo de nuestra tesis conviene recordar que, frente al silencio de los preceptos referidos a la UE, en las disposiciones específicas de TCE se explicita la no superación de las competencias de la CE. Dicho aspecto será analizado con mayor detalle en la sección referida a las cláusulas específicas.

Un ejemplo teórico para el primer pilar podría ser el intentar crear «nuevos poderes de acción,» tal y como posibilita el artículo 308 TCE (antiguo 235), para, una vez constatado el fracaso de dicha vía dar paso a la cooperación reforzada (22). Además pueden darse casos en los que los objetivos de los EEMM claramente rebasen los mecanismos tradicionales establecidos por los tratados, transformando en esfuerzos fútiles los intentos referidos y determinando *ab initio* las necesidades de la cooperación. Al final, serán los EEMM los que autorizando la cooperación decidan implícitamente cuando éste mecanismo es el último recurso.

En la práctica el precepto planteará problemas de aplicación, problemas que no encontrarán en el recurso a la Corte europea un gran alivio (23). Cabría tal posibilidad cuando unos EEMM impidiesen la activación de la cooperación reforzada, no por su oposición a su desarrollo puntual, sino por considerar que no se han explotado las posibilidades existentes para llevar a buen puerto el objetivo perseguido. Contrariamente, el resto de EEMM discreparía de tal posicionamiento simplemente en base a la valoración sobre el agotamiento de los recursos. La situación, aun teóricamente posible, no es factible en la práctica, pues los EEMM que puedan oponerse a la cooperación no lo harán amparándose en la inexistencia de mecanismos sino en la oposición frontal a la activación de cooperación reforzada en ciertas áreas.

Partiendo de la base de que, como veremos, la activación de la cooperación demanda en última instancia el acuerdo (al menos tácito) de todos los EEMM, ningún Estado opuesto a su activación se arriesgará a justificar su negativa en el precepto indicado, pues ello facilitaría una posible actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en contra de sus intereses. El peligro de dicha intervención se evitará con el uso del veto posibilitado por el mecanismo de activación, ubicando el problema en el Consejo Europeo y no en el TJCE.

d) La cooperación debe implicar «al menos a una mayoría de Estados miembros.» Con la inclusión de dicho límite se pretendió evitar la formación de un núcleo duro de Estados. Esta posibilidad, como vimos al

(22) Elegimos este ejemplo por su carácter gráfico. En la práctica, su utilización queda en entre dicho por superar las competencias de la CE.

(23) Sobre tal posibilidad ver el párrafo 4 del artículo 40 TUE.

estudiar el informe CDU/CSU, era temida por la mayoría de los EEMM. Dichos temores sin duda se han mitigado con dicha disposición. El precio a pagar es una dificultad añadida a la ejecución de la cooperación.

La doctrina sitúa el estudio de la disposición en el contexto de las diferentes capacidades y voluntades de los EEMM, sobre todo en la perspectiva de la ampliación. Hoy, con la Europa de los 15, no abundan las áreas en las que una mayoría de EEMM estén dispuestos a aplicar la cooperación. Similar razonamiento es aplicable al alcance de la homogeneidad necesaria en algunas áreas para optimizar los resultados de la cooperación. Dicha situación no hará sino empeorarse con las futuras ampliaciones (24). En opinión de Ehlermann, esta realidad permite prever que en el futuro la cooperación reforzada tendrá lugar también fuera del sistema de la UE (25).

Las posiciones doctrinales citadas, independientemente de su corrección, carecen de la perspectiva general necesaria. Desde dicha perspectiva se divisa un panorama menos negativo. La mayoría requerida para activar la cooperación en el primer y tercer pilar es la mayoría cualificada, salvo que se haga uso del veto. Ello implicará que los EEMM deseosos de activarla, generalmente afrontarán más problemas a la hora de encontrar la mayoría cualificada de activación que para hacerlo con la mayoría simple de aplicación.

También conviene ampliar la perspectiva al funcionamiento de la cooperación. Una vez que una mayoría de EEMM inicien la actividad dentro de la misma, la toma de decisiones, reduciéndose en número de Estados y siendo éstos favorables a una mayor integración, será siempre más ágil que la realizada en ámbitos en los que intervienen la totalidad de Estados. La cooperación reforzada, independientemente del número de EEMM con que cuente la Unión, reducirá heterogeneidad y acelerará la toma de decisiones en los campos donde se active, permitiendo la consolidación de las áreas desarrolladas.

(24) Así lo afirma JUNGE, K.: «Flexibility, Enhanced Cooperation and the Treaty of Amsterdam,» European Dossier Series, London European Research Center-University of North London, 1999, p. 51.

(25) EHLERMANN, C.D.: «Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty,» op.cit., p.10.

En conclusión, las dificultades innegables que el precepto analizado supone para la activación de la cooperación reforzada no deben ocultar los beneficios del procedimiento una vez es activado, con relación a los términos normales de la aplicación de toma de decisiones en el mismo ámbito de aplicación de cooperación, así como de la consolidación futura del área desarrollada. La cooperación no es sino una selección en positivo de países más capacitados y dispuestos a desarrollar un área de desarrollo que todos los EEMM conjuntamente.

e) Como quinto requisito se demanda que la cooperación «no afecte al acervo comunitario ni a las medidas adoptadas sobre la base de las demás disposiciones de dichos Tratados.» Este precepto es fundamentalmente una afirmación de una de las características esenciales del principio general, a saber: la cooperación se construye en positivo, no puede amparar un retroceso con respecto al grado de integración adquirido, constituyendo un desarrollo del principio general ya analizado (por lo que nos remitimos a lo allí dicho) (26). Por otro lado la no afectación debe entenderse también en relación a la conformación del acervo como un todo. Esta mención deberá tenerse especialmente en cuenta a la hora de estudiar la repercusión del fraccionamiento institucional en el acervo.

Entrando en otra dimensión de las repercusiones futuras de la cooperación reforzada en el acervo comunitario, conviene destacar que, frente a lo estipulado en el protocolo comunitarizador del acervo Schengen, nada se dice al respecto de la asunción de las áreas desarrolladas por los futuros Estados miembros. Este silencio ha sido atribuido a la falta de acuerdo (27). Si reflexionamos, el hecho de incluir a los nuevos EEMM automáticamente en las áreas desarrolladas en cooperación, incrementaría el aislamiento de los Estados rezagados, de ahí que sea comprensible su temor.

Desde otra perspectiva, si la cooperación reforzada activada responde a criterios diferenciadores por razón de la capacidad de los Estados, los EEMM promotores de la cooperación serán los primeros interesados en no extenderla automáticamente a los nuevos miembros.

(26) Vid. supra, punto IV.2.1. Reflexión preliminar.

(27) PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» *Journal of Common Market Studies*, vol. 37, n° 1, p. 91.

La obligatoriedad de la asunción del acervo en materia de cooperación por los nuevos Estados, pese al silencio indicado, encuentra apoyos. El Consejo Europeo de Edimburgo 1992, en plena ebullición de los *opt-outs*, determinó que las excepciones permitidas para el Reino Unido y Dinamarca no serían extensibles a los nuevos EEMM quienes deberían asumir el acervo en su totalidad (28). El objetivo de no permitir más *opt-outs* se impondría en las negociaciones de la última ampliación. Frente a éstos se optó por los clásicos períodos transitorios para la aplicación del acervo comunitario; o en casos extremos, como el de Suecia con relación a la tercera fase de la UEM, por posponer la solución para después de la adhesión.

Puede afirmarse que el acervo comunitario en su globalidad deberá ser asumido por los Estados en vías de adhesión. Y que el silencio de Amsterdam no puede romper la esencia de globalidad característica del acervo comunitario, es decir, el acervo de la cooperación reforzada es parte del acervo comunitario. La asunción obligatoria del mismo por los futuros EEMM es una realidad que fuerza a los Estados rezagados a elegir entre la marginación o la aceptación (29). Por tanto, las ampliaciones tendrán un efecto magnético.

Frente a esta posición puede afirmarse que la cooperación reforzada fractura el acervo comunitario entendido con afectación de globalidad. Si proliferan los ámbitos desarrollados bajo la cooperación, sería inviable forzar a los nuevos EEMM a asumir las obligaciones de ellos emanados, y contraproducente otorgar a todos un *status* adquirido en muchas ocasiones precisamente por la necesidad de discriminar en base a distintas capacidades de los EEMM.

f) La cooperación reforzada no podrá afectar «a las competencias, derechos, obligaciones e intereses de los Estados miembros que no par-

(28) Ver la Parte B de las conclusiones de aquel Consejo Europeo, «Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el Consejo Europeo, concerniente a ciertos problemas planteados por Dinamarca con relación con el TUE,» DOCE, n° C 348, de 21 de diciembre de 1992.

(29) PHILIPPART, E. y EDWARDS, G. comparten también esta reflexión, si bien, no desarrollan el proceso iniciado en el Consejo Europeo de Edimburgo. Ver su artículo «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» *op.cit.*, p. 91.

tipicen en ella.» (30). Dicho precepto fue también introducido por los EEMM reticentes y conforma una parte del principio de «no-interferencia» entre Estados partícipes y no partícipes en la cooperación. La otra cara de éste principio se encuentra en el párrafo 2 del artículo 43 TUE, según el cual, «los Estados miembros que no participen en dicha cooperación no impedirán su aplicación por parte de los Estados miembros que participen en ella».

El principio de no-interferencia mutua no es más que un principio de buenas intenciones, el cual dependiendo de la materia será factible o inviable. Miremos a la tercera fase de la UEM y al Euro 11 (12 con Grecia). La zona Euro necesita a la mayor brevedad posible desarrollar al máximo la armonización fiscal para actualizar las potencialidades de la moneda única. Sin embargo tal tarea depende de la CE y demanda unanimidad en el Consejo, allí el Reino Unido, sin ser miembro del Euro 11, viene vetando la armonización. La actitud indicada perjudica seriamente a los Estados que participan en la diferenciación. *A sensu contrario*, similares argumentos pueden detraerse de las tensiones que las decisiones del Euro 11 y el Banco Central Europeo provocan sobre las políticas monetarias de los EEMM del Ecofin que no son parte del Euro 11.

g) La cooperación reforzada deberá estar «abierta a todos los Estados miembros y les debe permitir participar en ella en cualquier momento, siempre que acaten la decisión de base y las decisiones tomadas en éste contexto.» Como claramente se observa estamos ante otra imposición de los EEMM temerosos de que la introducción de la flexibilidad en el Tratado llevase en última instancia a la creación de una Europa de dos clases, bien a través de la creación del núcleo duro, bien a través de una lectura extrema de la geometría variable.

Garantizando la posibilidad de incorporación futura, la cooperación reforzada parece perfilarse como un modelo de varias velocidades, dos para

(30) Para Ehlermann, «Clause 1(f) is nothing but a specification (and generalization) of the principles of Article 5 TEC. Paragraph 1 (2) second sentence, by contrast, extends this principles to the new situation of closer cooperation within the EU institutional framework (for which there was already a model in the Maastricht Treaty's provisions on Monetary Union.» Ehlermann, C.D.: «Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty,» op.cit., p. 10.

ser exactos. Pese a lo dicho, al explicar el modelo desde el plano teórico, los países miembros de la segunda velocidad, por el hecho de reservarse la posibilidad de incorporación a la primera, no están obligados a hacerlo, ni siquiera a compartir los objetivos de la misma. Tal comunión de objetivos se producirá de forma plena en el momento de su incorporación, la cual les demanda el acatamiento de «la decisión de base y las decisiones tomadas en éste contexto.» Esta obligatoriedad en la asunción del acervo de la cooperación es la garantía para los miembros de la primera velocidad, quienes se aseguran la preservación conjunta de la evolución producida. Es decir, el modelo no admite una pluralidad de velocidades sino exclusivamente dos.

Como gráficamente indican Philippart y Edwards, la importancia del principio de «puerta-abierta» se muestra *a contrario* en el artículo 4 del Protocolo Schengen (31). Dicho artículo regulaba el procedimiento de incorporación para los dos Estados rezagados, el Reino Unido e Irlanda. Durante la negociación en Amsterdam, la delegación Española, con Gibraltar en mente, obligó a que dicha decisión se tomase por unanimidad. Dicha opción primó, gracias a los intereses políticos y pese al descontento del Reino Unido, frente a alternativas como el procedimiento del artículo 40 TEU (32). El modelo Schengen demuestra el margen de abuso político que un rígido acceso a la primera velocidad puede tener (33), permitiéndonos calificar el modelo de la cooperación como un modelo de dos velocidades flexible.

h) Por último, se disciplina que la cooperación reforzada deberá además cumplir «los criterios adicionales específicos previstos en el artículo 11 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en el artículo 40 del presente Tratado, según el ámbito de que se trate, y esté autorizada por el Consejo con arreglo a los procedimientos en

(31) PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» op.cit., p. 91, cita 4.

(32) Ver Agence Europe, n.º 7014 de 11 de julio de 1997.

(33) MONAR, J.: «Schengen and Flexibility in the Treaty of Amsterdam: Opportunities and Risk of Differentiated Integration in EU Justice and Home Affairs,» en den BOER, M., et.al. (ed.): «Judicial Cooperation and Policy Co-ordination,» European Institute of Public Administration, Maastricht, 1997, p. 27. El autor llega a la misma conclusión con relación a lo que denomina «politics of the 'in' and 'out'.»

ellos establecidos.» Dicho precepto busca no sólo la cumplimentación de la cláusula general, sino la coherencia entre ésta y las específicas en el primer y tercer pilar. Dichos preceptos serán abordados con posterioridad.

II.2.3. Las implicaciones institucionales

II.2.3.1. La posición del Consejo

El artículo 44 TUE (antiguo K.16) es la disposición de la cláusula general de la cooperación reforzada reguladora de las implicaciones procedimentales e institucionales. Por un lado, la disposición realiza una remisión genérica a las disposiciones específicas incluidas en el Tratado: «a efectos de la adopción de los actos y decisiones necesarios para el desarrollo de la cooperación a que se refiere el artículo 43, serán de aplicación las disposiciones institucionales pertinentes del presente Tratado y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.»

Por otro lado, el precepto incluye una serie de aspectos horizontales. Pasamos a analizar dichos aspectos, anticipando que éstos se refieren exclusivamente al Consejo de la Unión. Dicha realidad demanda una valoración sobre las repercusiones de la ausencia de alteraciones en el marco institucional más allá del Consejo.

La lógica institucional del Consejo se basa en el principio de soberanía compartida reinante en la CE, la toma de decisiones corre a cargo de los Estados que previamente han puesto en común su soberanía a través de los mecanismos establecidos en el Derecho Originario. Los Estados, a través de los Tratados de Adhesión, se comprometen a asumir las disposiciones emanadas de las instituciones decisorias y adquieren el derecho de participar en la toma de decisiones en la forma que le confieran los Tratados. Su derecho a participar en la toma de decisiones se materializa principalmente en su derecho a tener un miembro en el Consejo, con voz y voto (34). De todo ello se deduce que, si la cooperación reforzada permite a un EEMM no verse afectado por las decisiones en un determina-

(34) Ver artículo 203 del TCE.

do ámbito, también debe prever la suspensión de su derecho a tomar parte en la adopción de las mismas.

La solución dada por el precepto analizado fue la de otorgar voz pero no voto a los EEMM rezagados: «si bien todos los miembros del Consejo podrán participar en las deliberaciones, sólo aquéllos que representen a los Estados miembros participantes en dicha cooperación tomarán parte en la adopción de decisiones» (35).

Las razones para permitir la participación en las deliberaciones deben analizarse desde la perspectiva de la no-interferencia y de la «puerta-abierta» del principio general (Artículo 43 TUE). Los Estados no partícipes, pueden serlo por una negativa absoluta a ser parte de la cooperación pertinente, pero también pueden serlo por razones coyunturales, o por no cumplir los requisitos eventualmente disciplinadores de la cooperación. Ante dicha gama de posibilidades, cerrar la posibilidad de forma general podría entenderse como contrario al principio de «puerta-abierta», poniendo eventualmente en entredicho la «lealtad a la Unión» presente, según algunos, autores en el principio general del artículo 43 TUE (36).

La base de tal razonamiento parte de que los miembros de la cooperación reforzada no desean formar un núcleo duro. Estando esta posibilidad prohibida por el principio general, los EEMM de la cooperación deben desear compatibilizar el avance con la futura integración de los Estados rezagados. Para realizar tal labor, nada mejor que conocer de primera mano, antes de adoptar nuevas decisiones, cuál es la posición de dichos Estados respecto de los eventuales avances; advertir las dificultades de adaptación, o inversamente saber si ciertas medidas facilitarían la incorporación de dichos Estados. Teóricamente, para que los Estados rezagados puedan pronunciarse sobre el particular, no es imprescindible su presencia en el Consejo, bastaría la información. En la práctica, la CIG era consciente de que la única forma de que los Estados rezagados pudieran pronunciarse con conocimiento de causa era la de estar presente en todas las reuniones del Consejo.

(35) Artículo 44.1 del TUE.

(36) En concreto en la letra f) del párrafo primero del artículo 43 del TUE. Nos remitimos a lo allí dicho.

Permitir la participación en el Consejo de los rezagados se aparta del modelo del Euro 11 o la política social (con respecto al Reino Unido) dentro del sistema, y de Schengen tal y como se desarrolló fuera del sistema. La experiencia del Euro 11 se tuvo en cuenta a la hora de definir este precepto. La práctica, pese al discurso oficial de mutua cooperación entre Euro 11 y Ecofin, ha consumado una separación estricta en todos los ámbitos, desde las reuniones, celebradas en días distintos, hasta la toma de decisiones, la cual se disciplina por distintas agendas como demuestra el alarmante caso de la armonización fiscal.

La denegación del voto, por otro lado, si bien no ofrece dudas con respecto a su justificación, si lo hace con relación a su aplicación. El precepto analizado intentó resolver la problemática con la siguiente formulación: «la mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. La unanimidad quedará constituida únicamente por los miembros del Consejo concernidos por la cooperación» (37).

El mantenimiento de la misma proporción de los votos ponderados que la establecida en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado (la general del Consejo), no solventa la cuestión de forma satisfactoria ya que, dependiendo de quienes sean los miembros del Consejo concernidos por la cooperación, la configuración de los votos se ajustará de forma distinta. Ello podrá dar lugar a la necesidad de reajustes para evitar eventuales empates técnicos a efectos de mayoría cualificada, o desajustes grandes en la delicada materia de la minoría de bloqueo.

La falta de previsión no termina ahí, también se vislumbra en el ámbito del trascendente tema de la Presidencia. La Presidencia del Consejo, conllevando la del Coreper y los Grupos de Trabajo, es el mayor mecanismo de influencia dentro del Consejo. Su atractivo para los EEMM provocó la creación de una Presidencia rotatoria con períodos de 6 meses. Su importancia para el Consejo hace que la rotación no sea arbitraria, por contra, mantiene un equilibrio pulcro por *mor* de tener siempre un EEMM grande en la troika (38).

(37) Artículo 44.1 del TUE.

(38) Ver la «Decisión del Consejo de 1 de enero de 1995 por la que se fija el orden de ejercicio de la Presidencia del Consejo.» DOCE-L, n.º 1, de 1 de enero de 1995, p. 220.

La experiencia del Euro 11 puede servir como el mejor ejemplo para la posible solución a aportar en similares circunstancias en las futuras cooperaciones. En la última Presidencia Británica del Econfin, la Presidencia del Euro 11 durante el mismo semestre pasó a Austria. Dicha realidad se justifica por la importancia del papel de la Presidencia y demuestra la división de *facto* entre la zona de cooperación (Euro 11) y la zona común en la que se encuentran también los países rezagados (Ecofin). Esta solución parece la más lógica debido a la dificultad de que el Estado miembro rezagado desdoble su naturaleza, no interfiriendo desde la Presidencia de un Consejo que decide sobre materias en las que él no puede decidir, pero sobre las cuales sin duda tiene intereses. Aunque tal bidimensionalidad se creyera viable, los Estados parte de la cooperación no estarían dispuestos a ceder la Presidencia, la cual es entendida como el derecho más beneficioso de los poseídos en sede del Consejo.

Las consecuencias de éste desdoblamiento de las Presidencias entre «Consejos en cooperación» y «Consejos clásicos» apuntan al deterioro sino pérdida de la dimensión integradora del Consejo. Este papel integrador de visión global, no pudiendo en la UE ser desempeñado por la Comisión, supone el principal argumento para afirmar que la cooperación reforzada demanda un crecimiento del papel del PE. Este papel debe otorgar a la Unión un referente institucional y democrático que vele por la desintegración de la UE y simbolice la unidad de la misma. Tal dimensión se facilita por el hecho de que la separación en base nacional impuesta al Consejo en Amsterdam no se impuso al Parlamento. Pasemos a considerar las razones y repercusiones de ésta decisión.

II.2.3.2. El Parlamento Europeo

La previsión con respecto al Consejo contrasta con el silencio dispositivo con respecto al resto de instituciones. Con relación al TJCE y a la Comisión, ni las posiciones adoptadas durante la CIG 96 ni la doctrina consideraron necesario modificar su funcionamiento o composición para adaptarlas a las demandas de la cooperación reforzada. Tales posiciones deben ser puestas en el contexto de la procedencia y/o representación nacional o europea de sus miembros.

Si la cooperación reforzada demanda modificaciones en el sistema institucional lo hace porque los Estados rezagados, estando liberados de las obligaciones derivadas de la toma de decisiones, también lo están del privilegio de tomar parte en su creación. En el Consejo, es claro que los representantes de los EEMM actúan y toman decisiones en clave nacional. Sin embargo, formalmente, los miembros de la Corte y de la Comisión, aún siendo elegidos en clave nacional actúan en clave europea.

El caso de la Corte no ofrece muchas dudas. Con respecto a la Comisión, es conocido el sesgo que la nacionalidad de los Comisarios puede llegar a introducir, sin embargo, la independencia de los Comisarios está garantizada por el Derecho Originario: «los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad» (39). Ante la claridad del Derecho Originario, la lógica de la influencia nacional motivadora de la modificación pierde su fuerza.

Justo lo contrario ocurre con el Parlamento Europeo (PE). De acuerdo con el TCE, el PE está «compuesto por representantes de los pueblos de los Estados» (40). No lo es del para muchos antropólogos inexistente pueblo europeo (41). El PE es elegido sobre la base de un sistema electoral de base nacional y actúa en muchas ocasiones en clave nacional. Es innegable la evolución de la conformación de grupos parlamentarios con criterios ideológicos y transnacionales, entre otros factores por es castigo reglamentario a su conformación nacional (42). Pero la fortaleza de dichos grupos parlamentarios es muy relativa como se demuestra cada vez que se decide sobre asuntos de importancia nacional, en dichos casos, los eurodiputados responden a la disciplina de voto de sus partidos nacionales. La defensa del interés nacional frente al europeo, en caso de conflic-

(39) Así de claro lo determina el párrafo 2 del Artículo 212 TCE.

(40) Artículo 189 TCE, ver también el párrafo 1 del artículo 190 TCE.

(41) El tema, así como su vinculación con el tema de la cultura europea, desborda con mucho las posibilidades de tratamiento en esta tesis, valgan estas referencias generales: MAIRET, G.: «Discurso de Europa,» Pomares-Corredor, Barcelona, 1991, espec., p. 31 y ss. y p. 91 y ss; JÁUREGUI, J.A.: «¿Cultura Europea?, en MOLINA DEL POZO, C.F.: «España en la Europa comunitaria: balance de diez años,» Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 3-10.

(42) El Reglamento impide la formación de grupo con parlamentarios de un sólo país y prima la formación de grupos con parlamentarios de provenientes de mas de 2 EEMM. Ver párrafo segundo del artículo 29 del Reglamento.

to, se ha mostrado en repetidas ocasiones y en distintos niveles, desde el Pleno a la delegación en el Comité de Conciliación. Las federaciones de partidos europeos, cuando existen, están muy lejos de ser una alternativa a los partidos nacionales, de ahí la debilidad de los grupos parlamentarios europeos con relación a los de los Parlamentos Nacionales. Dichas federaciones de partidos tampoco se han mostrado capaces de movilizar al electorado en el ámbito Europeo.

Pero todas las realidades descritas son secundarias desde el punto de vista jurídico. Desde esta perspectiva, basta con reflejar la primera mención al Derecho Originario: los eurodiputados representan a los pueblos de los EEMM. La legitimidad de los miembros para actuar en interés de sus Estados no puede estar más justificada. Por ello, la vinculación nacional de los parlamentarios demanda una solución paralela a la adoptada para el Consejo.

Basándose en la lógica descrita, durante la CIG 96, no faltaron EEMM pidiendo que los parlamentarios procedentes de un Estado rezagado debían ser excluidos de la toma de decisiones pertinentes (43). En igual sentido se ha manifestado la doctrina, considerando que los parlamentarios representan las opiniones de los ciudadanos de Estados que pueden eventualmente no participar en ciertas políticas, de ahí que sea perfectamente defendible la no-participación de éstos en las votaciones con impacto en el resultado de los procedimientos legislativos de la cooperación reforzada (44).

Por su parte el PE, en su Resolución el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea con vistas a la Conferencia Intergubernamental de 1996 (45), conector de las tensiones en éste contexto, así como respecto de su papel fuera del primer pilar, se dirigió a la CIG reclamando ser la institución responsable «como un todo» de ejercitar el control sobre aquellas políticas de la Unión que fuesen aplicadas por un número reducido de Estados.

(43) Ver sobre el particular PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» op.cit., p. 94, cita 6.

(44) EHLERMANN, C.D.: «Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty,» op.cit., pp.11 y 12; Kortenbergh, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam,» op.cit., p. 847.

(45) OJ C 151, 19-6-1995, p. 56.

El hecho de que la CIG 96 decidiera la indivisibilidad del PE en esta materia le otorga de *facto* pontencialidad para ostentar la única representación política global en la cooperación reforzada. La necesidad de que la institución parlamentaria adquiriera tal relieve debe ser vista desde el riesgo de desintegración de la Unión, y desde el posicionamiento político del Parlamento, denegando su divisibilidad y denominándose institución representante de la Unión como todo (46). Pese a ello, los males indicados no dejan de existir, es decir, el PE no está en condiciones de ser el Parlamento de la Unión, aunque incrédulamente considerásemos que tal papel le ha sido implícita y voluntariamente otorgado al no estipularse su fragmentación en cooperación.

La consecuencia deviene lógica, el nuevo papel otorgado al PE en la cooperación reforzada demanda avanzar hacia un Parlamento representante de los europeos, así como hacia el aumento de su participación en todas las bases competenciales afectadas por la cooperación reforzada, especialmente extendiendo la codecisión allí donde hoy no alcanza.

II.3. La cooperación reforzada en el primer pilar

II.3.1. El ámbito de aplicación

Como explicamos en la introducción, junto con la cláusula general, los redactores del Tratado decidieron introducir sendas cláusulas específicas en los dos pilares donde la aplicación de la cooperación tiene lugar. La cláusula dentro del pilar CE se introdujo en el artículo 5 A del Tratado de Amsterdam (artículo 11 TCE reenumerado), el cual se desdobra en dos partes: una en la que se aborda el ámbito específico de aplicación del procedimiento dentro del pilar CE (primer párrafo); otra en la que se describe el procedimiento a seguir para su activación (segundo párrafo).

Entrando, en el ámbito de aplicación, la disposición específica del primer pilar se encomienda a reducir el ámbito genérico disciplinado en el

(46) Según KORTENBERG, la posición del PE fue decisiva en la decisión de la CIG: «The Intergovernmental Conference considered similiary adapting the rules for the European Parliament; however, in view of the Parliament's doubts, this plan was dropped.» KORTENBERG, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam,» op.cit., p. 847.

artículo 43 del TUE. A parte de las condiciones genéricas, el artículo 11 TCE demanda que la cooperación reforzada:

- a) no se refiera a ámbitos que sean de exclusiva competencia de la Comunidad;
- b) no afecte a las políticas, acciones o programas comunitarios;
- c) no se refiera a la ciudadanía de la Unión ni establezca una discriminación entre nacionales de los Estados miembros;
- d) permanezca dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el presente Tratado; y
- e) no constituya una discriminación ni una restricción del comercio entre los Estados miembros y no falsee las condiciones de competencia entre ellos.

El ámbito de la cooperación reforzada en el primer pilar esta compuesto, en positivo, por todas las materias situadas fuera de los campos afectados por el precepto, las cuales, según buena parte de la doctrina, no abundan. Langrish llega afirmar que los «límites a la flexibilidad en el primer pilar pueden situar el concepto en una posición de importancia teórica y no práctica.» (47). Por su parte, la editorial de la prestigiosa revista *Journal of Common Market Studies*, no vacila en barajar la posibilidad de que la flexibilidad en el pilar CE no se crease para ser ejecutada sino para presionar a los Estados entorpecedores de la integración, facilitando de forma indirecta la futura integración (48).

No puede negarse que los temores de los EEMM reticentes con respecto al mecanismo se transformaron en una disposición restrictiva, debido a ello, el precepto demanda un estudio riguroso de las vías abiertas al procedimiento. Dicho estudio nos llevará, junto con Philippart y Edwards, a afirmar que «el sistema, sin embargo, es menos rígido de lo que resulta a primera vista» (49).

(47) LANGRISH, S.: «The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights,» *European Law Review*, n.º 23, 1998, p. 6.

(48) Ver la editorial realizada por EDWARDS, G. y WIESSALA, G.: «Flexibility, Legitimacy and Identity in Post-Amsterdam Europe,» *Journal of Common Market Studies*, Anual Review, vol. 36, 1998, p. 9.

(49) PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» op.cit., p. 97.

La primera cuestión a destacar es la elección por el sistema de lista negativa para delimitar el ámbito. Durante la CIG hubo un profundo debate sobre si la delimitación del ámbito debía hacerse a través de una lista positiva, enumerando las áreas competenciales de desarrollo, o por contra, mediante una lista negativa. La opción final por la última dificulta la delimitación clara del ámbito. Esta imprecisión, dañina desde la perspectiva de la seguridad jurídica, abre las posibilidades de utilización del mecanismo.

La aplicación de la cooperación reforzada será con frecuencia en última instancia fruto del acuerdo político. Tales acuerdos, dependiendo del momento político (sobre todo de los EEMM rezagados) determinarán una utilización más o menos generosa del mecanismo. En la perspectiva futura de una voluntad política adecuada, la delimitación del ámbito del mecanismo con una lista negativa facilitará la utilización generosa del mecanismo por dilatar el contorno delimitador de su ámbito de aplicación. Este proceso se hubiese cortado de raíz con un listado positivo de las bases jurídicas afectadas.

En segundo lugar, debemos entrar en la valoración de los límites específicos. Entre ellos destaca el requisito de que la cooperación reforzada «permanezca dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el presente Tratado» (50) Esta disposición puede verse como una limitación, pero también, dependiendo de su interpretación, puede entenderse como una ampliación del uso del 308 TCE (antiguo 235 TCE).

Es conocido que el precepto permite al Consejo, por unanimidad, dotar a la CE de poderes de acción no previstos en el Derecho Originario. La unanimidad disciplinadora de la activación ha venido limitando el uso de dicha vía a aquellos ámbitos objeto del máximo consenso. Tal realidad venía impuesta por la inexistencia de la cooperación reforzada dentro del sistema, es decir, todos los EEMM venían vinculados en un futuro por los ámbitos abiertos vía 308 TCE. Hoy, por contra, la cooperación reforzada da una nueva dimensión a tan crucial posibilidad: la apertura de nuevos ámbitos para la mayoría de Estados, no para todos. Así, los EEMM rezagados, no estando implicados directamente por la apertura de nuevos

(50) Letra d) del primer párrafo del artículo 11 TUE.

ámbitos, quedan en mejores condiciones para hacer uso de su generosidad. Esta vía, como casi todas en la cooperación, dependerá de la voluntad política reinante. En cualquier caso, la posibilidad de un uso extendido de la vía explicada es hoy por primera vez posible, de realizarse en tal extensión, la delimitación más importante del mecanismo de cooperación, la vinculada a las competencias, quedaría diluida.

Con respecto al hecho de que la cooperación no pueda realizarse dentro de los ámbitos de «exclusiva competencia de la Comunidad,» debemos estar a los problemas genéricos de interpretación de dicho concepto. La noción de competencia exclusiva no es definida por el Tratado (51), lo cual, como ha demostrado la vida comunitaria, permite hablar siempre de una zona oscura entre competencias exclusivas y competencias compartidas (52). La problemática tradicional se complica incluso más desde la entrada en juego del principio de subsidiariedad.

Al enfrentarse al límite de las competencias exclusivas, el procedimiento de cooperación no se enfrenta ante un muro infranqueable. Hay una zona gris en el Derecho Comunitario que permiten al procedimiento realizar incursiones en ámbitos no claramente definidos por la jurisprudencia. Tales incursiones tendrán mayor o menor éxito dependiendo de la litigación que generen y de la actitud a tomar por el TJCE, de manera que, habremos de esperar y ver, pero en ningún caso cerrar las puertas de principio.

Por último, haciendo abstracción de las posibilidades citadas anteriormente, la lista las competencias abiertas a la cooperación incluidas en las listas que circularon durante y tras la CIG no son cuestión menor: formación educativa y profesional, juventud, cultura, salud pública, lucha contra la marginación social, turismo, energía, redes transeuropeas, protección civil, industria, investigación y desarrollo, imposición y movimientos de capitales (53). En resumen, parece haber argumentos sobrados para considerar la existencia de un ámbito significativo abierto a la cooperación reforzada,

(51) Ver el Artículo 5 TCE.

(52) Ver entre otros SHAW, J.: «Law of the European Union,» MacMillan, Basingstoke, 1996, p. 79.

(53) La listas se configuraron en positivo durante la CIG para facilitar la negociación, vid. PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» op.cit., p. 97.

y lo que es más importante, la voluntad de los países dispuestos a aumentar el ámbito de aplicación de la cooperación reforzada parece haberse impuesto en la primera batalla de cara a la CIG 2000 como demuestran las conclusiones del Consejo Europeo da Santa Maria da Fera (54).

II.3.2. El procedimiento de activación

Como vimos al analizar la cláusula general del artículo 34 TUE, tanto el pilar CE como el tercer pilar regulan los mecanismos de activación de la cooperación reforzada. La negociación de dichos procedimientos monopolizó la mayor parte de las discusiones sobre el particular en la CIG. La razón de tal interés es fácilmente entendible, el mayor de los ámbitos de aplicación se convertiría en papel mojado si el procedimiento que lo activa viniese bloqueado de principio. La base de dicho procedimiento en el primer pilar se incluye en el párrafo segundo del artículo 11 TCE, según el cual:

«El Consejo concederá la autorización contemplada en el apartado 1 pronunciándose por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo.»

«Si un miembro del Consejo declarase que, por motivos importantes y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la concesión de una autorización por mayoría cualificada, no se procederá a la votación. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo, en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno, para que decida al respecto por unanimidad.»

En dicho procedimiento sobresalen tres momentos básicos: la propuesta de la Comisión, la decisión del Consejo, y en su caso, la participación del Consejo Europeo (55). A continuación expondremos las distintas fases.

(54) Ver el punto 3 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa Maria da Fera, 19 y 20 de junio del 2000. http://www.europa.eu.int/council/off/conclu/june2000/june2000_es.pdf

(55) Por razones de claridad en la exposición del artículo, hablaremos de Consejo Europeo, en lugar de «Consejo, en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno» como

La participación de la Comisión en el procedimiento es imprescindible, su propuesta activa el procedimiento, y sin ella, el Consejo no puede decidir, independientemente de que se den las mayorías en su sede. Sin estar ante una iniciativa legislativa, el paralelismo es válido con el mecanismo legislativo establecido en el primer pilar. Los EEMM, hasta el momento en que la Comisión les presente su propuesta, sólo tienen un derecho de excitación similar al del procedimiento legislativo, a diferencia de que aquí la Comisión viene obligada a justificar una eventual negativa a proponer (56):

«Los Estados miembros que se propongan establecer una cooperación reforzada tal como se contempla en el apartado 1 podrán dirigir una solicitud a la Comisión, que podrá presentar una propuesta al Consejo a tal fin. En caso de que la Comisión no presente ninguna propuesta, informará a los Estados miembros concernidos acerca de los motivos de esta decisión» (57).

El requerimiento del deber de información no debe entenderse como una restricción al monopolio de la Comisión. De hecho, su contenido, así como la reacción sobre ésta de los EEMM excitadores de la cooperación reforzada, no desencadena ulteriores consecuencias. Como señala Caja, el derecho exclusivo de iniciativa a la Comisión se podría llegar a una situación de bloqueo de la cooperación, incluso si una mayoría de EEMM estuviese dispuesta a iniciarla (58). Dicho informe, así como los motivos por los que la Comisión decida el *status quo*, debe en coherencia con el sistema, basarse única y exclusivamente en la compatibilidad de la cooperación por emprender con el resto de requisitos disciplinadores.

El importante papel de la Comisión ha sido visto por la doctrina como el único área donde el preexistente método comunitario se ha incluido en

hace el precepto. Sobre las intenciones, implicaciones y limitaciones del desdoblamiento del Consejo ver lo dicho en el capítulo dedicado al Consejo Europeo. Debemos tener siempre en cuenta que la Comisión es miembro de pleno derecho del Consejo Europeo y no así del «Consejo, en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno.»

(56) Ver LANGRISH, S.: «The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights,» op.cit., p. 6.

(57) Párrafo 2 del artículo 11 TCE.

(58) GAJA, G.: «How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?,» Common Market Law Review, vol. 35, nº 4, 1998, p.864.

éste nuevo ámbito (59), y por ello como una victoria de los EEMM recelosos del procedimiento (60). La solución dada por el precepto no vino motivada por la convicción de los Estados promotores de incluir a la Comisión en dicho procedimiento, sino por la convicción de los Estados reticentes de que la Comisión supondría una garantía para ellos, al disciplinar el procedimiento de forma más restrictiva que los Estados promotores de la cooperación. Dicha garantía está por comprobarse, pues *a priori*, el activismo de la Comisión no tiene porque moderarse en éste nuevo ámbito (61).

El celo de la Comisión dependerá en mucho de la actitud de los Estados rezagados. Si su parálisis convierte a la cooperación reforzada en única vía de progreso, la Comisión se situará exactamente en la posición contraria a la deseada por los Estados promotores de su participación. Nuestro argumento no implica la miopía absoluta de los Estados reticentes. Su razonamiento se basó en la difícil elección entre Comisión y EEMM pro-integracionistas a la hora de activar el mecanismo. Aquí, el papel de la Comisión como defensora del interés comunitario ofrece la garantía deseada por los eventuales Estados excluidos, la Comisión es a sus ojos un garante de que las iniciativas de cooperación estarán dentro del marco establecido.

Una vez la Comisión ha realizado la propuesta, es el Consejo quién tiene el control. Como primera reflexión en este segundo estadio, abordamos la modificación de la propuesta por parte del Consejo. Debe destacarse que la modificación sólo parece tener sentido si no se alcanza la mayoría necesaria para activar la cooperación reforzada sobre la base de la propuesta de la Comisión, o si algún Estado utiliza el veto sobre la misma.

En este hipotético escenario, los Estados recelosos aceptarían la cooperación «modificada» por *mor* de recortar la propuesta de la Comisión,

(59) MORAVCSIK, A. y NICOLAÏDIS, K.: «Explaining the Treaty of Amsterdam: Interest, Influence, Institutions,» *Journal of Common Market Studies*, vol. 37, n° 1, 1999, p. 80.

(60) MORAVCSIK, A. y NICOLAÏDIS, K.: «Keynote Article: Federal Ideas and Constitutional Realities in the Treaty of Amsterdam,» *Journal of Common Market Studies, Annual Review*, vol. 36, n° 2, 1988, p. 20.

(61) La afirmación implica la consideración de que la cooperación es un instrumento al servicio de mayor integración y no al servicio de una diferenciación desintegradora. Esta segunda posibilidad convertiría a la Comisión en el guardián limitador deseado por los Estados rezagados.

no arriesgándose a que los EEMM partidarios de desarrollarla, sobre la base de la propuesta inicial, consigan reunir apoyo suficiente para activarla. Por otro lado, los Estados integracionistas, debido a la mayoría demandada, se verían obligados a pactar la modificación de la propuesta con los rezagados. Por todo ello, parece que las iniciativas de la Comisión recibirán en éste ámbito menos modificaciones que en el contexto legislativo tradicional.

Centrándonos estrictamente en la toma de la decisión, el mecanismo establecido puede calificarse de revolucionario. De forma primaria, el Consejo decide por mayoría cualificada, lo cual habida cuenta de la trascendencia de la materia llama la atención. Pero subsidiariamente, se institucionaliza por primera vez la capacidad de «veto» en un ámbito de mayoría cualificada. El veto, siempre relegado a las materias regidas por unanimidad, se institucionaliza como medida subsidiaria del procedimiento antípoda, a través de una fórmula que, a *prima facie*, recuerda al Acuerdo de Luxemburgo (62).

II.3.3. El procedimiento del frein d'urgence (63)

La cuestión de la mayoría cualificada no aporta ningún problema añadido a lo ya descrito en nuestro estudio de la cláusula general, a lo dicho allí nos remitimos. Por contra, la introducción del veto como salida a la mayoría cualificada (y todo ello coronado por la participación del Consejo Europeo) nos demanda retrotraernos a la CIG.

Durante las negociaciones de la CIG, solamente dos alternativas fueron contempladas formalmente, ambas vinculando el ámbito material de la cooperación con el mecanismo habilitador: una lista negativa y unanimidad *versus* una lista positiva y mayoría cualificada (64). Al final se

(62) MORAVCSIK, A. y NICOLAÏDIS, K.: «Keynote Article: Federal Ideas and Constitutional Realities in the Treaty of Amsterdam,» *op.cit.*, p.20.

(63) Con dicho nombre se ha bautizado el procedimiento en la jerga comunitaria. Independientemente de sus características definitorias, la denominación nos facilita la de identificación de un procedimiento único.

(64) Seguimos aquí a PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union,» *op.cit.*, pp. 97 y 98.

optó por una tercera vía que recogía la combinación de una lista negativa y mayoría cualificada, pero introduciendo junto a ésta una fórmula que buena parte de la doctrina considera la institucionalización del Acuerdo de Luxemburgo: (65) «si un miembro del Consejo declarase que, por motivos importantes y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la concesión de una autorización por mayoría cualificada, no se procederá a la votación» (66).

El Acuerdo de Luxemburgo ha sido introducido dentro del Derecho Comunitario. Este asentamiento intergubernamental en el pilar comunitario hace válida la consideración del Tratado de Amsterdam como explorador de «la zona gris existente entre el tradicional método comunitario y el puro intergubernamentalismo» (67). Dicha exploración hizo a parte de la doctrina afirmar la vigencia del Acuerdo de Luxemburgo fuera del sistema comunitario (68) y generar la duda sobre su extensión dentro del mismo (69).

Una vez aquí, dos matizaciones destacan en la formulación del artículo 11 TCE frente al clásico Acuerdo de Luxemburgo, las cuales lo endulzan parcialmente (70). En primer lugar, se carga al Estado que realiza la alegación con el deber de explicar en que consisten las causas de importancia nacional afectadas. En segundo lugar y con mayor trascendencia para el proceso, el veto en sede del Consejo no liquida el proceso, dándose paso a su discusión en sede del Consejo Europeo.

(65) Así por ejemplo: la Editorial de Common Market Law Review «The Treaty of Amsterdam: Neither a bang nor a whimper,» vol. 34, n° 4, 1997, p. 769; PHILIPPART, E. y EDWARDS, G., *ibid.*, p. 98.

(66) Párrafo segundo del artículo 11 del TCE.

(67) MORAVCSIK, A. y NICOLAÏDIS, K.: «Explaining the Treaty of Amsterdam: Interest, Influence, Institutions,» *op.cit.*, p. 79

(68) Contra la opinión de la doctrina mayoritaria, puede argumentarse que su inclusión en el pilar comunitario (como en la cláusula parecida de la PESC) pone en duda su vigencia. Si su vigencia política fuese plena, ¿por qué violentar el pilar comunitario gratuitamente?

(69) «Once legally baptized, the Luxemburg Compromise may start popping up in other places.» Así lo afirma la Editorial de Common Market Law Review, *op.cit.*, p. 769; Ehlermann («Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty,» *op.cit.*, p. 14) por su parte deja en el aire la siguiente cuestión: «Does including the veto possibility in the Amsterdam Treaty revalue the national veto and legitimate it politically beyond the narrow limits of the articles mentioned?»

(70) En el mismo sentido KORTENBERG, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam,» *op.cit.*, p.850.

La remisión al Consejo Europeo, una vez constatado el veto, se realiza por mayoría cualificada. Ello implica que la remisión está en manos de los EEMM promotores de la cooperación, con lo cual ésta se presume exitosa. La implicación de tal paso es la eliminación del anonimato vinculado a la votación en el Consejo Ordinario. La publicidad en sede del Consejo Europeo, de un lado pone presión en el Estado aislado, pero por otro, lo sitúa en una situación ideal para hacer constar su resistencia ante su opinión pública. El Consejo Europeo sufre una presión provocada por la indefinición sobre los plazos, estamos ante una remisión permanente que provocará la aparición del tema en los Consejos Europeos indefinidamente hasta que los activadores del veto desistan.

Haciendo balance del *frein d'urgence* debemos destacar dos dimensiones. Claramente se muestra como el mecanismo más beneficioso de los barajados primigeniamente a efectos de activación, lo cual debe satisfacer a quienes consideran que la diferenciación es la única salida a la ecuación diversidad-profundización. Con la misma claridad, su inclusión en el Derecho Comunitario supone una sombra intergubernamentalista en el pilar más integrado, por introducir el juego del veto y a la más intergubernamental de las instituciones (el Consejo Europeo) en el pilar comunitario. Ambos factores serán puestos con posterioridad a la luz de la participación del PE y del TJCE.

II.3.4. La incorporación a la cooperación en desarrollo

Como avanzamos, durante las negociaciones de la CIG 96 en el ámbito estudiado, la preocupación de los EEMM eventualmente rezagados se centró, tanto en la fórmula activadora de la cooperación como en el acceso posterior a las cooperaciones puestas en práctica. La flexibilidad o rigidez del mecanismo de incorporación en segunda instancia alejaría o acercaría el modelo al temido núcleo duro. En la mente de los eventuales rezagados estuvo presente el mecanismo de incorporación de Schengen, en él, la unanimidad requerida entre los Estados se mostró como un castigo a los Estados rezagados. Éste era el modelo a evitar.

Desde la perspectiva de los Estados promotores de la cooperación, el objetivo a satisfacer por el mecanismo era garantizar la preservación de las cuotas de integración y el ritmo alcanzados eventualmente en las co-

operaciones emprendidas. Si una de las piedras angulares del método para los Estados integrados es avanzar pese y frente a los euroescépticos, *a priori*, su voluntad apunta al mantenimiento de los Estados rezagados fuera de la cooperación. Dicha lógica presupone que si un Estado no desea integrarse en el primer momento por ausencia de voluntad, menos debería desear hacerlo cuando el avance de la integración demande la puesta en común de mayores cuotas de soberanía, mayores costes, etc.

La lógica de los Estados promotores, válida como punto de partida, pierde fuerza cuando nos encontremos ante cooperaciones reforzadas vinculadas a requisitos de partida. En ese caso, puede darse la situación de que los Estados rezagados lo sean, no por falta de voluntad, sino por no reunir en el momento de puesta en marcha de la cooperación los criterios demandados, los cuales, pueden adquirirse a lo largo del proceso.

El mecanismo adoptado finalmente es sin duda condescendiente con los Estados rezagados. El procedimiento se disciplina por el párrafo 3 del artículo 11 TCE:

«Todo Estado miembro que desee participar en la cooperación creada de acuerdo con el presente artículo notificará su intención al Consejo y a la Comisión, la cual transmitirá al Consejo un dictamen en un plazo de tres meses a partir de la recepción de la notificación. En un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de dicha notificación, la Comisión decidirá sobre la misma y sobre las disposiciones concretas que considere necesarias».

El mecanismo permite a los Estados rezagados optar por su inclusión en la cooperación en cualquier momento. Así, la presión de los Estados rezagados a la hora de decidir en un primer momento sobre su inclusión es mínima. Es muy factible que los Estados rezagados, independientemente de consideraciones políticas, no conociendo los beneficios futuros de la cooperación dada, permitan al resto de Estados desarrollar la cooperación, posponiendo su incorporación a un horizonte en el que las dudas sobre la conveniencia de la cooperación queden despejadas. La UEM es un buen ejemplo de lo dicho.

El mecanismo debe también entenderse como beneficioso para los Estados promotores. Al eliminar grandes dosis de presión sobre los reza-

gados en la activación de la cooperación se facilita la misma. El alejamiento de un sistema cerrado facilita la activación de la cooperación, por ello los Estados promotores consintieron ceder el papel determinante en el mecanismo de acceso a la Comisión.

El papel de la Comisión conforma la segunda característica del sistema. Durante la CIG se barajaron dos posibilidades: una de cariz marcadamente político en la que la decisión se tomaría por el «Consejo integrado»; otra técnica, siendo la Comisión la institución decisoria. La opción por esta segunda, acordada en el último minuto, ha sido considerada un triunfo de los potenciales «outs» (71). Sin embargo, una visión global de las contraprestaciones en la negociación y de sus consecuencias futuras permite presentarlo como un triunfo del sistema. Su inclusión permitió la elección del mecanismo activador menos restrictivo (mayoría cualificada más *frein d'urgence*); así como un mejor clima político de los EEMM de cara a la activación. Ambos factores, en comparación con las alternativas barajadas, representan la mejor cara posible por *mor* de la activación del mecanismo.

Por lo demás, otorgar el criterio evaluador a la Comisión frente a los «Consejos» devuelve la cooperación reforzada al método comunitario. Los principios generales de la cooperación reforzada definen el método como una vía abierta a la profundización en la integración europea, respetuosa con el acervo comunitario, permanentemente abierta y culminada por el respeto y no-interferencia entre Estados. Así, si la flexibilidad canaliza los distintos intereses en favor de una mayor integración, si no es un mecanismo arrojado a los euroescépticos, debemos congratularnos del reforzamiento de los criterios y valoraciones objetivas. Mantener la flexibilidad como servicio al interés común no es fácil cuando su esencia es la diferenciación, pero de intentar hacerse, las decisiones no pueden residenciarse en ninguno de los dos «bandos de Estados».

La Comisión tiene la llave del cierre de la cooperación (72); toma la decisión final con lo que provoca que ningún Estado miembro pueda evi-

(71) MORAVCSIK, A. y NICOLAÏDIS, K.: «Keynote Article: Federal Ideas and Constitutional Realities in the Treaty of Amsterdam,» *op.cit.*, p. 20.

(72) «Here again, the Commission holds the key to the decision on closer cooperation.» Kortenbergh, H.: «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam,» *op.cit.*, p.851

tar, por criterios políticos, la adhesión futura de ningún Estado. Junto con Philippart y Edwards debemos resaltar el excesivo peso de tal papel para el test de independencia de la Comisión: «formalmente, la Comisión toma la decisión final en solitario, pero consultará sin ninguna duda a los 'in' antes de adoptar la decisión final» (73). Los Estados incluidos en la cooperación, generalmente prointegracionistas, realizarán la máxima presión sobre la Comisión con el fin de evitar que Estados con diferente o menor nivel de capacidades y prácticas pongan en peligro el ritmo de integración. La permeabilidad de la Comisión ante dichas presiones sin duda echa en falta el papel del PE (74).

II.3.5. El papel del Parlamento Europeo

Las decisiones sobre la activación y el acceso a la cooperación reforzada tienen una dimensión política de primer orden como demuestra la inclusión del Consejo Europeo en el *frein d'urgence*. Sin embargo, el sistema detrae de los «Consejos» partes esenciales del procedimiento debido a su incompatibilidad con el espíritu del método de la cooperación, el cual, debería servir a la integración y no a los intereses de los Estados. Compatibilizar ambos extremos motivó el recurso a la Comisión. El papel de la Comisión se ha visto como una tendencia a incluir la cooperación reforzada dentro del método comunitario. *A priori*, desde una perspectiva europeísta, la novedad merece el máximo respaldo, sobre todo si se considera *frein d'urgence* como única alternativa. Sin embargo, la alternativa representada en el Parlamento también existía.

La Comisión fue concebida para representar el interés comunitario en ciertos ámbitos. Hasta la fecha tal necesidad se ha ubicado en el desarrollo o protección de mecanismos y políticas. La cooperación reforzada, frente a los otros roles de la Comisión, le otorgan la llave de un proceso

(73) PHILIPPART, E. y EDWARDS, G.: «The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union.» op.cit., p. 98.

(74) Para PHILIPPART, E. y EDWARDS, G. (Ibidem), las presiones al menos asegurarán a los Estados parte de la cooperación que la Comisión «would be very probably balanced its decision against the size of the opposition and against the possible counter-productive side-effects.»

global de repercusiones políticas mayúsculas. La Comisión en teoría, puede dejar a un Estado miembro y a sus ciudadanos fuera de los beneficios de una cooperación reforzada. Independientemente de su capacidad técnica para tamaña decisión, no creemos que su legitimidad derivada la convierta en la institución idónea para tan trascendente papel. No se trata de una iniciativa legislativa de implicaciones sectoriales, se trata de una iniciativa con repercusiones constitucionales de primer orden.

La ecuación a resolver demanda satisfacer dos requisitos. Por un lado, la decisión no puede dejarse en manos del veto exclusivo de los Estados rezagados o integrados, se demanda una perspectiva global articuladora de una solución de conjunto. Este requisito viene demandado por el espíritu de la cooperación reforzada tal y como venimos indicando. En segundo lugar, desde el momento en que la cooperación reforzada forma parte del pilar comunitario, debe satisfacer, hoy por hoy, el principio democrático. Dicho principio ha sido residenciado por el TJCE en el PE. Ciertamente es que dicha jurisprudencia no tuvo en cuenta las implicaciones de la entonces inexistente cooperación reforzada, pero precisamente, las novedosas implicaciones constitucionales de la cooperación acentúan la demanda de la participación del PE.

No se pueden negar las potenciales dimensiones constitucionales de la cooperación reforzada (75). La idoneidad del PE para poseer la llave de la cooperación, como de cualquier otra decisión de tamaña implicación constitucional, puede ser discutida por la legitimidad del Consejo pero no por la de la Comisión. Además, en éste contexto, la idoneidad del PE no puede ser discutida por el «Consejo reforzado» o por los Estados rezagados, pues éstos, frente al Parlamento, carecen aquí de la representatividad del conjunto de la CE. Dicha representatividad se le reconoce al PE, como ya vimos en la cláusula general, desde el momento que se respeta su conformación dentro de la toma de decisiones de los «ámbitos reforzados».

(75) Hasta su incorporación en el Derecho Comunitario, solamente el artículo 235 TCE (actual artículo 308 TCE) permitía una autorruptura constitucional. Ésta sin embargo no permite como la cooperación reforzada una diferenciación entre Estados, además, no existiendo dicha posibilidad, la Comisión no tiene allí la llave exclusiva de la incorporación. Ver la distinción que Usher realiza entre «provisions given special treatment» (p. 171) y la situación existente tras Amsterdam (p. 178 y ss.), Usher, J.A.: *EC Institution and Legislation*, Longman, Londres-Nueva York, 1998.

III. LA CIG 2000 Y EL TRATADO DE NIZA

Amsterdam institucionalizó la cooperación reforzada, pero lo hizo dificultado extremadamente su puesta en marcha. Argumentar, como se ha hecho, que el mecanismo no ha tenido tiempo para entrar en acción implica desconocer o pasar por alto las intenciones del grupo de EEMM opuestos a su activación. El frente común y disperso contra la diferenciación (España, Reino Unido, Suecia, Grecia y Dinamarca), se aglutina en torno a miedos dispersos recogidos bajo el paraguas de la Europa diferencialista, pues ésta, sin duda, puede afectar sus intereses. El temor a una derrama economicista que seleccione a un grupo «pata negra» excluyente para nuestro país, Grecia, etc., por la ausencia de cualidades económicas. La dimensión militar tan indeseada para el Reino Unido y Dinamarca, por ser allí carnaza para los incendiarios del superestado europeo, o por debilitar la alianza euro-atlántica tan preciada para quienes necesitan a los EEUU para llegar a la zona de no-exclusión en Irak; o a Suecia, Dinamarca e incluso Finlandia por involucrar a la Unión, con o sin su participación, en acciones bélicas fuera de su veto, *in fine*.

Los intereses contrapuestos, siendo incapaces de evitar la institucionalización de la cooperación, volcaron en Amsterdam sus energías en armar un buen cerrojo. Pensar ahora que el procedimiento necesitaba aire y tiempo para funcionar implica una relativa amnesia. La mejor muestra del atrincheramiento intrínsecamente ligado a los EEMM promotores del cerrojo fueron los denodados esfuerzos por mantenerlo intacto durante la CIG 2000.

Frente al fundamentalismo continuista se opusieron los países fundadores, quienes por serlo, a priori, merecen la presunción de inocencia en el *ranking* del abanderamiento de preservación del proyecto de integración, a no confundir con el mantenimiento de un pacto vapuleado por una modificación sustancial de circunstancias. Por un lado, Francia y el Benelux, apoyaban la cooperación reforzada como una vía abierta al avance en el proceso de integración. Por su parte Alemania, con el apoyo parcial de Italia, «contemplaba en parte las cooperaciones reforzadas y su flexibilización como un método para darle la vuelta a los bloqueos en cuestiones regidas por la unanimidad configurándolo como un ex-

pediente para tomar decisiones aun en el caso que algún Estado miembro las vetara» (76).

Partidarios y detractores de flexibilizar en Niza la flexibilidad introducida en Amsterdam enfrentaron sus argumentos en la CIG 2000. Dichos argumentos son ordenados a continuación en tres grupos polarizadores del debate, los cuales se exponen con animo gráfico sin aspirar a colmar todas sus derivaciones (77).

En primer lugar, los EEMM partidarios del inmovilismo se apoyaron en la ya citada ausencia de puesta en práctica de los mecanismos de Amsterdam, lo cual, a su entender, tornaba prematura cualquier modificación. Incluso más, se consideraba que el hecho de que ni siquiera se hubiese realizado propuesta alguna a tal efecto, no permitía calificar en ningún sentido al mecanismo. Frente a tal lógica se opuso que, *de facto*, las condiciones para poder recurrir a dichas cláusulas eran tan estrictas que impedían su uso en la práctica, por ello no se llegaría siquiera a la activación de propuestas, y por ello, el procedimiento, de pasar por Niza sin salir de Amsterdam, se anquilosaría como una vía muerta.

En un segundo plano, se argumentó que la ampliación del voto por mayoría cualificada, previsible en la CIG 2000, provocaría que cada vez sea menos necesario recurrir a las cooperaciones reforzadas, al ser la adopción de los actos posible con todos los EEMM con arreglo a los procedimientos normales del Tratado. Frente a tal lógica se opuso la basada en la relativización de la previsión sobre el aumento de las bases jurídicas afectadas por la mayoría cualificada, a contrario, en la segura permanencia de campos cerrados por el mantenimiento de la unanimidad. En tales contextos, dada la creciente heterogeneidad de la Unión ampliada, sería cada vez más difícil obtener la unanimidad imprescindible para iniciar cualquier avance en los campos que continuarían vedados según la voluntad de cualquier Estado.

(76) ELORZA, J.: «La UE después de Niza», Política Exterior, vol. XV, n.º 79, pp. 92-93.

(77) Junto a los que posteriormente se citan, debemos destacar, para lo inmediatamente abordado, las aportaciones más significativas de las dos Presidencias precedentes a la Francia: de la finesa el documento «Efficient Institutions After Enlargement Options for the Intergovernmental», Conference, 7 December 1999, 13636/99, LIMITE POLGEN 4; de la portuguesa, «Conferencia Intergubernamental sobre la reforma institucional, informe de la Presidencia al Consejo Europeo de Ferias», Bruselas 14 de junio de 2000, CONFER 4750/00.

En tercer lugar, tanto los EEMM contrarios a la diferenciación, como los Estados en vías adhesión, seguían viendo las modificaciones potencialmente introducidas en el sistema con gran aprehensión, dado que, para ellos, las posibilidades de un uso sistemático del mecanismo se continúa interpretando como un abrir la puerta a una futura fragmentación de la Unión. Contrariamente, los promotores de la flexibilización del procedimiento subvierten el razonamiento, afirmando que las cooperaciones reforzadas no deben considerarse como un factor de fragmentación ni de disolución, más bien al contrario, son un factor de integración, en la medida en que fijan objetivos más ambiciosos destinados a convertirse en objetivos comunes para el conjunto de los EEMM. Reforzando la posición, se argumentó (¿cómo amenaza velada?) que la facilitación del recurso es la mejor respuesta a la tentación que podrían tener ciertos Estados de llevar a cabo otras cooperaciones al margen del Tratado, lo que perjudicaría la coherencia de actuación de la Unión.

El Consejo Europeo de FERIA incluyó la cooperación reforzada en la agenda de Niza (78), y lo hizo compaginando el mínimo común denominador entre las posiciones, a saber, únicamente se abordarían los requisitos relacionados con la activación, dejando intactos los límites de contenido. Así, desde la Presidencia portuguesa, se prometía una reforma destinada esencialmente a eliminar las trabas existentes con relación a su activación y al mantenimiento del contenido limitativo de los ámbitos potencialmente objeto del recurso. Junto con dicha reforma, y con mayor seguridad sobre el resultado final de Niza, el silencio absoluto sobre la dimensión institucional de la cooperación indicaba la marcha hacia el *status quo* en cuanto a su problema de fondo aquí señalado. Vallamos por partes.

Las propuestas de los EEMM partidarios de una cooperación reforzada centradas en eliminar los múltiples frenos a su activación se convirtieron en referente de la discusión final (79). El primero de los frenos, por su-

(78) En el punto I.A. de las Conclusiones de la Presidencia sobre el Consejo Europeo de FERIA se solventó la duda sobre la inclusión de la cooperación reforzada en la agenda de Niza con la siguiente fórmula: «El Consejo Europeo considera, en particular, que las disposiciones relativas a una cooperación reforzada introducidas en el Tratado de Amsterdam deberán formar parte de los trabajos futuros de la Conferencia».

(79) El más claro ejemplo de dicho posicionamiento es la «German and Italian proposal on provisions to include in the Treaty of Nice regarding enhanced cooperation.» Documento reproducido en Europe/Documents N.º 2215.

puesto, el de la posibilidad de veto vinculado al *frein d'urgence*. Si recordamos, el Tratado de Amsterdam permitía a un Estado bloquear la cooperación escudándose en importantes razones de política nacional. Ahora los Estados partidarios, de la eliminación del veto, argumentan lo que siempre se supo: que la fórmula «es vaga y no pone límites a la discreción política de ningún Estado miembro para impedir que otros avancen hacia la integración» (80).

De haberse acordado en Niza la eliminación del *frein d'urgence*, el resultado final hubiese sido simple: la decisión sobre la activación del mecanismo se adoptaría por mayoría cualificada en sede del Consejo y el Consejo Europeo saldría del procedimiento (81). Parte de este salto cualitativo con respecto a Amsterdam fue dado por hecho durante la CIG por el Presidente de turno del Consejo Europeo Jacques Chirac: «está naturalmente fuera de duda que un sólo país pueda oponerse a una cooperación reforzada» (82).

Finalmente Niza dejó el freno de emergencia en una mera «dilación de emergencia». La autorización para llevar a cabo una cooperación reforzada, en el primer pilar, la concederá el Consejo por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión (83). Sin necesidad de justificarse en fundamentos de derecho o argumentaciones políticas (84),

(80) *Ibid.*, punto III, parra. 2.

(81) De haberse producido tal reforma hubiese quedado por resolver la cuestión de la determinación de la institución encargada de sustituir al Consejo Europeo a la hora de decidir el aplazamiento de la decisión principal. Ver NOTA de la Presidencia dirigida al Cónclave Ministerial de la CIG de 5 de octubre del 2000, CONFER 4780/00, p.3.

(82) Dichas palabras fueron pronunciadas en la rueda de prensa posterior al Consejo informal de Biarritz (13-14 October 2000). Partiendo de la base de que los Consejos informales no tienen conclusiones remitimos a lector a la *Présidence française de l'Union européenne - Rédaction du www site*. Contrastando con las palabras del Presidente de la UE, sin duda la posición mantenida por España. Ver sobre el particular: NOTA de la Presidencia sobre las cooperaciones reforzadas de 118 de julio del 2000, CONFER 4761/00, punto 2.4), p.3; y en general, la aportación de España a la CIG sobre esta materia, CONFER 4760/00.

(83) Tratado de Niza, Tratado de Niza, Cooperaciones Reforzadas en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Cláusula G, punto 2. Las referencias al Tratado de Niza son sacadas del texto provisional aprobado por la CIG sobre la reforma institucional, SN 533/00.

(84) Amsterdam hablaba de «motivos importantes y explícitos de política nacional, vid. artículo 11 TCE.

cualquier EEMM podrá solicitar (y se concederá de forma automática) que el asunto se remita al Consejo Europeo. Una vez allí los Jefes de Estado y de Gobierno simplemente tratarán dicho asunto, tras lo cual, el mismo volverá al Consejo quien decidirá igualmente por mayoría cualificada. Estamos, en último caso, ante un poder de dilación, habilitador si se quiere de posibles consensos políticos. Por lo demás, el veto en el mecanismo de activación de la cooperación reforzada pasó a la historia.

España exigió y obtuvo un refuerzo del papel del Parlamento en la activación, entendiéndose que ello «garantiza que las cooperaciones reforzadas solamente se utilicen para progresar en la integración» (85). La decisión se tomará como en Amsterdam (artículo 11 TCE) previa consulta al PE, pero, y ahí la diferencia, cuando la cooperación se refiera a un ámbito regido por codecisión, la activación requerirá el dictamen conforme. Pese al fin perseguido por nuestra delegación, no resulta descabellado afirmar que nuestra interpretación del concepto de «progreso» vinculado a la integración, así como de la razón de ser de la flexibilidad, sea la de la institución parlamentaria. Tiempo al tiempo.

La segunda reforma planteaba la necesidad de reducir el número de Estados participantes en la cooperación una vez activada. Alemania e Italia arguyeron la imposibilidad, sobre todo futura con una Europa a 28, de hacer operativo el mecanismo implicando a la mayoría de EEMM tal y como disciplina Amsterdam (Art. 43 parra. 1 d) TUE). Su propuesta fue mantener el *quorum* de Amsterdam en términos reales, es decir ocho Estados, o un tercio de los miembros en cada momento (86). El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la cooperación reforzada (87), propuso rebajar tal umbral a 1/3, si bien es cierto que con la discrepancia de su ponente José María Gil-Robles. Éste argumentó que «reducir el número exigido por debajo de la mayoría significaría favorecer el establecimiento de cooperaciones reforzadas de composi-

(85) ELORZA, J.: «La UE después de Niza», op.cit., p. 98.

(86) Tal medida fue propuesta por la Comisión y recogida por la Presidencia de turno durante la CIG. Ver NOTA de la Presidencia sobre las cooperaciones reforzadas de 30 de agosto del 2000, CONFER 4766/00, p.3.

(87) Ver la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de abril de 2000 que contiene sus propuestas sobre la CIG 2000, y el punto 7 de la «Resolución del Parlamento Europeo sobre la cooperación reforzada», (2000/2162 (INI)), edición provisional, 25-10-2000.

ción variable (la Europa a la Carta) y disminuir el poder de arrastre del grupo cooperador» (88).

Niza finalmente modificó la cláusula general, tal y como se concibió en Amsterdam, requiriendo la participación de un mínimo de ocho Estados miembros para que una cooperación reforzada pueda ser activada (89). La letra d) del artículo 43 TCE hablaba de «mayoría de Estados», con lo cual, la fórmula era insensible a las alteraciones en la composición del Consejo. La reforma de Niza no supone ningún cambio cuantitativo en la Europa a 15, pues ocho Estados son justamente mayoría. A partir de la primera ampliación, sin embargo, las cooperaciones podrán ser activadas por una minoría de Estados, incluso llegando a los límites solicitados por el Parlamento. En la práctica, los EEMM se han asegurado la capacidad de activar cualquier cooperación sin contar con los nuevos Estados, pero haciéndolo han facilitado la posibilidad, hoy por hoy teórica, de que 8 Estados en vías de adhesión promuevan un avance en ámbitos de su interés. En cualquier caso, el mecanismo mejorará sus posibilidades relativas de aplicación tras la primera ampliación con respecto al marco diseñado en Amsterdam.

La tercera dimensión de la reforma postulaba eliminar las limitaciones de orden «cualitativo-político» vinculadas a la cláusula general del artículo 43 TUE. En concreto, se propuso eliminar (borrando el parra. 1 c), art. 43 TUE) el carácter de último recurso de la cooperación reforzada, permitiendo la activación de la cooperación sin necesidad de apurar los procedimientos tradicionales (90). La base argumental de dicha reforma se centró en el riesgo de conflictos jurídicos sobre una cuestión objeto de un subjetivismo altamente político (91).

(88) Punto 16 del «Informe sobre la cooperación reforzada», 12 de octubre de 2000. Comisión de Asuntos Constitucionales, ponente: José María GIL-ROBLES GIL-DELGADO, PE 286.950.

(89) Tratado de Niza, Cooperaciones Reforzadas, Principios Generales, Cláusula A, letra g.

(90) Contra dicha posibilidad, contraria con carácter general a los potenciales EEMM rezagados, se ha manifestado Bélgica. Ver la carta dirigida por el Representante en el Consejo del Gobierno Belga en el Consejo al Presidente del Grupo de Representantes en la CIG, CONFER 4775, Anexo, punto 2 e), p. 3. También se manifestó en contra el Reino Unido, ver El País, 14-10-2000.

(91) «German and Italian proposal on provisions to include in the Treaty of Nice regarding enhanced cooperation», op.cit., punto III.

Niza no suprimió tal requisito, simplemente lo suavizó. Como destacamos al estudiar la cláusula primigenia, el problema principal venía ligado a la necesidad de constatar fehacientemente cuando, como determinaba el precepto del Tratado de Amsterdam, no se habían «podido alcanzar los objetivos de dichos Tratados por medio de los procedimientos pertinentes establecidos en los mismos». Es decir, podía incluso interpretarse que los Estados activadores tenían que intentar una acción tradicional y fracasar para poder activar la cooperación reforzada.

La letra del precepto tras Niza excluye la activación salvo como último recurso, «en caso de que haya quedado sentado en el seno del Consejo que los objetivos que se les hayan asignado no pueden alcanzarse en un plazo razonable limitándose a las disposiciones pertinentes de los Tratados» (92). El precepto elimina la carga de la ejecución fallida por los medios tradicionales, pero mantiene la neblina de la discrecionalidad política, pues al final será el Consejo de excluidos quién decidirá por ejemplo, cual es el «plazo razonable» en cada ocasión. No se elimina, en cualquier caso, la necesidad de recurrir al Tribunal de Luxemburgo para que entienda de cuestiones cuya interpretación requiere el prisma político.

Por similares motivos se sugirió igualmente eliminar la traba que suponía ligar la activación de una cooperación a la satisfacción del «interés» de los Estados que no vayan a participar en ella en primera instancia. Niza eliminó tal requisito, con lo que las cooperaciones únicamente deberán respetar «las competencias, derechos y obligaciones de los Estados miembros que no participen en ellas» (93).

Todas las reformas citadas, se intentaron presentar con el mejor de los envoltorios: rechazando la «Europa del pick-and-choose», temida por la inmensa mayoría de EEMM; así como la idea del «núcleo duro», objeto de las iras de los rezagados. Para evitar las connotaciones negativas del núcleo duro, no pudiéndose negar la realidad (cuantos menos países activen más núcleo) se «reformateó» la fórmula afirmando que «es un instrumento que posibilita a un grupo de Estados Miembros la formación

(92) Tratado de Niza, Cooperaciones Reforzadas, Principios Generales, Cláusula B.

(93) Tratado de Niza, Cooperaciones Reforzadas, Principios Generales, Cláusula A, letra li.

de una vanguardia, abierta y funcional» (94). Debido a la imperiosa necesidad de evitar las ligaduras pretéritas se pretende hoy, por políticos y doctrina favorable a la flexibilidad, rebautizar el mecanismo con el nombre de integración reforzada: la cooperación sirve a todo el proyecto y no solamente al Consejo reforzado. El envoltorio y los juicios de valor son interesantes pero no deben despistarnos del paso trascendental, tras Niza, «el arma para burlar ciertos vetos está ahí» (95), y con ella la posibilidad real de diferenciación dentro del corazón de la UE, la CE.

Dicha repercusión hace palidecer la incorporación ex novo al Tratado de las cooperaciones reforzadas en el segundo pilar, único pilar del trípode que se resistió a la flexibilidad en Amsterdam. El interés británico en no dañar el vínculo con la OTAN acabó imponiéndose (96), si bien es cierto que dicha visión estratégica-bélica, hizo pinza con su antípoda pacifista (suecos y daneses), así como con el interés Francés por mantener su *status* de libertad como potencia nuclear y militar (97). Con tales patrocinadores no es de extrañar que la política europea de seguridad y defensa se haya incorporado por la puerta chica. Según Niza «las cooperaciones reforzadas en virtud del título V se referirán únicamente a la aplicación de una acción común o de una posición común. No podrán referirse a cuestiones que tengan repercusiones militares o repercusiones en el ámbito de la defensa» (98). Es decir, una política exterior sin ejército, sin uso ni amenaza creíble de uso de la fuerza, justo lo que la UE necesitaba después de la guerra en los Balcanes.

IV. CONCLUSIONES

La Cooperación reforzada, institucionalizando la flexibilidad en el modelo de integración europeo (Amsterdam) y flexibilizándola (Niza),

(94) Ver el comentario inicial al texto Germano-alemán sobre la cooperación reforzada, Europe/Documents, n.º 2215.

(95) «L'arme pour contourner certains 'veto' est là.» Así de gráfico se mostró Fernando Ricardi, en su reflexión sobre Niza. Vid. Bulletin Quotidien Europe n.º 7868, 21-12-2000.

(96) José M. DE ARELZA CARVAJAL ha insinuado que su victoria aquí fue objeto de transacción con la su permisividad en el flexibilización de la activación de la cooperación reforzada en el primer pilar. «La reforma de Niza: ¿lucía qué Unión Europea?», Política Exterior, vol. XV, n.º 79, p. 112.

(97) ELORZA, J.: «La UE después de Niza», op.cit., p. 99.

(98) Tratado de Niza, Cooperaciones Reforzadas en virtud del Título V del TUE, Cláusula J.

ha introducido un punto de inflexión mayúsculo de cara al desarrollo futuro de la Unión Europea. El modelo tradicional, debilitado pero vigente, no fue fruto de una predeterminación teórica ni una plasmación constitucional, por ello gozó de la flexibilidad necesaria para absorber, tanto la euforia integracionista como el euroescepticismo, y a la sazón sus manifestaciones en el Derecho Originario.

Neofuncionalismo, Monnetismo, *spill over*, etc. (99), son definiciones para un modelo que hasta el Tratado de Amsterdam mantenía formalmente el avance conjunto. Avance manifestado de puertas adentro en la ficción de que todos asumían el Derecho Comunitario en la misma medida, pese a que, como describimos, siempre hubo diferenciación, si bien sería Maastricht la más clara muestra de la ficción igualitaria permitiendo *opt-outs* en aspectos troncales.

De puertas a fuera, como bien señala Preston, el modelo tradicional mantenía la ficción jurídica de la unidad del acervo comunitario demandando a los nuevos Estados la aceptación de éste en su conjunto, no permitiéndose el mantenimiento de *opt-outs*, y basando las negociaciones en una visión inmovilista del acervo, sin tener debidamente en cuenta sus distintas necesidades ni las demandas sobrevenidas a las instituciones existentes con cada vuelta de tuerca plasmada en forma de ampliación (100).

La flexibilidad-inmovilista del modelo tradicional contribuyó (nunca justificó) al mantenimiento del *status quo* institucional, manteniendo intacto el principio básico del sistema institucional único. Tal realidad tuvo que sucumbir ante la nueva y radicalmente distinta situación. Como correctamente afirman Traxler y Schmitter, la flexibilidad supone no solamente una etapa transitoria sino una característica perdurable en la arquitectura básica de la política europea (101). La vocación de permanencia

(99) Si bien todas estas definiciones pueden incluirse en una misma clasificación, todas contaron con su especificidad teórica. Sobre el particular ver LINDBERG, L.-N.: «Political Integration: Definitions and Hypotheses,» en NELSEN, B.-F.: «The European Union: Readings on the theory and practice of European Integration,» Macmillan Press LTD, 1998, espec., pp. 145-147.

(100) PRESTON, C.: «Obstacles to the EU Enlargement: The Classical Community Method and the Prospects for a Wider Europe,» *Journal of Common Market Studies*, vol. 33, n.º 3, 1995, pp. 541-546.

(101) TRAXLER, F. y SCHMITTER, C.-P.: «The Emerging Euro-Polity and Organised Interest,» *European Journal of International Relations*, vol.1, n.º 2, 1995, p. 196.

futura de la cooperación reforzada cobró cuerpo en su institucionalización y adquiere vigencia de presente y futuro con la acentuación de las diferencias de una casa Europea abierta a los PECOS. Junto a la llegada de países incapacitados para adoptar ciertas fases de integración o políticas (¿para siempre?), la UE tácitamente asume la permanencia *sine die* de los *opt-outs* existentes en tanto que su finalización queda pendiente de los EEMM afectados. Conviene además recordar que, frente a Amsterdam, Niza ha fijado en 8 Estados el umbral de activación del procedimiento, con lo que sus expectativas de activación mejorarán en relación directamente proporcional al aumento de EEMM.

La institucionalización de la cooperación reforzada implica la división entre los EEMM en una o varias dimensiones de integración, unos con plenos derechos y deberes, otros sin ellos. Siendo el derecho a la participación en las instituciones el contrapeso fundamental a la asunción de las obligaciones emanadas de los actos producidos por las mismas, la cooperación reforzada demandaba la ruptura de la unidad institucional. No es necesario entrar en las repercusiones que la cooperación reforzada contiene con respecto al futuro sistema político de la UE (102), estamos ante la demanda presente de bidimensionalidad de las instituciones según los EEMM tomen o no parte en aspectos de cooperación reforzada. La fractura institucional, siendo inevitable, se intentó mitigar reduciendo sus efectos al Consejo de Ministros, dándose erróneamente por supuesto que ésta, frente al PE, es la única institución que lo demanda.

Limitar la afectación institucional al Consejo no es coherente, menos haciéndolo en la forma difusa realizada. El PE no es una institución privada del interés nacional justificador de la fractura, tampoco está marginada en la toma de decisiones dentro de la cooperación reforzada. Pese a ello, en el último momento, en Amsterdam se desechó una fórmula similar a la aplicada en el Consejo, limitando el derecho de votación de los parlamentarios de las naciones no partícipes en la política afectada por la cooperación. Solución mantenida en Niza sin ni siquiera plantearse la necesidad de reflexión sobre el particular.

(102) Sobre dichos aspectos me remito al destacado estudio de GILLESVILLE, P.: «Models of Integration,» en Faffan, B. «Constitution-Building in the European Union,» *Institute of European Affairs*, 1996, espec., pp. 157-166.

La solución institucional adoptada con relación al Consejo rompe el principio general del sistema institucional común. Este principio como sabemos no es sólo esencial en el pilar comunitario. Según el artículo 3 del TUE «la Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario.» Este principio general de la Unión y de la CE no existe en ninguno de los dos ámbitos cuando rige la cooperación reforzada, de ahí que Wesels acertadamente afirme que tras la institucionalización de la cooperación reforzada «es imposible seguir hablando de un sistema institucional único» tal como se desprende de dicho precepto (103). Dicha realidad demanda la reflexión siguiente.

Si los principios básicos del Derecho Comunitario tienen razón de ser, su modificación o supresión debe llevar consigo una reflexión sobre la conveniencia de dicha evolución, teniendo en cuenta los costes de tal acción. Por mejor decir, no se puede prescindir o vulnerar un principio lleno de contenido por acuciante que sea la necesidad de hacerlo, tampoco por la ausencia de voluntad política para afrontar las alternativas a su vulneración. En nuestro caso, es obvio que el principio derribado por la cooperación reforzada es base en el sistema institucional así como en el desarrollo del Derecho Comunitario. La enunciación de dicho principio deja claro que el «sistema institucional único» es causa de la coherencia del sistema, y a *sensu* contrario, su vulneración la pone en peligro.

Un sistema que, se quiera o no, provocará el enfrentamiento permanente entre «bloques» de Estados no es coherente, ello por no existir la participación o no-participación «neutral» en una política (104). Tal realidad se fomenta de forma intensa ubicando la toma de decisiones únicamente en un Consejo formalmente dividido desde la activación de la cooperación reforzada.

(103) WESSELS, W.: «Flexibility, differentiation and closer cooperation: the Amsterdam provision in the light of the Tindemans Report,» en WESTLAKE, M.: «The European Union beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration,» Roudledge, 1998, p. 92.

(104) En el mismo sentido se ha expresado la doctrina, ver por ejemplo: WESSELS, W.: «Flexibility, differentiation and closer cooperation: the Amsterdam provision in the light of the Tindemans Report,» *ibid*, espec. pp. 88-90.

Otra vertiente de la coherencia del sistema, aquella vinculada al ámbito de aplicación, ha estado presente durante la CIG 2000, tanto en el Cónclave Ministerial de la misma como en las reflexiones de la Presidencia francesa. Según las orientaciones de estudio de la Presidencia, «el hecho de que tanto el interés de las cooperaciones reforzadas como el *posible riesgo que pueden entrañar para la coherencia de la actuación* varían en gran medida según los ámbitos, y que conviene tenerlo en cuenta en la identificación de las condiciones para recurrir a dichas cooperaciones» (105). De ahí la Presidencia dedujo «la conveniencia [...] de descartar en la práctica el recurso a las cooperaciones reforzadas en determinados ámbitos, e inversamente, facilitar su aplicación en los demás ámbitos» (106). Aún considerando que Niza haya adoptado tácitamente esta vía de solución, en el mejor de los casos haría frente a la segunda dimensión señalada, pero no al alcance institucional de la misma.

En una segunda dimensión, el marco institucional único es, en la UE, garante de «continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos» (artículo 3 TUE). Esta dimensión podrá verse afectada por la cooperación reforzada en la medida en que los EEMM activadores de una cooperación se aparten de desarrollos previos realizados por los 15 en las mismas áreas ahora afectas a la cooperación reforzada. Dicha posibilidad se dará con frecuencia, pues de coincidir todos los EEMM en la continuidad de una política dada, no procederá la activación de la cooperación.

En tercer lugar el artículo 3 del TUE vincula la unidad institucional al «respeto desarrollo del acervo comunitario.» Tal objetivo puede considerarse excluyente de la cooperación reforzada. La concepción institucional unitaria se pierde en las materias afectadas, perdiéndose igualmente la visión institucional de conjunto y la creación normativa al servicio del conjunto como se entiende en el acervo comunitario. La debilitada representación del interés común en sede del Consejo, opuesto al de la suma de intereses nacionales, resulta aun menos creíble si se promueve desde un «Consejo en cooperación reforzada» tomado sólo por

(105) Ver NOTA de la Presidencia sobre las cooperaciones reforzadas de 30 de agosto del 2000, op.cit., punto I. ii); y NOTA de la Presidencia dirigida al Cónclave Ministerial de la CIG, punto I. ii). Subrayado nuestro.

(106) *Ibíd*em, punto I. iii) de ambas.

parte de los Estados. Este «Consejo reforzado» supone una acentuación hasta límites insospechados de la derrama intergubernamental también opuesta a la esencia del acervo comunitario. Como vimos por ejemplo al estudiar la activación, el papel del Parlamento es formal, el de la Comisión limitadísimo, al igual que el del Tribunal de Justicia. Al final, el límite real del «Consejo reforzado» vendrá por el «Consejo de excluidos», gobiernos frente a gobiernos, nada podría estar más lejos del espíritu comunitario.

Tenemos pues un principio básico del sistema jurídico e institucional en crisis por una nueva dimensión del modelo de integración que directamente suprime el marco institucional único en sus ámbitos. Ámbitos por lo demás no cerrados, pues nada impide la posterior incorporación de nuevas materias al mecanismo.

Estamos ante el quebrantamiento de un principio clave en el sistema institucional porque la concepción institucional unitaria se pierde en las materias afectadas, perdiéndose igualmente la visión institucional de conjunto y afectando negativamente a la ya debilitada representación del interés común en sede del Consejo. Este interés, opuesto al de la suma de intereses nacionales, resulta aun menos creíble si se promueve desde un «Consejo en cooperación reforzada» tomado sólo por parte de los EEMM, lo dicho, por supuesto, con independencia de los utópicos deseos armonizadores de los preceptos de la cooperación introducidos en el Derecho Originario, parcial pero intensamente opuestos a la lógica.

Todo ello presenta una ecuación no resuelta en Niza: el Consejo debe fragmentarse pero el sistema institucional en su conjunto no puede desvincularse por completo del principio de la unidad institucional, ni siquiera en la esfera estudiada. Las garantías otorgadas por la unidad institucional a la evolución del sistema, solamente parecen poder aspirar a mantenerse a través del PE. Dicha institución, a diferencia de la Comisión, es la única legitimada para compartir el poder decisorio con el Consejo. Frente al Consejo, el PE podría llegar a encarnar la representación del conjunto de la UE y no de los pueblos de Europa como realiza hoy.

La solución a la ecuación planteada por la introducción de la cooperación reforzada en el plano institucional puede favorecerse con un ma-

yor protagonismo del PE, permitiéndole compartir (en codecisión) con el Consejo la toma de decisiones en todos los ámbitos activados por la cooperación reforzada, independientemente de su régimen genérico. Y no como hace Niza, vinculando simplemente la activación de los ámbitos de codecisión afectados por la cooperación al dictamen conforme del Parlamento. El plus aportado por el Parlamento tiene que llegar al ejercicio y no exclusivamente a la activación.

Para proceder a tal cambio, debe atenderse a otra variable, el PE no es hoy el representante del pueblo europeo, ni siquiera goza de un sistema de partidos o electoral europeo, por ello, no está en condiciones de subsanar plenamente la merma producida en el contexto analizado, pese a que el hecho de no sufrir fractura en su composición en las cooperaciones activadas, por razón de la procedencia de los eurodiputados, camufla tal realidad. Este último argumento abogarí por la necesidad de fomentar una reforma importante del PE antes de equiparle con el Consejo en el orden competencial.

Otra línea argumental defendería la compatibilidad de otorgar la equiparación del PE con respecto al Consejo de principio. Tal posición se apoya en una doble base. Primeramente, el PE, pese a no ser un Parlamento al uso, goza de mucha mayor representatividad europea que el Consejo, a lo que se une el mantenimiento de su composición en cooperación, lo cual transforma su participación en alivio para el problema generado en unidad del sistema institucional en tales ámbitos.

En segundo lugar, la reforma anticipada del PE destinada a convertirle en un verdadero Parlamento de los europeos, demanda tiempo y por ello es incompatible con la inminencia de activación de la cooperación reforzada, activación ligada a posibles secuelas dañinas en el sistema institucional.

Finalmente y como derivación de lo anterior, las cuotas de poder más amplias del PE (colegislación, presupuesto, etc.) demuestran que la evolución última de la institución ha subvertido el orden ortodoxo de integración de forma exitosa. En lugar de consolidar la reforma plena antes de proceder al reparto de poderes, se residencian poderes progresivamente en el PE buscando el arrastre político, especialmente sobre el sistema de partidos. La ortodoxia debe dar paso al posibilismo, la ausencia de voluntad

política no permite lo contrario (107), y aun haciéndolo, no existe el concepto «reforma plena» como no existe fin conocido al proceso de integración (108).

En cualquier caso, elijamos la vía ortodoxa o la heterodoxa, el PE es la salida más visible a la defunción del principio de la unidad institucional, con la consecuente oleada de externalidades negativas que tal hecho produciría dentro y fuera de la cooperación reforzada. De ello tiene que hacerse eco la cooperación-integración reforzada si no quiere asumir el coste institucional de una activación del mecanismo a cualquier precio, sobre todo ahora que Niza permite sacar la cooperación reforzada del letargo en el que Amsterdam la alumbró.

(107) Para sostener la afirmación sobre con asomarse a la actual preparación de la próxima CIG. Ver «Avancing the Union,» Report by The Independent Commission for the Reform of the Institutions and Procedures of the Union (ICRI), www.icri.org.com. Vid. Agence Europe de 26-11-1999.

(108) Es el sistema parlamentario (en dicha dirección CORBETT, R.: «The European Parliament and the idea of European Representative Government,» en PINDER, J.: «Foundations of Democracy in the European Union,» Macmillan Press LTD, Londres, 1999, p. 87 y ss.), es un sistema federal (en tal sentido apuntan las muchas realidades presentes de la UE. Ver sobre el particular la tesis doctoral de Goudappel, F.A.N.J.: «Powers and Control Mechanisms in European Federal Systems,» Sanders Instituut-Gouda Quint, 1997, espec. 165-236.), o es una salida sui generis (una reflexión abierta en Vibert, F.: «Europe: a Constitution for the Millennium,» Dartmouth, Aldershot, 1995, pp. 201-233; BONVICINI, G.: «Political European Integration: Integration Requisites,» en KOURVETARIS, G.A. y MOSCHONAS, A.: «The Impact of European Integration: Political, Social and Economic Changes,» op.cit, espec. «Scenarios for the Future,» p. 181-185).

CORTES GENERALES Y SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL

JAVIER TAJADURA TEJADA (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. - 2. LA INTERPRETACIÓN INICIAL DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD: LA TESIS DE IGNACIO DE OTTO. - 3. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES 118/1996, DE 27 DE JUNIO, Y 61/1997, 20 DE MARZO, A PROPÓSITO DE LAS LEYES ESTATALES DICTADAS EXPRESAMENTE COMO SUPLETORIAS. 3.1. *La STC 118/1996, de 27 de junio.* 3.2. *La STC 61/97, de 20 de marzo.* 3.3. *Los votos particulares del Magistrado don Manuel Jimenez de Parga.* 3.4. *Objeciones doctrinales a las SSTC 118/1996 y 61/1997.* 4. SUPLETORIEDAD Y LEGISLACIÓN BÁSICA. - 5. ¿MUTACIÓN O FALSEAMIENTO CONSTITUCIONAL? 5.1. *La mutación constitucional y sus límites.* 5.2. *Consecuencias del falseamiento constitucional sobre los principios estructurales del Estado.* 6. CONCLUSIÓN. 7. NOTA BIBLIO-GRÁFICA.

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco.