

FLEXIBILIDAD EN EL DERECHO EUROPEO. COMPLEMENTO AUTÓNOMO DEL TRATADO Y COOPERACIÓN REFORZADA

Rupert Stettner*

Traducido del alemán por Juan Fuentes y José Antonio Pérez Soto

SUMARIO

- 1.- Flexibilidad como elemento esencial de integración.
- 2.- Complemento autónomo del Tratado y cooperación reforzada como manifestación de una flexibilidad unificadora.
- 3.- El establecimiento de la cooperación reforzada por el Tratado Constitucional.

1. FLEXIBILIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DE INTEGRACIÓN

1.1. El Tratado que establece una Constitución para Europa como instrumento de integración

El Tratado de Constitución Europea, tal y como fue aprobado el 18 de junio 2004 en Bruselas, a pesar de su denominación no es la tan prometida «regulación fundamental y marco», lo que según Werner Kägi¹ debería ser la Constitución. Más bien, y como diría Ulrich Scheuner², es una «norma y tarea» y la expresión de una fase de desarrollo cultural en el sentido señala-

* Catedrático de la Universität der Bundeswehr München

¹ Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, reimpresión de la edición de 1945, Zürich 1971, pp. 148 y s.

² Staatslexikon, vol. VIII, Freiburg 1963, columnas 117, 118.

do por Peter Häberle³. La Constitución Europea no constituye un estado sino que es organización del proceso de integración europea (circunstancia que Hermann Heller, no obstante, considera que es la función clásica de la Constitución estatal⁴). Representa un desarrollo del proceso iniciado con los tratados constitutivos y continuado con los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza. Proceso que todavía no ha culminado la integración en un Estado, si es que en algún momento puede y debe alcanzarse. Ello requiere precaución y las actuales facultades de prevención y reacción. Asimismo, la flexibilidad ha sido siempre, en el entorno de ese permanente proceso de integración, uno de los elementos más importantes de la unificación europea: ciertamente, un elemento esencial de este proceso dinámico.

1.2. Cambio de estructura de la integración

La «cada vez más estrecha unión de los pueblos de Europa»⁵, objetivo que según el art. 1.2 TUE debe ser realizado, se enfrenta a la dificultad de tener que luchar con una heterogeneidad creciente, generada por la entrada de diez nuevos Estados miembros. Desde siempre hubo y hay falta de claridad acerca de la finalité politique, es decir, sobre el fin último y la forma de la Unión que debe ser alcanzada. A ello se añade ahora la dificultad de integrar Estados que se encuentran en profundos procesos de reestructuración económica y que, en su mayoría, tienen que superar el trauma que representa haber pertenecido durante un largo periodo de tiempo al sistema totalitario del bloque del Este⁶. El «Derecho europeo», como mecanismo director, tiene que solventar esta situación en una Unión de (por lo menos) veintisiete Estados miembros. El principio de primacía del Derecho comunitario, defendido por el TJ desde la Sentencia Van Gend & Loos / Administración holandesa de Hacienda⁷ y Costa / E.N.E.L⁸ y reconocido por la Constitución (vid. art. 1-6 CEu) a la vista de las nuevas relaciones no está, en realidad, en condiciones de poder ser utilizado. Sin embargo, el Derecho de la Comunidad/Unión europea (orientado a la aceptación y eficacia) no puede ignorar estas relaciones transformadas, sino superarlas. Hasta ahora

³ Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, pp. 269, 652, 692.

⁴ Staatslehre, 4.ª edición, 1970, pp. 191, 243, 269.

⁵ Vid. también BUNGENBERG, EuR 2000, p. 886.

⁶ Vid. BUNGENBERG, op. cit., p. 882.

⁷ STJ, C- 26/62, 1963, 1.

⁸ STJ, C- 6/64, 1964, 1251.

se ha intentado remediar la debilidad generada por la inseguridad respecto a la presencia futura de nuevas vicisitudes en la actividad ordinaria, inherente a todo planteamiento normativo, mediante el complemento autónomo del tratado (competencia para cubrir lagunas, *Lückenschließungskompetenz*) previsto en el art. 308 TCE⁹. Con este instrumento se crea un recurso que permite superar defectos competenciales de una forma relativamente fácil. Su requisito de aplicación es que existan metas futuras de la Comunidad para cuya consecución hagan falta nuevos ejercicios competenciales. La Constitución Europea ha considerado que, a pesar de la nueva categorización y clasificación de las competencias de Unión y de los Estados miembros, no podía renunciarse a ese precepto (art. I-18 CEu, cláusula de flexibilidad).

No obstante, es significativo que el mantenimiento por la Constitución de la situación jurídica existente dependa de un principio fundamental sostenido con firmeza: el dogma de la coherencia del Derecho de la Comunidad/Unión¹⁰. Éste apareció ya en el Tratado de Ámsterdam¹¹, quedó acentuado en el Tratado de Niza, y encuentra ahora su confirmación definitiva en la Constitución Europea. Si bien el principio de coherencia del Derecho comunitario no es equivalente con el principio de la vigencia directa y preferente del Derecho de la Comunidad para la integración (*Integrationsgemeinschaft*), guarda cierto parentesco con él pues indica que el Derecho europeo estará vigente de igual forma en todos los Estados miembros y que no se admitirá ninguna excepción a este postulado. Sin embargo, se advierten infracciones de este principio en años anteriores y en casos importantes¹². Se puede mencionar por ejemplo el Sistema Monetario Europeo del año 1979, el Acuerdo Schengen¹³, el Protocolo y Acuerdo So-

⁹ BUNGENBERG, op. cit., p. 884, donde recoge, en una detallada exposición, la praxis existente hasta la actualidad.

¹⁰ Vid. OPPERMANN, *Europarecht*, 2.ª edición, 1999, marg. 525. Sobre los principios de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, especialmente respecto al Derecho europeo vid. BALAGUER CALLEJÓN, «Der Integrationsprozess in Europa und die Beziehungen zwischen der Europäischen Rechtsordnung und den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten», en *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber amicorum für Häberle*, 2004, p. 316 y s.

¹¹ Sobre las modificaciones del Derecho comunitario originario emprendidas por este Tratado vid. EHLERMANN, *EuR* 1997, pp. 371 y ss; BROK, *Der rechtliche Rahmen eines Europas in mehreren Geschwindigkeiten und unterschiedlichen Gruppierungen*, *Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie*, Trier, vol. 26, pp. 151 y ss.

¹² Vid. HAILBRONNER, *CMLRev* 1998, pp. 1060 y ss; MARTENZUK, *ZEuS* 1997, pp. 499 y s.

¹³ BLANKE, *Grabitz/Hilf, Kommentar zu EUV/EGV*, agosto 2003, Vor art. 43 – 45 TUE marg. 9; SATZGER, *Streinz* (edit.), *EUV/EGV*, 2003, art. 29 TUE, marg. 3; WEISS, art. 61 TCE, marg. 24 y ss, especialmente 36 y ss, ahí también sobre el Título IV TCE como ejemplo de integración diferenciada.

cial de Maastricht¹⁴, así como la Unión Económica y Monetaria¹⁵. En todos estos casos, tan conocidos, permanecen al margen uno o varios Estados miembros. También en lo que atañe a la Política de Seguridad, ámbito de acción de la Unión conforme a lo establecido en la Constitución Europea, ocurre que no todos los Estados miembros quieren o pueden participar¹⁶. No obstante, los supuestos enumerados no dejan de ser excepciones que deben mantenerse como tales y que, en definitiva, confirman la regla de la coherencia, de la vigencia universal, del Derecho europeo. Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que este *opting-out*¹⁷ de los Estados miembros puede acabar súbitamente cuando éstos sufren un cambio de gobierno. Así, el Tratado de Ámsterdam, que establecía la competencia sociopolítica de la Unión y la correspondiente modificación de los principios previstos en los Tratados, finalmente fue aceptado por el Reino Unido, en un primer momento opuesto, después de que Blair sustituyera en el poder a Major.

1.3. El cambio de paradigma: de la (exclusiva) coherencia a la (también posible) diferenciación positiva

Actualmente se ha producido un cambio de paradigma que no ha sido todavía comúnmente percibido¹⁸. En Ámsterdam se siguió una línea todavía muy restrictiva, que fue atemperada¹⁹ en Niza y que, ahora, ha encontrado en la Constitución Europea su constatación positiva. Cuando se cumplen determinados requisitos parte o un grupo de los Estados miembros están autorizados a profundizar, dentro del marco de la Unión, en la obtención de los objetivos comunitarios. Este medio es la Cooperación reforzada²⁰ (art. I-44 en conexión con los arts. III-416 y ss CEU) que permite actuar a un

¹⁴ STREINZ, *Europarecht*, 6.ª edición, 2003, marg. 907 y ss; EHLERMANN, *EuR* 1997, p. 365; BLANKE, *op. cit.*, Vor art. 43 – 45 TUE, marg. 10.

¹⁵ Sobre el sistema monetario europeo y sobre la unión económica y monetaria vid. STREINZ, *Europarecht*, marg. 871 y ss; EHLERMANN, *EuR* 1997, p. 365; BUTTLAR, *op. cit.*, pp. 653 y s; BLANKE, *op. cit.*, arts. 43 – 45 TUE, marg. 10.

¹⁶ BUTTLAR, *op. cit.*, p. 659 y n. 42.

¹⁷ Al respecto BLANKE, *op. cit.*, art. 43 – 45 TUE, marg. 8 y 12.

¹⁸ Vid. PECHSTEIN, Streinz (edit.), *EUV/EGV*, 2003, art. 43 TUE, marg. 1 y ss.

¹⁹ WIEDMANN, *JuS* 2001, p. 848.

²⁰ Sobre la cooperación reforzada según los tratados de Ámsterdam y Niza vid. BUTTLAR, *op. cit.*, p. 659. De manera detallada KELLERBAUER, *Von Maastricht bis Nizza. Neuförmern differenzierter Integration in der Europäischen Union*, 2003, pp. 26 y ss, 165 y ss; LÓPEZ-PINA, «Die verstärkte Zusammenarbeit als europäische Regierungsform», en *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber amicorum für Häberle*, 2004, pp. 286 y ss.

número (mínimo) determinado de Estados, siempre que se respete el *acquis communautaire*, como exploradores, como avanzadilla que en un ámbito específico intensifican la integración, mientras que a los Estados restantes les queda la posibilidad de incorporarse a este proceso cuando puedan o quieran. El carácter flexible del Derecho de la Comunidad/Unión europea, condición que, aunque le es inherente, ha encontrado su expresión específica a través del complemento autónomo del Tratado previsto en el art. 308 TCE, se manifiesta a través de su propio instituto jurídico que permite una Europa de dos velocidades: una Europa básica y una Europa de geometría variable, o como se quiera decir con otras denominaciones posibles²¹. Los creadores del Tratado Constitucional, como ya sucedió con los que concluyeron los Tratados de Ámsterdam y Niza, se han visto en la necesidad de recortar la coherencia del Derecho europeo para evitar que se retrase de forma permanente el tempo de la flota europea, lastrada por la capacidad de rendimiento de los lentos buques de escolta²². Sigilosamente quizá surja la idea de hacer de la necesidad una virtud: a través de una avanzadilla²³ se podría estimular a los rezagados a acelerar el paso. Desde luego no se debe ignorar que el instrumento de la cooperación reforzada también contiene la semilla de la división y en determinados supuestos se puede producir la separación de una segunda clase de Estados miembros²⁴. Empero, también se debe tener en cuenta que un *opting-out* o incluso la «secesión» que pudiera producirse con el uso de este procedimiento, son consecuencias decepcionantes pero que no deben asustar. La integración europea se construye exclusivamente a partir de la libertad y voluntad de integración de los Estados miembros. Si ambos aspectos no concurren o desaparecen se impone la realidad de los hechos y sólo queda esperar a que el futuro depare un cambio a mejor.

Una utilización del instituto de la cooperación reforzada (que todavía no se ha logrado) podría, sin embargo, tener otros efectos sorprendentes. Aquellos Estados miembros que quieran impulsar la integración podrían aparecer a la luz pública como los responsables de romper la armonía del proceso de integración, integración sólo presunta porque en realidad estaría en una

²¹ Vid. por ejemplo OST, DÖV 1997, p. 496; HATJE, Schwarze (edit.), EU-Kommentar, 2000, art. 43 TUE, marg. 8; MARTENZUK, ZEuS 1998, p. 452; STUPS, JCMS 1996, p. 288; PECHSTEIN, op. cit., art. 43, marg. 3.

²² BUTTLAR, op. cit., p. 664.

²³ Sobre la propuesta de Chirac para la formación de un "grupo-avanzadilla" bajo de dirección de Alemania y Francia vid. BLANKE, op. cit., Vor art. 43 – 45 TUE, marg. 5.

²⁴ BLUMENWITZ, ZfP 2004, p. 128.

situación de estancamiento; en definitiva, aparecerían como los que transmiten la bacteria de la fragmentación al edificio de la Unión Europea. Por otro lado, también sería posible que los Estados promotores de esa profundización pudieran evitar precisamente la atadura formal que representa la utilización de la reglas de la cooperación reforzada de modo que el significado práctico de este instituto jurídico quedaría muy reducido. Si se tiene en cuenta la Declaración (ya citada arriba) del Tratado de la Unión Europea de Maastricht (ciertamente suavizada en el art. I-1 CEu, pero en el que halla, a su vez, resonancia) según la cual los ciudadanos y Estados de Europa tienen la voluntad de construir un futuro común, más bien son los Estados reticentes (reconociendo que puede haber razones legítimas que motiven semejante posición) los que generan más dudas en la confianza de la Comunidad y no los que se constituyen en avanzadilla y desean estar en cabeza del proceso de integración.

2. COMPLEMENTO AUTÓNOMO DEL TRATADO Y COOPERACIÓN REFORZADA COMO MANIFESTACIÓN DE UNA FLEXIBILIDAD UNIFICADORA

2.1. Introducción

Se debe apreciar el complemento autónomo del Tratado (cobertura de lagunas y perfeccionamiento del Tratado, la cláusula de flexibilidad, en suma) según lo previsto en el art. I-18 CE (artículo que tiene una vinculación directa con el art. 308 TCE) y en directa relación con ello se debe utilizar el instituto de la cooperación reforzada (relativamente nuevo). En ese sentido, debe indicarse, en primer lugar, que la flexibilidad no sólo incide en el Derecho positivo de la Unión, sino también en el proceso de incorporación y, asimismo, conlleva un elevado nivel de exigencia en el ámbito político: al Consejo, al Parlamento, al Tribunal de justicia, a los Estados miembros. Sin las reacciones dúctiles de estos órganos y actores no se habrían podido superar las vicisitudes que han acompañado y acompañarán al proceso de integración.

Si la flexibilidad normativa, ejecutiva y judicial son elementos indispensables del proceso de integración que exigen en gran medida un esfuerzo en el ámbito político, debe ser reconocido también en el ordenamiento jurídico. El reconocimiento normativo es necesario para generar confianza, tanto interna como externa, en la tarea de unificación europea. La previsibilidad del ordenamiento jurídico, de las actuaciones de los órganos y la conservación de instituciones jurídicas poseen tanto fuerza de captación como de

desarrollo innovativo. Los Estados que solicitan su ingreso o los estados candidatos a ello, para los que el atractivo de la Unión reside precisamente en su presente estado de integración, normalmente no quieren ser o llegar a ser miembros de una estructura que en breve se modifique por completo. Así se rompe una lanza en favor del tan criticado principio de unanimidad: es la garantía para que cada Estado miembro pueda aceptar las decisiones europeas; no es viable un opting-out cuando se adopta la forma de decisión excluyente. Esto ralentiza el proceso de integración, que ha avanzado lentamente, pero que, desde luego, ha merecido ese nombre.

2.2. Complemento autónomo del Tratado en el ámbito de atribución de competencias por la Unión, implied powers y modificación del Tratado

2.2.1. Adopción de la cláusula de flexibilidad por el Tratado Constitucional

Los creadores del Tratado Constitucional han considerado necesario y oportuno recoger la cláusula de flexibilidad en el art. I-18 CE y con ello han asumido expresamente, y en esencia, el art. 308 TCE (con algunas variaciones: la intervención de los parlamentos nacionales y la prohibición de armonización de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando la Constitución excluya dicha armonización; asimismo, la Constitución exige la previa aprobación del Parlamento Europeo, mientras que el art. 308 TCE sólo requiere una consulta)²⁵. Y ello sucede aunque el Tratado Constitucional, al contrario de lo que sucedía en los anteriores Tratados constitutivos, contiene una regulación diferenciada del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros²⁶. Se respeta el principio de atribución limitada²⁷; la Unión, por consiguiente, también carece de la competencia de la competencia (Kompetenz-Kompetenz)²⁸. El texto constitucional confirma de este modo que toda competencia no atribuida en la Constitución a la Unión corresponderá a los Estados miembros (art. I-11.2

²⁵ Vid. OPPERMANN, DVBI. 2003, p. 1173; WUERMEILING, EuR 2004, p. 224; EPPING, JZ 2003, p. 828.

²⁶ Sobre las anteriores exigencias vid. BUNGENBERG, op. cit., p. 892; sobre el reparto de competencias del Tratado Constitucional vid. GÖRLITZ, DÖV 2004, p. 375; STEEG, EuZW 2003, pp. 225 y ss; MEYER/HÖLSCHIEDT, EuZW 2003, pp. 614 y ss; DAVID, DÖV 2004, pp. 147 y ss; KOTZUR, en Siedentopf (edit.): 10 Jahre Deutsch-Französische Verwaltungskolloquien zwischen der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und der Ecole Nationale d'Administration, Straßburg/Paris, 2003, pp. 135 y ss.

²⁷ DAVID, op. cit., 2004, p. 148; OPPERMANN, DVBI 2003, p. 1171.

²⁸ Vid. STREINZ, Europarecht, marg. 436.

CEu). Además, en la atribución de competencias (*Kompetenzwahrnehmung*) no rige (en tanto no haya ninguna competencia exclusiva de la Unión) el principio de subsidiariedad²⁹; para el ejercicio de las competencias se debe respetar el principio de proporcionalidad³⁰.

2.2.2. Competencias escritas y no escritas conforme al Tratado Constitucional³¹

El Tratado Constitucional, de manera parecida a como hace la Ley Fundamental alemana, distingue tres categorías de competencias: competencias exclusivas de la Unión, competencias compartidas (*konkurrierende Kompetenzen*) y otras competencias (de los estados miembros), que a diferencia de las de la Unión, que en todo caso presentan una tosca enumeración, lógicamente no son nombradas de forma individual (art. I-12.1 y 2)³². Junto a ellas existen las competencias de apoyo, coordinación y complemento (Art. I-12.5 CEu): la Constitución autoriza a la Unión, en aquellos ámbitos en los que la competencia corresponde principalmente a los Estados miembros, a la adopción de las correspondientes medidas de actuación. Especiales categorías de competencias son las de coordinación de las políticas de economía y empleo (art. I-12.3 y art. I-15 CEu) y de definición y práctica de una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política común de defensa (art. I-12.4 y Art. I-16 CEu)³³. Éstas no se pueden integrar ni en las medidas de apoyo ni en las tres competencias principales. Factores que han influido de manera relevante en una cierta falta de claridad es que no se haya logrado una precisa coordinación entre las políticas reguladas de forma concreta en la Parte III con las categorías de competencias nombradas en la Parte I, y que la competencia para la ejecución de estas políticas, a diferencia de lo que se podría deducir

²⁹ Sobre la vigilancia del cumplimiento por los parlamentos nacionales vid. SOMMERMANN, DÖV 2003, pp. 1012 y s.

³⁰ Sobre la limitación al ejercicio de competencias del principio de subsidiariedad y del principio de proporcionalidad vid. STREINZ, BayVBl. 2001, pp. 486 y s; HEINTZEN, JZ 1991, pp. 317 y ss; PESCATORE en Festschrift für Everling, t. II, 1995, pp. 1071 y ss; SCHWARZE, NJW 2002, p. 994.

³¹ NETTESHEIM, EuR 2004, pp. 511 y ss.

³² Sobre las diferentes competencias vid. OPPERMANN, DVBl 2003, pp. 1172 y s; EPPING, op. cit., pp. 827 y ss.

³³ RUFFERT, EuR 2004, pp. 184 y ss.

de la Parte I, está construida en relación con el objetivo (de forma funcional) y no referida a los ámbitos³⁴.

Este amplio abanico de competencias de la Unión es completada por la teoría vinculante del TJUE sobre las competencias no escritas (implied powers), que en cierta medida se corresponden con lo que se conoce en el Derecho constitucional alemán como las competencias implícitas (no escritas) en función del contexto³⁵. La Unión, según esta teoría, está autorizada para la producción de derecho siempre y cuando que le corresponda un título competencial escrito y la normativa que atañe a la materia afectada requiera incluir aspectos que se encuentran dentro de la competencia de los estados miembros y éstos no la puedan regular de forma adecuada. Son implícitas al poder legislativo de las Comunidades «todas aquellas actuaciones que son razonablemente necesarias para que puede ser satisfecha la función del órgano afectado correspondiente»³⁶.

2.2.3. Localización del complemento autónomo del Tratado

Según el Derecho vigente, el complemento autónomo del Tratado (también llamado de cobertura de lagunas y perfeccionamiento del Tratado³⁷) está situado (art. 308 TCE) en el contexto de las competencias escritas de la Unión y de su extensión a través de la teoría implied-powers. Además, se encuentra en relación de vecindad con el precepto, parcialmente interpretado de una forma amplia, del art. 94 TCE (aproximación de las legislaciones

³⁴ Vid. WUERMELING, op. cit., p. 229; sobre otras faltas de claridad vid. MEYER/HÖLSCHIEDT, op. cit., pp. 615 y ss. Vid. también las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 11-12/12/1992/Boletín CE 12-1992, pp. 13 y s; Bulletin der Bundesregierung 1992, p. 1280; vid. al respecto el Protocolo sobre el uso de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Tratado de Amsterdam, DOCE 1997, Nr. C 340/105.

³⁵ Vid. STETTNER, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, pp. 428 y ss; JARASS, Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft und die Folgen für die Mitgliedstaaten, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht. Vorträge und Berichte. Nr. 75, 1997, p. 9.

³⁶ Jurisprudencia continua desde STJCE, 8/55 Fédération Charbonnière de Belgique/Alta Autoridad de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero, 1955 – 1956, p. 312; crítico en contra NETTESHEIM, en von Bogdandy (edit.), Europäisches Verfassungsrecht, p. 422.

³⁷ Vid. JARASS, op. cit., pp. 10 y s. El complemento autónomo del Tratado se tiene que distinguir del art. 6.4 TUE, que no tiene ninguna influencia sobre el estado de competencias de la Comunidad Europea, vid. PUTTLER, en Callies/Ruffert (edit.), Kommentar zu EUV/EGV; 2.ª edición, 2002, art. 6 TUE, marg. 225. El art.6.4 TUE más bien es una declaración de intenciones programático-políticas, que fija la posición de la Unión Europea como la realidad jurídica política de superior a sus Estados miembros, vid. AZPITARTE-SÁNCHEZ, «Art. 6 EU-Vertrag: Kodifizierung durch die Zeit, seine Bedeutung und Rechtsfolgen», JöR, 2001, p. 563.

que influyen directamente en la constitución o funcionamiento del Mercado Común). El fundamento de la competencia por medio de la teoría del implied-powers tiene prelación respecto al art. 308 TCE porque está vinculado con una autorización que existe de forma expresa³⁸. El art. 308 TCE posee frente a todas las otras posibilidades de fundamentación de la competencia únicamente un significado subsidiario³⁹. No obstante, en la práctica queda un ámbito de aplicación para las competencias implícitas: especialmente en la producción de instituciones comunitarias que no están previstas en el Tratado (por ejemplo la Oficina Europea de Marcas)⁴⁰. El art. 95 TCE no es una excepción al principio de limitación a las competencias atribuidas sino que simplemente es una norma de competencia. Sin embargo, a causa de su tenor literal y de la función con la que se vincula de armonización de la legislación en el mercado interior en parte es utilizada por el legislador europeo como una clase de autorización para actuar⁴¹, que contribuye a la aproximación de los preceptos jurídicos y administrativos. El Tribunal de Justicia ha indicado recientemente que el art. 95 TCE no contiene competencia alguna de legislación europea sobre la regulación del mercado interior. El principio de atribución limitada tiene que ser respetado⁴².

2.2.4. Modo de funcionamiento y función del complemento autónomo del Tratado

El art. 308 TCE tiene como objetivo superar las discrepancias entre los fines comunitarios y la capacidad de actuación de sus órganos⁴³. Por este medio las competencias de los órganos europeos son ampliadas⁴⁴. La finalidad es la progresiva integración de la Comunidad, es decir, de la Unión⁴⁵. El precepto, empero, no puede ser utilizado para evitar modificaciones en el Tratado; se trata simplemente de una forma de desarrollar el Derecho Eu-

³⁸ Vid. SCHREIBER, en Schwarze (edit.), EU-Kommentar, 2000, art. 308 TCE, marg. 18 y ss.

³⁹ SCHREIBER, op. cit., marg. 19.

⁴⁰ NETTESHEIM, op. cit., p. 465.

⁴¹ BUNGENBERG, op. cit., p. 887.

⁴² Vid. la sentencia Tabakwerbeverbots-Richtlinie, EuGH, Rs C-376/98; vid. NETTESHEIM, op. cit., p. 444. En esta sentencia el TJUE ha limitado la amplia competencia del art. 95 TCE (competencia del mercado único) mediante su orientación a los objetivos del art. 14 TCE y de este modo ha evitado un desbordamiento de las competencias de la comunidad.

⁴³ Crítico al respecto OPPERMANN, DVBl. 2003, p. 1169.

⁴⁴ SCHREIBER, op. cit., marg. 4 y s, 9.

⁴⁵ BUNGENBERG, op. cit., p. 886.

ropeo «por debajo» de las modificaciones formales del Tratado⁴⁶. No obstante, el precepto se puede utilizar no sólo cuando falten competencias singulares sino también cuando éstas sean insuficientes⁴⁷.

El art. I-18 CE (al igual que el art. 308 TCE) contiene los requisitos para la cobertura competencial de una laguna: disposición por unanimidad del Consejo de Ministros⁴⁸, a propuesta de la Comisión, y en el marco de las políticas definidas en la Parte III⁴⁹. Además, es necesario que falte la correspondiente autorización en el texto escrito de la Constitución. Incluso, mientras antes sólo se preveía la consulta al Parlamento Europeo, ahora, tal y como se ha indicado, tiene que aprobarlo. El complemento del Tratado Constitucional no es lícito en tanto que la armonización de los preceptos legales y reglamentarios esté prohibida por la Constitución. El artículo I-18.2 CE, en conexión con el nuevo Protocolo sobre el uso de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad recogido en un apéndice a la Constitución, señala que la Comisión Europea debe indicar a los parlamentos nacionales las propuestas de ampliación de competencias dentro del proceso de perfeccionamiento del Tratado Constitucional.

La cláusula de flexibilidad ha perdido, no obstante, significado práctico a causa de la atribución (de forma explícita) de competencias adicionales a la Comunidad; fenómeno que aparecerá reforzado con la entrada en vigor de la Constitución. No obstante, la competencia de perfeccionamiento es un instrumento de flexibilidad que en ciertos casos podría ser imprescindible, esto es, en gran medida podría ser útil a la integración. La problemática desde la teoría de la democracia inherente al art. 308 TCE⁵⁰ queda neutralizada con el precepto de la Constitución europea, pues la antigua consulta al Parlamento ha sido sustituida por su aprobación obligatoria. También en el pasado numerosos actos jurídicos de la Comunidad se apoyaron en el art. 308 TCE; sólo en el periodo de 1 de noviembre de 1993 (entrada en vigor del Tratado de Maastricht) hasta el 31 de julio de 1997 fueron aprobados 70 actos jurídicos con el amparo del art. 308 TCE⁵¹.

⁴⁶ Vid. HÄDE/PUTTLER, «Zur Abgrenzung des Art. 235 TCE von der Vertragsänderung», *EuZW* 1997, p. 13.

⁴⁷ BUNGENBERG, *op. cit.*, p. 888. *BVerfGE* 89, 155, 210.

⁴⁸ Como hasta ahora, *vid.* BUNGENBERG, *op. cit.*, p. 893.

⁴⁹ Vid. STREINZ, *EUV/EGV*, 2003, art. 308 TCE, marg. 19 y ss.

⁵⁰ Vid. ROSSI, Callies/Ruffert (edit.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 2.^a edición, 2002, art. 308, marg. 4.

⁵¹ Vid. ROSSI, *op. cit.*, marg. 7.

El Tribunal Constitucional alemán, que en la sentencia Maastricht advirtió abiertamente la peligrosidad del art. 308 TCE en relación con la soberanía de la RFA y los límites a la integración marcados en su Constitución⁵², no ha dado, sin embargo, ninguna respuesta a la cuestión de dónde se encuentran las fronteras entre la atribución de competencias lícitas y de expansión no ilícita del poder de la Comunidad⁵³. Se debe partir de que en el futuro la cobertura de lagunas no sólo está excluida en los supuestos señalados en el art. I.18.3 CEu, sino también en aquellos otros supuestos en los que se prohíbe semejante procedimiento, deducibles con claridad en el Tratado Constitucional, o en las que no existe la vaguedad de las determinaciones aplicables, requerida por la cláusula de la flexibilidad. Sin embargo, en el cumplimiento de los requisitos señalados se debe exigir que el órgano de la Unión que actúa explique para la cobertura de esa laguna del Tratado Constitucional que la actuación precisa para el logro del objetivo de la Unión sea inmediatamente necesaria y que no fuera adecuado a estos fines esperar a una modificación textual del Tratado Constitucional.

3. EL ESTABLECIMIENTO DE LA COOPERACIÓN REFORZADA POR EL TRATADO CONSTITUCIONAL

3.1. Posibilidades y efectos de la cooperación reforzada

Desde el Tratado de Ámsterdam existe la posibilidad de practicar una diferenciación positiva entre Estados miembros que pretenden una cooperación reforzada y aquellos que no quieren o no pueden participar en ese proceso. A la vista del creciente número y variedad de Estados miembros se posibilita una integración parcial y transitoria⁵⁴ en el marco de la Unión. A los Estados miembros incluidos en esta cooperación reforzada ya no se les impone requisitos de unanimidad o mayoría que les obligan a renunciar a sus deseos de alcanzar más rápidamente los objetivos de la Unión. Pueden recurrir, para la realización de sus intenciones, a la infraestructura existente en la Unión, de modo que sus ciudadanos disfruten en ese contexto de las acostumbradas garantías judiciales y parlamentarias de Europa; asimismo, se garantiza a los Estados que no han participado que se respetarán sus

⁵² BUNGENBERG, *op. cit.*, p. 888.

⁵³ Vid. NETTESHEIM, *op. cit.*, p. 424.

⁵⁴ Vid. BLANKE, *op. cit.*, art. 43 TUE, marg. 4.

intereses y los de la Unión⁵⁵ y que la cooperación reforzada permanecerá abierta a su posterior participación⁵⁶. El Tratado que establece una Constitución para Europa, que ha recogido y positivado de nuevo este instituto, prefiere abiertamente esta vía a aquellas técnicas que podrían ayudar a superar los escollos que presenta los procedimientos de decisión, por ejemplo cuando hay una abstención positiva (*Stimmhaltung*) en los casos de decisión por unanimidad o, en los supuestos que requieren mayoría, cuando hay un aplazamiento de la adopción de la decisión apelando a importantes razones de política nacional.

La figura constitucional de la «cooperación reforzada» (art. I-44; III-416 y ss CEu) regula de modo genérico cómo pueden cooperar más estrechamente un grupo de Estados: qué objetivo, qué condiciones, qué procedimiento y que consecuencias jurídicas⁵⁷. Ello acontece dentro del marco institucional de la Unión y con sus instrumentos jurídicos⁵⁸. En el Tratado Constitucional, en relación con lo previsto en los Tratados de Ámsterdam y Niza, se ha transformado de forma significativa el instrumento de la cooperación reforzada⁵⁹. Los motivos fundamentales que motivaron esta reformulación fueron la simplificación del texto legal, la reducción de los obstáculos de acceso y una orientación por criterios temáticos en vez de por los «pilares». Conforme a la terminología de los «pilares» sería posible en la actualidad una cooperación reforzada en el ámbito de la política común exterior y de seguridad⁶⁰, lo que todavía no era viable en Ámsterdam. Se reduce el papel de la Comisión en beneficio de la capacidad de decisión del Consejo, de modo que se tengan en cuenta más intensamente los intereses nacionales que los de la integración. No obstante, en el futuro se tendría que reforzar el papel del Parlamento y la Comisión. Finalmente se han intentado precisar las condiciones para la cooperación reforzada y especialmente para una participación ulterior de los Estados que en un primer momento se han negado a intervenir en ese proceso⁶¹.

⁵⁵ BUTTLAR, op. cit., p. 667.

⁵⁶ Vid. EHLERMANN, *Der rechtliche Rahmen...*, p. 27.

⁵⁷ Sobre las condiciones según Ámsterdam y Niza vid. KELLERBAUER, op. cit., pp. 165 y ss.

⁵⁸ Vid. MEYER/HÖLSCHIEDT, op. cit., p. 614.

⁵⁹ Vid. CONV 723/03, 11 y 12 ss.

⁶⁰ Detalladamente KUGELMANN, *EuR* 2004, pp. 322 y ss.

⁶¹ BUTTLAR, op. cit., pp. 663 y ss.

3.2. Aspectos concretos de la cooperación reforzada según el Tratado de Constitución

El art. I-44 CE recoge los fundamentos de la cooperación reforzada, especialmente la legitimación en un marco de competencias no exclusivas de la Unión, así como la autorización que los órganos de la Unión deben tener en cuenta⁶². Aquí también se establece que el Consejo podrá autorizar esta cooperación como último recurso⁶³ cuando llegue a la conclusión de que los objetivos perseguidos por la cooperación no serán alcanzados dentro de un plazo razonable y siempre que participen en esa cooperación al menos un tercio de los Estados miembros. El quorum de estados ha dejado de ser un número fijo, 8 de 15 según el Tratado de Niza, lo cual representa una de las modificaciones que, desde la introducción de este instituto en el Derecho de la Unión, se han adoptado para facilitar su ejercicio. Todos los miembros del Consejo pueden participar en las deliberaciones desarrolladas en el entorno de la cooperación reforzada pero sólo podrán participar en la votación los miembros del Consejo que representen a los Estados miembros que toman parte en esa cooperación reforzada. Los actos jurídicos correspondientes únicamente vincularán a los Estados miembros que hayan participado. Semejantes actos no van a integrar el acervo de la Unión que deba ser aceptado por los Estados candidatos a la adhesión.

Aunque se trata de una normativa muy precisa deja importantes cuestiones abiertas, especialmente cuándo aparece la cooperación reforzada como último recurso⁶⁴. La duda surge en torno a si con anterioridad al uso de la cooperación debe existir un procedimiento adecuado que se tenga que poner en práctica y si debe fracasar, o si el Consejo puede determinar en el caso concreto que la cooperación reforzada tiene esta característica de «último recurso» sin necesidad de plantearse semejante procedimiento.

También es dudoso si más allá de la cooperación institucional (art. I-44, III-416 y ss CEu) es posible autorizar una cooperación reforzada sobre una base intergubernamental. Ni de la regulación prevista en los Tratados precedentes, ni de lo establecido en la Constitución europea se puede deducir lo contrario; no es imaginable que los Estados miembros que desean crear un instrumento de cooperación dentro del marco jurídico de la Unión con el instrumento de la cooperación reforzada, quieran excluir la lógica posibilidad

⁶² Sobre las condiciones según Niza para participes posteriores vid. BUTTLAR, op. cit., pp. 672 y ss.

⁶³ CONV 723/03, 12 und 18.

⁶⁴ CONV 723/03, 18.

de una cooperación autónoma. En los primeros años, semejante cooperación intergubernamental era totalmente inocua; piénsese por ejemplo en la historia de la formación del Acuerdo de Schengen, antes de que fuera trasladado a los Tratados, y esto no ha sido modificado.

También se debe tener en cuenta que la cooperación reforzada está sometida a ciertas condiciones limitadoras y no se puede aceptar que los Estados que tanto antes como ahora son los «dueños y señores de los Tratados» y con ello del Tratado Constitucional quieran cerrar la posibilidad futura de adoptar un libre acuerdo de cooperación. A su favor habla la fórmula utilizada en el art. I-44.1 CE, que da libertad a los Estados para decidir si quieren instaurar una cooperación reforzada dentro de la Unión, usando sus órganos y competencias. Asimismo, las cooperaciones reforzadas no pueden perjudicar ni el mercado interior, ni la cohesión económica, social y territorial. En lo que atañe a los intercambios entre los Estados miembros la cooperación reforzada no puede ser un obstáculo o una discriminación, ni puede generar distorsiones de competencia entre ellos. De ahí que se mencione el mandato de respeto a los Estados miembros que no participan y al Derecho de la Unión. Para eludir el riesgo de que se cree un grupo de Estados miembros de segunda clase se deja abierta la cooperación reforzada: la Comisión y los Estados miembros partícipes en la cooperación procuraran fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros (art. III-418 CEu). Parlamento y Consejo tendrán que ser informados periódicamente por la Comisión y en su caso por el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión.

La solicitud para el establecimiento de una cooperación reforzada dentro de los ámbitos contemplados en la Constitución (a excepción de los de competencia exclusiva y de la política exterior y de seguridad común, ésta última con ciertas peculiaridades) se dirigirá a la Comisión. En esta solicitud se precisará el ámbito de aplicación y los objetivos perseguidos por la cooperación reforzada prevista. La Comisión podrá presentar al Consejo de Ministros una propuesta en tal sentido. Si no presenta ninguna propuesta, la Comisión comunicará los motivos a los Estados miembros interesados. Ahora bien, estos motivos son discrecionales pero pueden ser sometidos al control judicial. La autorización requiere la aprobación por unanimidad del Consejo sobre la propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento europeo.

Si la cooperación reforzada se quiere establecer en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, entonces la solicitud se debe dirigir al Consejo. Esta solicitud será transmitida tanto al Ministro de Asuntos Exteriores, que dictaminará si es coherente con la política exterior y de seguridad común de la Unión, como a la Comisión, que dictaminará sobre

su coherencia con otras políticas de las Unión, como al Parlamento Europeo, si bien sólo a título informativo (art. III-419.2 CEu).

La posterior incorporación de un Estado miembro aparece regulada en el art. III-420 CEu. Si se desea participar en una cooperación reforzada fuera del ámbito de la política exterior y de seguridad común, entonces se debe enviar la correspondiente notificación a la Comisión. Ésta dará constancia, cuando proceda, de que se satisfacen las correspondientes condiciones de participación y adoptará las medidas transitorias que estime necesarias para la aplicación de los actos ya adoptados en el marco de la cooperación reforzada. Ahora bien, si la Comisión considerase que no se satisfacen las posibles condiciones de participación, señalará qué disposiciones son necesarias para ello y establecerá un plazo para reconsiderar la solicitud de participación, todo ello con el objetivo de que los Estados que desean participar puedan llegar a cumplir estos requisitos.

Si se tiene la intención de participar en una cooperación reforzada en el ámbito de la política exterior y de seguridad común se tiene que comunicar al Consejo, al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión y a la Comisión. El Consejo asume las funciones que en el procedimiento ordinario de incorporación a la cooperación reforzada realiza la Comisión. Así, el Consejo, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, podrá adoptar medidas transitorias que estime necesarias para la aplicación de los actos ya adoptados en el marco de la cooperación. Además, cuando el Consejo considere que no se satisfacen las condiciones de participación, indicará qué pasos se deben llevar a cabo para ello y fijará un plazo para reconsiderar la solicitud de participación. El Consejo se pronunciará aquí por unanimidad.

Aparentemente los preceptos señalados no se ajustan al principio de lealtad de la cooperación reforzada, en tanto que una participación posterior depende necesariamente de ciertas decisiones previas. No obstante se debe tener en cuenta que un Estado miembro que quiera participar con posterioridad en esta cooperación reforzada no se puede presentar como el explosivo que pueda dinamitar lo alcanzado. Es suma, la lealtad de la cooperación reforzada en relación al posterior acceso de otros estados miembros no puede contener la semilla de la desintegración⁶⁵. Por ello se debe partir de que sólo podrán participar con posterioridad aquellos Estados miembros que puedan asumir el acervo alcanzado y que se comprometan plenamente con los fines de la cooperación reforzada⁶⁶.

⁶⁵ Vid. BLANKE, op. cit., art. 43 TUE, marg. 13.

⁶⁶ BLANKE, op. cit., art. 43a TUE, marg. 2.