

LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL TRATADO DE NIZA

Por XAVIER PONS RAFOLS *

SUMARIO

I. LA (CONS)INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD EN LOS TRATADOS.—II. EL PLANTEAMIENTO DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 2000.—III. LOS PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES AL ESTABLECIMIENTO Y DESARROLLO DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL TRATADO DE NIZA. 1. LAS CONDICIONES O REQUISITOS PARA ACTIVAR UNA COOPERACIÓN REFORZADA. A) *Condiciones relativas al objeto o finalidad de la cooperación reforzada.* B) *Condiciones relativas al respeto de las competencias de la Unión Europea y de la Comunidad Europea.* C) *Condiciones relativas al respeto de las competencias de los Estados.* 2. LAS CONSECUENCIAS DE CARÁCTER INSTITUCIONAL Y FINANCIERO. 3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS Y DECISIONES ADOPTADOS PARA EL DESARROLLO DE UNA COOPERACIÓN REFORZADA. 4. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS.—IV. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE NIZA SOBRE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN LOS DISTINTOS PILARES DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL PILAR COMUNITARIO. A) *Aspectos sustantivos.* B) *Aspectos procedimentales.* 2. LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN. A) *Aspectos sustantivos.* B) *Aspectos procedimentales.* 3. LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL ÁMBITO DE LOS ASUNTOS DE COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL. A) *Aspectos sustantivos.* B) *Aspectos procedimentales.*—V. CONSIDERACIONES FINALES.

* Profesor titular de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

El objeto de este estudio es analizar las nuevas disposiciones del Tratado de Niza sobre las cooperaciones reforzadas, como mecanismo de flexibilidad en el marco del proceso de integración comunitario. Para ello resulta necesario, previamente, una referencia general a la incorporación de la flexibilidad en los Tratados constitutivos (I) y a las iniciativas formuladas durante la CIG de 2000 para la modificación de las disposiciones establecidas en el Tratado de Amsterdam en relación con las cooperaciones reforzadas (II). El análisis exegético de las disposiciones del Tratado de Niza, con remisiones constantes a las vigentes disposiciones introducidas por el Tratado de Amsterdam y, consecuentemente, a los cambios que se introducen, lo ordenaremos distinguiendo, en la misma estructura en que se ha aprobado en Niza, entre los principios generales aplicables al establecimiento y desarrollo de las cooperaciones reforzadas (III) y las cooperaciones reforzadas específicas en el marco de cada uno de los tres pilares de la Unión (IV).

I. LA CONS/INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

El proceso de integración comunitario se ha caracterizado tanto por su carácter progresivo, con la realización de pequeños pasos en diferentes etapas, como por su carácter flexible, admitiendo estadios diferentes de participación de los Estados Miembros y coexistiendo con distintas fórmulas de cooperación intergubernamental¹. Ello responde al propio método comunitario² y comporta que la flexibilidad acabe configurándose como

¹ Sobre los precedentes y supuestos de flexibilidad pre-Amsterdam en el contexto comunitario, vid. en particular en la doctrina española, F. MARIÑO MENÉNDEZ: «Integración flexible en la Unión Europea: el marco del Tratado de Amsterdam», en F. M. MARIÑO MENÉNDEZ: *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1998, pp. 68-73; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, Vol. 3, pp. 205 y ss.; y A. BOIXAREU CARRERA: «Los grandes principios inspiradores del Tratado de Amsterdam», en J. M. FARAMIÑÁN GILBERT: *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, ed. Comares, Granada 2000, pp. 38-42.

² Sobre el método de integración y los principios rectores del proceso de integración, vid. la panorámica que, desde la óptica funcionalista, presenta M. CAMPINS:

consustancial al propio sistema³. Pese a sus dificultades, no cabe negar que este método ha asegurado el progreso del proceso de integración⁴. Se trata de una flexibilidad que ha existido tanto dentro como fuera del marco comunitario. Prevista ya desde 1957, incluso en los propios Tratados constitutivos, aunque sólo en relación con aspectos o cuestiones específicas, ha generado una cierta tensión dialéctica entre lo «unitario» y lo «diferencial». Así, la idea de la progresividad y, por tanto, de evolución y de ritmos diferenciados en el proceso de integración subyace tanto en los períodos transitorios abiertos en cada proceso de adhesión de nuevos Estados miembros, como en la propia articulación del instrumento comunitario de las directivas o en las excepciones, transitorias y provisionales, autorizadas en los propios Tratados constitutivos⁵.

Este planteamiento adquiere una acrecentada dimensión política desde que en los años setenta y ochenta se empezó a aceptar que algunos Estados miembros puedan y quieran avanzar más que otros y que no se debía impedir esa opción⁶. Así será como, con la adopción en 1992 del Tratado de la Unión Europea⁷ esta «constitucionalización» limitada, en los Tratados constitutivos, a disposiciones sobre flexibilidad en relación a aspectos específicos adquiere una mayor entidad que puede reflejarse, fundamental-

Proceso de integración en la Unión Europea, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 18 y ss.

³ Vid. A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam», *Comunidad Europea Aranzadi*, Vol. XXV, n.º 10, octubre 1998, p. 27.

⁴ Como indicaba el Parlamento Europeo en su resolución de 25 de octubre de 2000, «el método comunitario reconoce, desde 1957, que un determinado grado de diferenciación en el ritmo y el alcance de la integración europea puede ser útil para el avance de la construcción comunitaria, si se preservan los objetivos comunes y la diferenciación se concibe como un instrumento de carácter excepcional transitorio».

⁵ Vid., por ejemplo, el amplio estudio de F. TUYTSCHAEVER: *Differentiation in European Union Law*, Hart Publishing, Portland 1999, en particular pp. 125 y ss. sobre la diferenciación en derecho originario y en derecho derivado, y las reflexiones de J. A. USHER: «Flexibility and Enhanced Cooperation», en T. HEUKELS; N. BLOKKER; M. BRUS (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Kluwer Law International 1998, p. 254.

⁶ Vid. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2 edición, editorial McGraw-Hill, Madrid 1999, p. 26.

⁷ Sobre el «principio de integridad» en el TUE y su posible quebrantamiento por la situación especial de algunos Estados, como Dinamarca y el Reino Unido, vid. A. OLESTI RAYO: *Los principios del Tratado de la Unión Europea*, ed. Ariel, Barcelona, 1998, pp. 9-34.

mente, de un lado, en el Protocolo y el Acuerdo sobre política social entre once Estados miembros y, de otro lado, en las disposiciones del Título VI sobre Política Económica y Monetaria, con las previsiones sobre la Unión Económica y Monetaria y los criterios y plazos para su consecución⁸.

Se trata, sin embargo, de orientaciones distintas. El acuerdo a once sobre la política social anejo al Protocolo sobre Política social del Tratado de Maastricht, que prevé la adopción de medidas a once en el seno del Consejo, sin la participación de los representantes del Reino Unido, se configura como una construcción especialmente criticable⁹ por lo que tiene de constitucionalización de una «Europa a la carta». Por contra, la UEM refleja más bien una estrategia de «varias velocidades» configurándose como una programación comunitaria que no excluye a nadie y que establece unas condiciones de convergencia económica y unos calendarios que permiten a los Estados que cumplan estas condiciones incorporarse al proceso¹⁰.

Esta renovada importancia de los mecanismos de flexibilidad se verá acrecentada en los años siguientes al TUE ante las perspectivas de una futura ampliación de la Unión Europea. De tal manera que en el centro del debate político europeo se sitúa la dialéctica profundización *versus* ampliación, en la que la flexibilidad se presenta como el instrumento idóneo para conciliar la «profundización» en la integración comunitaria con

⁸ Sobre los supuestos de flexibilidad pre-Amsterdam vid., además de los citados en la Nota I y entre otros, C. D. EHLERMANN: «Différenciation accrue ou uniformité renforcée?», *Revue du Marché Unique Européen*, 1995.3, pp. 196-205; J. A. USHER: «Flexibility and Enhanced...», *op. cit.*, pp. 255-259.

⁹ De «réalisation exécutable» lo califica D. VIGNES: «Construction Européenne et différenciation: la flexibilité», *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol, II, ed. Bruylant, Bruxelles 1997, p. 1751.

¹⁰ Así, los países que inicialmente quedasen fuera de la moneda única podrán acceder a la misma y sumarse a la primera velocidad si cumplen los criterios de convergencia establecidos y es el caso de Grecia que se ha incorporado en enero de 2001 (vid., por ejemplo, A. BOIXAREU CARRERA; J. M. CARPI BADIA: *El Tratado de Amsterdam. Génesis y análisis sistemático de su contenido*, ed. Bosch, Patronat Català pro Europa, Barcelona 2000, p. 286). Sin embargo, en la línea de las inquietudes de A. OLESTI sobre la fragmentación del principio de integridad del TUE (A. OLESTI RAYO: *Los principios...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.), la posición del Reino Unido y Dinamarca constituye «une mauvaise infiltration du phénomène d'Europe a la carte dans une construction que est, à l'égard des treize autres États membres, de l'Europe à plusieurs vitesses» (D. VIGNES: «Construction Européenne...», *op. cit.*, p. 1756).

los problemas que generará la «ampliación»¹¹. Se daban, por tanto, suficientes precedentes como para que en la CIG de 1996, ante la perspectiva de la ampliación —que se convierte en el desencadenante último—, se plantease la «institucionalización»¹² de la flexibilidad bajo la denominación, finalmente adoptada, de cooperación reforzada. Con esta fórmula se pone punto final, al menos desde el punto de vista jurídico constitutivo, a la abundante confusión conceptual y a la utilización politológica de una diversidad de conceptos y fórmulas de flexibilidad (como, entre las más conocidas, las nociones de geometría variable, de círculos concéntricos, de diferentes velocidades, de núcleo duro o de Europa a la carta)¹³.

En esta tesitura, se hacía necesario un enfoque político-jurídico que compatibilizara sin distorsiones la igualdad y la ausencia de discriminaciones, permitiendo así el progreso de la integración comunitaria frente a los riesgos de la dilución de la integración. Como indican los profesores

¹¹ Pese al coste de la complejidad jurídico institucional que entraña, puede concebirse sin dificultad a la flexibilidad como el «único medio» que permita compatibilizar las ampliaciones venideras con el deseo de una mayoría de Estados de seguir profundizando en el proceso de integración (vid., por todos, A. BOIXAREU CARRERA: «Los grandes principios inspiradores...», *op. cit.*, p. 38).

¹² En efecto, aunque la noción no resulte nueva, es la primera institucionalización de este concepto como principio básico en los Tratados (vid., entre otros, A.C.G. STUBB: «Negotiating Flexible Integration in the Amsterdam Treaty», en K. NEUNREITHER; A. WIENNER: *European Integration After Amsterdam. Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 153).

¹³ Sobre esta «diáspora conceptual» y su clarificación, vid., en particular, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «Reflexiones en torno a la cooperación reforzada: la incógnita del Tratado de Amsterdam», en A. OLESTI: *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, ed. J. M. Bosch, Barcelona 2000, en especial pp. 82-90; C.D. EHLERMANN: «Différenciation accrue ou uniformité renforcée?», *op. cit.*, 1995.3, pp. 191-194; F. MARIÑO MENÉNDEZ: «La integración diferenciada. La cooperación reforzada», en M. OREJA AGUIRRE (dir.): *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, McGraw Hill, Madrid 1998, en especial pp. 603-606; F. TUYTSCHAEVER: *Differentiation in European...*, *op. cit.*, pp. 136 y ss; F. CHALTIEL: «Pour une clarification du débat sur l'Europe a plusieurs vitesses», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 384 (1995), pp. 5-10; D. VIGNES: «Construction Européenne...», *op. cit.*, en especial pp. 1743-1749; C.D. EHLERMANN: «Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam», *Revue du Marché Unique Européen*, 1997.3, pp. 56-58; y Ph. MANIN: «Le problème de la géométrie variable», en Ph. MANIN (dir.): *La révision du Traité sur l'Union Européenne. Perspectives et réalités*, ed. A. Pedone, París 1996, pp. 27-40.

Mangas y Liñán, finalmente se adoptó un planteamiento de «opciones a la carta para avanzar», despojándolo de perspectivas negativas y excluyentes ya que se trata de avanzar y no desmarcarse de los objetivos comunes¹⁴.

Así es como, en 1997, en el Tratado de Amsterdam, además de seguirse preveyendo algunas fórmulas específicas de flexibilidad, con contenido predeterminado o abierto¹⁵, se procede, directamente en el derecho originario, a la «institucionalización» de la flexibilidad mediante las nuevas disposiciones sobre una cooperación reforzada¹⁶. En este sentido, lo que fundamentalmente se adopta en Amsterdam son unas cláusulas de habilitación generales, es decir, una previsión general y expresa autorizando la activación de mecanismos de flexibilidad para el futuro en ámbitos de actuación no predeterminados. En definitiva, se institucionaliza el «principio» de la cooperación reforzada¹⁷. El contenido esencial de este nuevo principio en el sistema comunitario puede concretarse en permitir que los Estados miembros que lo deseen puedan avanzar más rápidamente que el conjunto en la consecución de los objetivos de los Tratados, sin excluir por ello la futura incorporación del resto de Estados. Se trata, por tanto, más bien de una perspectiva de distintas velocidades, con ritmos variables para la consecución de los objetivos comunes¹⁸.

¹⁴ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵ Vid., sobre las otras fórmulas de flexibilidad específicas del Tratado de Amsterdam, en especial, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam...», *op. cit.*, pp. 226-229; J. A. USHER: «Flexibility and Enhanced...», *op. cit.*, pp. 260-263; A. BOIXAREU CARRERA: «Los grandes principios inspiradores...», *op. cit.*, pp. 42-43; F. MARIÑO MENÉNDEZ: «Integración flexible en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 78 y ss.; y H. KORTENBERG: «Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, 1998.4, pp. 836-843.

¹⁶ Sobre el proceso de negociación de estas disposiciones a lo largo de la CIG iniciada en 1996, vid. A. C. G. STUBB: «Negotiating Flexible Integration...», *op. cit.*, pp. 157-170, así como J. M. de AREILZA CARVAJAL; A. DASTIS QUECEDO: «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, Vol. 1, pp. 9-28; F. MARIÑO MENÉNDEZ: «La integración diferenciada...», *op. cit.*, pp. 609-617; y F. TUYTSCHAEVER: *Differentiation in European Union...*, *op. cit.*, pp. 49-52.

¹⁷ Con MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES de auténtico «principio» podemos calificarlo (J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1998*, Universidad del País Vasco, ed. Tecnos, Madrid 1999, p. 96).

¹⁸ Como indican a A. BOIXAREU CARRERA; J. M. CARPI BADIA: *El Tratado de Amsterdam...*, *op. cit.*, pp. 284-285, la flexibilidad o cooperación reforzada «no im-

Sin embargo, hemos de convenir en que el resultado que, presumiblemente, se pueda alcanzar con las cooperaciones reforzadas será un resultado, al mismo tiempo, de geometría variable y de diferentes velocidades que, además, puede acabar consagrando un núcleo duro, según cual sea la práctica futura del mecanismo¹⁹. En efecto, aunque las cooperaciones reforzadas puedan ejercer una fuerza atractiva sobre los otros Estados miembros, estará por ver si esta *vis atractiva* será suficientemente intensa como para que el enfoque de diferentes velocidades no derive, sobre la base de su carácter facultativo, en uno de geometría variable, de núcleo duro o, más allá, en una Europa a la carta.

Esta situación expectante se ha mantenido porque si bien una de las novedades más significativas del Tratado de Amsterdam fue la institucionalización de las cooperaciones reforzadas²⁰, que se convirtió en la principal cuestión institucional²¹, lo cierto es que, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, todavía no se ha activado ninguna²². Es verdad que, establecido el principio, será también necesario organizar las ins-

plica una exclusión indefinida, sino la constitución de una primera y una segunda velocidad entre los Estados miembros para alcanzar los objetivos de una determinada política». Conlleva, en suma, la no participación sólo temporal en el grupo de vanguardia de una serie de Estados que quedan inicialmente rezagados pero que pueden incorporarse posteriormente a la primera velocidad.

¹⁹ Así, para CHALTIEL, con las disposiciones al respecto del Tratado de Amsterdam se consagran, al mismo tiempo, las dos nociones de geometría variable y de núcleo duro (F. CHALTIEL: «Le Traité d'Amsterdam et la coopération renforcée», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 418 (1998), p. 291). Aunque el Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre las cooperaciones reforzadas (A5-0288/2000, p. 10) considerase que la finalidad fijada en Amsterdam para las cooperaciones reforzadas excluía estos dos caminos posibles (tanto el de Europa a la carta y geometría variable como el de núcleo duro).

²⁰ Como indica CONSTANTINESCO retomando a DEHOUSSE, se trató de una «véritable révolution copernicienne dans l'histoire de la integration européenne» (V. CONSTANTINESCO: «Les clauses de 'coopération renforcée'. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997.4, p. 752).

²¹ Así lo subraya A. BOIXAREU CARRERA: «Los grandes principios inspiradores...», *op. cit.*, p. 37.

²² Y GAJA apuntaba ya, muy atinadamente, los factores por los que este mecanismo general «is not likely to have a great impact» (G. GAJA: «How flexible is flexibility under the Amsterdam Treaty?», *Common Market Law Review*, 1998.4, p. 869).

tituciones y abordar los problemas técnicos y jurídicos que ello plantee²³. Es esto lo que se abordó en el Tratado de Amsterdam mediante una reglamentación general (artículos 43 a 45 del TUE) y dos reglamentaciones específicas preveyendo la posibilidad de cooperaciones reforzadas tanto para el primer pilar (artículo 11 del TCE) como para el tercer pilar (artículo 40 del TUE)²⁴.

Se trata de un conjunto de disposiciones, aprobadas prácticamente en los últimos momentos de la negociación²⁵, que consagran el principio de la flexibilidad, de tal manera que una profundización diferenciada en los objetivos de la integración comunitaria es algo que los Estados «podrán» hacer, pero que se prevé que hagan, en su caso, en el seno de la Unión. La dinámica comunitaria, como hemos dicho, es una dinámica progresiva que tiene en cuenta, equilibradamente, la voluntad política y la capacidad para avanzar de los distintos Estados miembros, por lo que si no se dan las condiciones o no se alcanzan las mayorías requeridas, la Unión en su conjunto no profundizará su proceso de integración. Y si algunos Estados miembros quieren seguir avanzando hacia los objetivos comunes para arrastrar luego a los otros Estados miembros, lo podrán hacer en el marco y con las condiciones de las disposiciones a las que nos estamos refiriendo²⁶.

²³ Y, en parte, la complejidad puede responder, como algunos han querido ver, en el hecho de que la institucionalización del mecanismo de las cooperaciones reforzadas constituye una excusa ante la ausencia de reformas institucionales en el Tratado de Amsterdam (vid., entre otros, H. KORTENBERG: «Closer Cooperation in the Treaty...», *op. cit.*, p. 854).

²⁴ Con la estructura de disposiciones específicas para estos dos ámbitos (que en Niza se extenderán también al segundo pilar) se consagra también una cierta «geometría variable», con procedimientos y condiciones distintas en el seno mismo de la cooperación reforzada (vid. F. CHALTIEL: «Le Traité d'Amsterdam...», *op. cit.*, p. 291).

²⁵ En Amsterdam, la CIG aprobó las reglas sobre cooperaciones reforzadas en su última sesión negociadora, pasando «casi de puntillas sobre este importante asunto, por la acumulación de materias y la sensación de bloqueo ante la falta de una reforma institucional» (J. M. AREILZA CARVAJAL; A. DASTIS QUECEDO: «Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Amsterdam: ¿misión cumplida?», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Serie D-29, p. 111).

²⁶ Con todo ello, no quedan necesariamente excluidos, aunque ha de entenderse que serán más complejos y difíciles de poner en marcha, mecanismos de cooperación más estrecha o de flexibilidad para alcanzar los objetivos de la Unión y de la Comunidad «fuera del marco» del sistema de la cooperación reforzada. Como indica H. WALLACE, el objetivo estratégico de la Comisión durante la CIG 1996/1997

Tal como quedaron definidas en Amsterdam se trata de unas condiciones que se revelan excesivamente rígidas²⁷ para activar una cooperación reforzada que, además, puede quedar bloqueada por un veto en última instancia de cualquier Estado miembro. En esencia, en el Tratado de Niza se ha pretendido flexibilizar el mecanismo y eliminar este derecho de veto ya que, con las condiciones en que había quedado con el Tratado de Amsterdam, era difícil su puesta en práctica²⁸. Y mientras que la incorporación de las cooperaciones reforzadas fue una de las novedades más destacadas del Tratado de Amsterdam, los temas centrales del debate político en la CIG de 2000 han eclipsado casi completamente las modificaciones introducidas a este mecanismo. También es verdad que, por lo que se refiere a la regulación de las cooperaciones reforzadas, habrá que convenir en que la convocatoria de la CIG resultaba demasiado inmediata ya que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (1 de mayo de 1999) era excesivamente corto como para verificar la validez y utilidad de un sistema de flexibilización futuro, abierto y expresamente previsto por los propios Tratados.

Ello conlleva que, actualmente, como indicaba Martín y Pérez de Nanclares, aunque refiriéndose al principio de cooperación reforzada establecido en el Tratado de Amsterdam, las repercusiones futuras y calado práctico de todo este mecanismo «resulta aún difícil de vislumbrar»²⁹. La percep-

fue el de reducir la cooperación fuera de los Tratados, aunque ello fuera al coste de aceptar la participación parcial a corto o medio plazo de sólo algunos Estados miembros (vid. H. WALLACE: «Flexibility: A Tool of Integration or a restraint on Desintegration?», en K. NEUNREITHER; A. WIENER: *European Integration After Amsterdam...*, *op. cit.*, p. 188). Respecto al debate sobre si siguen cabiendo o no acciones de cooperación flexible fuera de los Tratados vid. V. CONSTANTINESCO: «Les clauses de 'coopération renforcée'...», *op. cit.*, p. 755; C.D. EHLERMANN: «Différenciation, flexibilité...», *op. cit.*, p. 66; G. GAJA: «How flexible is flexibility...», *op. cit.*, pp. 869-870; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam...», *op. cit.*, p. 230; y A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada en el...», *op. cit.*, p. 37.

²⁷ Cabe entender que son condiciones muy estrictas precisamente para impedir la formación de una «Europa a la carta» (vid., en este sentido, J. ROLDÁN BARBERO: «Las bases estatales del Tratado de Amsterdam», en J. M. FARAMIÑÁN GILBERT: *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam...*, *op. cit.*, p. 64).

²⁸ Como se decía en un Memorándum del Benelux en el marco de la CIG, el aligeramiento de las condiciones para las cooperaciones reforzadas debería resultar en una mayor garantía de la integración europea ante la mayor diversidad de una Unión ampliada (CONFER 4787/00).

²⁹ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La reforma institucional y la cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 96.

ción es que, después de la adopción del Tratado de Niza, sigue siendo imprevisible el alcance y las repercusiones que podrán tener en el futuro las cooperaciones reforzadas. Su virtualidad en orden a facilitar el avance en el progreso de integración comunitaria sin fragmentaciones ni exclusiones no puede presumirse y deberá probarse en la práctica.

II. EL PLANTEAMIENTO DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 2000

Es sabido que la convocatoria de la CIG 2000 tenía por objeto principal resolver las cuestiones institucionales no resueltas en Amsterdam y que necesitaban esclarecerse antes de la ampliación. A tenor del «Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea» y de las declaraciones conexas, el cometido de la CIG debía abarcar como temas principales la magnitud y composición de la Comisión Europea; la ponderación de votos en el Consejo; y la cuestión de la posible extensión del sistema de votación por mayoría cualificada en el Consejo. Cuestiones todas ellas que se configuraban como previas antes de proceder a futuras ampliaciones. Sin embargo, ya en el Consejo Europeo de Colonia se preveyó que podrían tratarse otras modificaciones necesarias en los Tratados, en tanto en cuanto resultasen pertinentes «en relación con la citada temática y a efectos de la puesta en práctica del Tratado de Amsterdam»³⁰. El mismo planteamiento se formuló nuevamente en el Consejo Europeo de Helsinki³¹ que decidió convocar la Conferencia Intergubernamental para principios de febrero de 2000, con la previsión de concluir sus trabajos en diciembre de 2000.

En definitiva, por tanto, en la agenda inicial de la CIG no estaba prevista la posibilidad de modificar el sistema de cooperaciones reforzadas recién establecido en el Tratado de Amsterdam. Sin embargo, en su preceptivo dictamen³², la Comisión formuló recomendaciones sobre la conveniencia de introducir modificaciones en relación con las cooperaciones

³⁰ Vid. las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, *Bol. UE*, 6-1999, p. 14, punto I.21.

³¹ Vid. las conclusiones del Consejo Europeo de Helsinki, 10 y 11 de diciembre de 1999, *Bol. UE*, 12-1999, p. 9, punto I.4.

³² COM (2000) 34 de 26 de enero de 2000.

reforzadas. Concretamente, la Comisión proponía, de un lado, el establecimiento en un tercio de los Estados del umbral mínimo de Estados miembros necesarios para la activación de una cooperación reforzada; de otro lado, proponía suprimir la posibilidad de que un Estado que se opusiera a la decisión de una mayoría cualificada de autorizar una cooperación reforzada pudiese pedir una decisión unánime del Consejo Europeo, lo que, en la práctica, constituye un veto en última instancia; y, en tercer lugar, la Comisión proponía extender los ámbitos de la cooperación reforzada a la política exterior y de seguridad común.

Iniciada la CIG, las deliberaciones en un marco tanto informal como formal³³ pusieron de manifiesto dos tendencias principales en relación con las cooperaciones reforzadas: la de los que consideraban que debería mantenerse el sistema actual³⁴ y la de los que consideraban que debería conferirse mayor flexibilidad y facilitar la puesta en marcha del mecanismo establecido en Amsterdam³⁵.

Por su parte, el Parlamento Europeo, en su resolución de 13 de abril de 2000 pidió que la cooperación reforzada se convirtiera en «una fuerza de atracción para conseguir que progrese la Unión» y se refirió en sus propuestas a planteamientos similares a los de la Comisión (un tercio como umbral mínimo, extensión a la PESC y eliminación del derecho de veto), intentando, de otra parte, reforzar su papel por la vía de establecer la exigencia del previo dictamen conforme del Parlamento para autorizar la instauración de una cooperación reforzada.

Estos debates, así como la posición de la Comisión y del Parlamento Europeo, llevaron finalmente a la Presidencia portuguesa³⁶ a proponer formalmente que se añadiese esta cuestión al orden del día de la Conferencia, considerando que el tema de las cooperaciones reforzadas había pa-

³³ En la Quinta reunión Ministerial (Luxemburgo, 13 de junio de 2000) se manifestó fuerte apoyo a favor del examen más profundo de la cuestión relativa a las cooperaciones reforzadas (*Bol. UE*, 6-2000, p. 44, punto 1.1.2).

³⁴ Como, por ejemplo, Finlandia (CONFER 4723/00), Grecia (CONFER 4719/00) o el Reino Unido (*ICG: Reform for Enlargement. The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference 2000*, febrero 2000, p. 25).

³⁵ Como, por ejemplo, los países del Benelux (Memorándum de Benelux, CONFER 4721/00) al iniciarse la CIG y, separadamente, Bélgica en una fase más avanzada, a finales de agosto de 2000 (CONFER 4765/00).

³⁶ Habilitada por el Consejo Europeo de Helsinki a proponer la inclusión de otras cuestiones en el orden del día de la Conferencia (Conclusiones del Consejo Europeo de Helsinki, *Bol. UE* 12-1999, p. 9, punto I.4).

sado a formar parte del debate sobre la reforma institucional³⁷. De esta manera, en el Consejo Europeo de Santa María de Feira se decidió que «las disposiciones relativas al refuerzo de la cooperación introducidas en el Tratado de Amsterdam deberán formar parte de los trabajos futuros de la Conferencia, al mismo tiempo que se respete la necesidad de coherencia y solidaridad en una Unión ampliada»³⁸. En otras palabras, a una CIG ya en curso se incorporan nuevos temas en su agenda con la reiterada perspectiva de mantener el equilibrio profundización *versus* ampliación; es decir, situando claramente la futura ampliación en el núcleo justificador de la institucionalización de la posibilidad de cooperaciones reforzadas en el derecho originario.

Introducido, por tanto, el tema a mitad de la CIG, la estrategia negociadora se centró inicialmente en aclarar el concepto de cooperaciones reforzadas e identificar las distintas formas que pueden adoptar, así como los medios para hacerlas más operativas antes de proceder a la elaboración de textos detallados³⁹. Ha de reconocerse que se avanzó rápidamente y ya el 30 de agosto de 2000, la Presidencia presentó un documento con propuestas detalladas en materia de cooperaciones reforzadas⁴⁰. Posteriormente, diversos Cónclaves ministeriales dedicados fundamentalmente a este tema⁴¹ permitieron avanzar en los trabajos y obtener las orientaciones que deberían guiar la labor en este ámbito. De tal manera que, después del Documento de síntesis de la posición de Alemania e Italia al respecto⁴², la Presidencia presentó un texto completo sobre las cooperaciones reforzadas el 18 de octubre de 2000⁴³ que sería revisado posteriormente en dos ocasiones antes de la Cumbre de Niza⁴⁴.

Las cuestiones que se revelaron más conflictivas y que quedaban pen-

³⁷ Vid. el Informe de la Presidencia al Consejo Europeo de Feira (CONFER 4750/00), pp. 51 y ss.

³⁸ Vid. las conclusiones del Consejo Europeo de Santa María de Feira, 19-20 de junio 2000, *Bol. UE* 3-2000, p. 8, punto 1.4.3.

³⁹ Como consideraba la Presidencia en su Nota de 5 de julio de 2000 (CONFER 4755/00).

⁴⁰ CONFER 4766/00.

⁴¹ En Bruselas el 24 de julio de 2000 (*Bol. UE* 7/8-2000, p. 7, punto 1.1.4) y en Luxemburgo el 8 de octubre de 2000 (*Bol. UE* 10-2000, p. 9, punto 1.1.2).

⁴² CONFER 4783/00.

⁴³ CONFER 4786/00.

⁴⁴ El 9 de noviembre de 2000 (CONFER 4798/00) y el 17 de noviembre de 2000 (CONFER 4803/00).

dientes aún después de la segunda revisión del texto se referían fundamentalmente a las cooperaciones reforzadas en el pilar de la política exterior y de seguridad común: relativas al papel de la Comisión; respecto al umbral mínimo de Estados miembros participantes⁴⁵; y en relación con las cooperaciones reforzadas en el ámbito específico de la seguridad y la defensa. Como veremos más adelante, precisamente este último aspecto, que constituye una nueva área sometida, además, a rápidos cambios, fue finalmente excluido de las cooperaciones reforzadas en la negociaciones de la CIG.

Paralelamente, el Parlamento Europeo aprobó, el 25 de octubre de 2000, una resolución sobre las cooperaciones reforzadas en la que estimaba que debía incluirse la política exterior y de seguridad común y la política de defensa en su ámbito de aplicación; que debía asegurarse el poder de iniciativa de la Comisión y la plena participación del Parlamento, sustituyendo la consulta por el dictamen conforme; que el número mínimo de Estados participantes debía establecerse en un tercio; que debía suprimirse la posibilidad de veto; que no deberían tener lugar cooperaciones reforzadas en ámbitos donde los Tratados prevén la toma de decisiones por mayoría cualificada; y que el procedimiento para activar la cooperación reforzada debería ser el mismo en todos los pilares⁴⁶. Algunas de estas propuestas serían finalmente recogidas en las nuevas disposiciones, incluso el núcleo fuerte de propuestas del Parlamento Europeo por lo que se refiere al papel de esta institución ya que, como veremos, la autorización de ciertas cooperaciones reforzadas en el ámbito del pilar comunitario requerirá a partir de Niza su dictamen conforme.

En definitiva, cabe señalar que una vez considerada la cuestión de las cooperaciones reforzadas en la agenda de la CIG, la negociación fue rápida y no tuvo apenas notoriedad ante los importantes problemas que arras-

⁴⁵ Téngase en cuenta que atendiendo a las especiales características de este pilar, desde el primer borrador completo propuesto por la Presidencia (CONFER 4786/00) se barajaba la posibilidad de que en este pilar el umbral mínimo se situase en tres o cuatro Estados miembros. En la versión revisada se proponía un procedimiento específico de autorización para el caso de que la propuesta de cooperación reforzada partiera de entre tres y siete Estados miembros (CONFER 4803/00).

⁴⁶ El proyecto de resolución fue aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales el 12 de octubre de 2000 sobre la base de un Informe del que fué ponente José María Gil Robles-Gil Delgado (Documento A5-0288/2000 al que ya nos hemos referido).

tró, hasta más allá del último minuto, la negociación de la reforma institucional y la reponderación de votos en el Consejo.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES AL ESTABLECIMIENTO Y DESARROLLO DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL TRATADO DE NIZA

La nueva redacción que el Tratado de Niza da a las disposiciones del Título VII del TUE, mantiene y refuerza el diseño del establecimiento, de un lado, de unas disposiciones de carácter general y, de otro lado, de unas disposiciones específicas para cada uno de los pilares de la Unión⁴⁷. Además, los nuevos artículos 43, 43 A, 43 B, 44, 44 A y 45 del TUE se configuran más claramente como las normas generales en la medida que las disposiciones específicas para cada pilar son fundamentalmente de carácter procedimental. Las disposiciones generales incorporan cláusulas sobre las condiciones o requisitos para activar una cooperación reforzada así como cláusulas sobre las consecuencias institucionales y financieras de una cooperación reforzada. En la medida en que estas consecuencias afectan también a los actos y decisiones para desarrollar una cooperación reforzada y al papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, abordaremos en apartados separados esta diversidad de cuestiones.

1. LAS CONDICIONES O REQUISITOS PARA ACTIVAR UNA COOPERACIÓN REFORZADA

El Tratado de Niza modifica el texto del artículo 43 del TUE, en su redacción adoptada en el Tratado de Amsterdam, fijando las condiciones generales para establecer una cooperación reforzada. El nuevo artículo 43 recoge, fundamentalmente, las mismas que se prevén en el actualmente vigente artículo 43, además de algunas de las condiciones adicionales que

⁴⁷ De hecho, esta parte del articulado sobre las cooperaciones reforzadas figuraba en el Texto provisional aprobado por la Conferencia Intergubernamental (Documento SN 533/1/00 REV 1 de 22 de diciembre de 2000) bajo un apartado titulado «Principios Generales» conteniendo las cláusulas A a F, convertidas finalmente en los artículos 43, 43 A, 43 B, 44, 44 A y 45 que sustituirán el texto de los actualmente vigentes artículos 43, 44 y 45 del TUE.

prevé el actual artículo 11 del TCE en relación con la cooperación reforzada específica en el marco de la Comunidad Europea. Con ello, como veremos más adelante, se consigue una cierta armonización, es decir, una formulación de condiciones y principios jurídico-políticos válidos para cualquier cooperación reforzada en cualquiera de los tres pilares de la Unión. Y, al mismo tiempo, en la nueva redacción de las disposiciones pertinentes del TCE ya no se prevén condiciones para el establecimiento de una cooperación reforzada en este pilar y sólo se prevén disposiciones sobre el procedimiento para activar una cooperación reforzada y para permitir la participación de un Estado miembro en una cooperación ya activada. Esta opción, que podría significar una mejora técnica si se hubieran evitado determinadas redundancias, tiene sobre todo el componente de ofrecer una dimensión horizontal más amplia a la regulación de las cooperaciones reforzadas, reduciendo prácticamente las disposiciones verticales a los aspectos procedimentales.

Se trata, en conjunto, de diez condiciones generales y de otras disposiciones conexas que constituyen, en parte, una refundición de los actuales requisitos distribuidos entre el TUE y el TCE, por lo que resultan obligadas las referencias conjuntas a la Unión Europea y a la Comunidad Europea. Dentro de estas condiciones podemos establecer, a mi juicio, una distinción entre, de un lado, las que se refieren a los objetivos o finalidades de la propia cooperación reforzada; de otro lado⁴⁸, las relativas al respeto de las competencias de la Unión Europea y de la Comunidad Europea; y, por último, las relativas al respeto de los derechos y prerrogativas de los Estados Miembros. En cualquier caso, estas condiciones deben entenderse en su integridad como exigencias que pretenden reducir los riesgos de ruptura y fragmentación inherentes a toda forma de diferenciación flexible.

A) *Condiciones relativas al objeto o finalidad de la cooperación reforzada*

El principio jurídico-político contenido en la cooperación reforzada consiste básicamente, como ya hemos visto, en un mecanismo que permita avanzar en la consecución de los objetivos del proceso de integración

⁴⁸ Siguiendo, en parte, el planteamiento de F. CHALTIEL: «Le Traité d'Amsterdam...», *op. cit.*, p. 291.

comunitario a un grupo de Estados miembros dentro del marco comunitario sin que, en ningún caso, se pueda configurar como un retroceso. Es sobre esta premisa que el nuevo artículo 43 del TUE establece que los Estados miembros que lo deseen podrán activar una cooperación reforzada haciendo uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos de los Tratados, pero ello será posible «siempre» que dicha cooperación «a) pretenda impulsar los objetivos de la Unión y de la Comunidad, así como proteger y servir sus intereses y reforzar su proceso de integración».

El texto es perfectamente claro al afirmar este sentido positivo a las cooperaciones reforzadas⁴⁹; podrán ir más allá en la consecución de los objetivos pero, en ningún caso, constituirán un factor de retroceso de lo ya alcanzado en el plano comunitario. Así, en relación con el artículo 43.1 a) actualmente vigente, ha de subrayarse que, además de la doble mención a los objetivos de la Unión y de la Comunidad, se dispone que la cooperación pretendida debe «reforzar su proceso de integración». Este enunciado⁵⁰ es altamente significativo en la medida en que elimina la ambigüedad del término «cooperación reforzada» al poner de relieve que ésta significa, en definitiva, una «integración reforzada»⁵¹. Es en este sentido que debe concebirse como un instrumento que favorezca la integración de todos los Estados miembros, lo que sólo será posible si, como veremos, no se va más allá de las competencias de la Unión o de la Comunidad, no se modifica el marco institucional y se configura abierta a todos los Estados miembros.

Pero si esto revela un esquema de distintas velocidades para alcanzar los objetivos de la Unión y de la Comunidad⁵², hubiera sido conveniente que las disposiciones sobre cooperación reforzada, tanto en el Tratado de Amsterdam como en el de Niza, hubieran incluido disposiciones o meca-

⁴⁹ Concibiéndose las cooperaciones reforzadas como un factor de integración y no de segregación, como se indicaba en la Nota de la Presidencia con las primeras propuestas detalladas sobre la materia (CONFER 4766/00).

⁵⁰ Que ya se apunta en las deliberaciones iniciales de la CIG (CONFER 4761/00 de 18 de julio de 2000) y está plenamente incorporado en el documento de síntesis de la posición de Alemania e Italia (CONFER 4783/00).

⁵¹ Vid. sobre este punto A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 29 y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «Reflexiones en torno a la cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 106.

⁵² Aunque el apartado a) de este artículo 43 del TUE, tanto en su redacción de Amsterdam como de Niza se limite a señalar la condición más tenue de «impulsar» los objetivos de la Unión y de la Comunidad.

nismos de aplicación del principio de solidaridad, en virtud del cual los Estados más avanzados y que hubieran establecido una cooperación reforzada ayudarían a los no participantes a estar en condiciones de unirse a los primeros⁵³. En esta línea, el nuevo artículo 43 B *in fine* establece tan sólo, en una enunciación nueva pero de poco compromiso, que la Comisión y los Estados miembros participantes en una cooperación reforzada «procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros».

Igualmente, reforzar el proceso de integración, así como el respeto de las competencias de la Unión y de la Comunidad Europea -como veremos-, pone de manifiesto un subyacente principio de coherencia entre las actuaciones de las distintas cooperaciones reforzadas que puedan establecerse y las acciones de la Unión y de la Comunidad. Este principio está implícitamente formulado en diversas de las condiciones generales para el establecimiento de una cooperación reforzada, particularmente por lo que se refiere al respeto del marco institucional único de la Unión⁵⁴, pero hubiera sido pertinente su afirmación explícita. Más aún cuando el nuevo artículo 45 recoge esta necesaria coherencia al disponer que «El Consejo y la Comisión velarán por la coherencia de las acciones emprendidas en virtud del presente título, así como por la coherencia de tales acciones con las políticas de la Unión y de la Comunidad, y cooperarán a tal efecto». Además de determinar las instituciones responsables de velar por la coherencia⁵⁵, podía haberse establecido este principio de coherencia como condición general a respetar siempre por una cooperación reforzada. Porque, de otra parte, sí está recogido, como condición específica, en el marco de la política exterior y de seguridad común. En efecto, el nuevo artículo 27 A.1 establece, doblemente, que las cooperaciones reforzadas en este ámbito deberán respetar «la coherencia de la política exterior y de seguri-

⁵³ Como, por ejemplo, sugería el gobierno Griego en su Memorándum de 3 de marzo de 2000 (CONFER 4719/00) y se proponía en el documento de posición de Alemania e Italia (CONFER 4783/00). Se trata de planteamientos también recogidos en la doctrina (vid., por ejemplo, J. M. de AREILZA CARVAJAL; A. DASTIS QUECEDO: «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas...», *op. cit.*, p. 21; o J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «Reflexiones en torno a la cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 105; o C. D. EHLERMANN: «Différenciation, flexibilité,...», *op. cit.*, p. 73).

⁵⁴ Que, como establece el artículo 3 del TUE, «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».

⁵⁵ Del control de legalidad ya se ocupa, como veremos, el Tribunal de Justicia.

dad común» y «la coherencia entre el conjunto de políticas de la Unión y su acción exterior». En definitiva, en el diseño de principios y condiciones generales contenidos en el Título VII debería haberse establecido este principio de coherencia interna y externa de la acción de la Unión Europea⁵⁶, obviando así su incorporación, repetitiva y redundante, en disposiciones específicas en el marco de alguno de los pilares.

De otro lado, hemos señalado que la completa redacción en el nuevo artículo 43 del TUE de las condiciones para el establecimiento de una cooperación reforzada ha hecho innecesario que en la nueva redacción del correspondiente artículo del TCE se establecieran condiciones o finalidades u objetivos, por el carácter general de las disposiciones del Título VII del TUE. Lo que hace más destacable todavía que, tanto en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, como en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, las nuevas disposiciones sobre cooperación reforzada se inicien, como veremos, reiterando la finalidad u objetivo que deberán tener estas cooperaciones reforzadas en ambos pilares.

Así, en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, el artículo 27 A del TUE dispone que las cooperaciones reforzadas «tendrán por finalidad defender los valores y servir los intereses de la Unión en su conjunto, mediante la afirmación de su identidad como fuerza coherente en el ámbito internacional», lo que no es más que una concreción del enunciado general del nuevo artículo 43 a) al que nos hemos referido. Por su parte, el artículo 40 del TUE, en relación con las cooperaciones reforzadas en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal dispone, en su nueva redacción, que éstas «tendrán por finalidad permitir que la Unión llegue a ser lo más rápidamente posible un espacio de libertad, seguridad y justicia, al tiempo que se respetan las competencias de la Comunidad Europea y los objetivos fijados por el presente título»⁵⁷. Cuanto menos, parece destacable este interés en reiterar, especialmente en estos dos ámbitos de cooperación intergubernamental, que la finalidad de las mismas será la de servir los intereses e impulsar los objetivos de la Unión en cada ámbito específico.

⁵⁶ Vid. A. MANGAS MARTÍN; J. D. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁷ Como veremos, en la redacción del Tratado de Amsterdam estas disposiciones están formuladas no en términos de finalidades sino en términos de condiciones específicas.

Bajo esta perspectiva de refuerzo del proceso de integración ha de situarse también, finalmente, una de las condiciones del actual artículo 43 del TUE que, en el Tratado de Niza pasa a tener una entidad separada configurando el nuevo artículo 43 A. Este artículo establece que «Solo podrán iniciarse las cooperaciones reforzadas 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, mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los tratados». Esta cláusula de último recurso, no por obvia menos necesaria, subraya la perspectiva de que sólo podrán operar las cooperaciones reforzadas si no se han podido adoptar disposiciones para todos los Estados miembros; ya que si existe la mayoría cualificada debería actuarse para el conjunto de la Comunidad. En la redacción que se le dio en el Tratado de Amsterdam (actual apartado c del artículo 43.1) la disposición ha sido objeto de crítica por su imprecisión y la indeterminación en relación al momento en que se da la situación habilitante⁵⁸. Quizás por ello el Tratado de Niza ha precisado su sentido ya que, cuanto menos, dispone ahora que «ha de quedar sentado» y «en un plazo razonable» que los objetivos no pueden alcanzarse. Aunque esto constituya una relativa mejora, el resultado sigue siendo insatisfactorio⁵⁹.

B) *Condiciones relativas al respeto de las competencias de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*

Bajo este principio de respeto de las competencias de la Unión y de la Comunidad, subyacente a la finalidad de las cooperaciones reforzadas, son subsumibles la mayoría de las condiciones que, en su nueva redacción, establece el artículo 43 del TUE. Algunas de ellas son condiciones repetitivas o redundantes o derivadas unas de otras, lo que, sólo en parte, puede ser debido a la integración que en el Tratado de Niza se opera en-

⁵⁸ Vid., entre otros, A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 30. Es cierto, sin embargo que «it was difficult to set more detailed rules» (H. KORTENBERG: «Closer cooperation in the Treaty...», *op. cit.*, p. 846).

⁵⁹ Pues sigue sin proporcionar el método para suministrar la prueba de la imposibilidad de proceder en el plano de la Comunidad. Además del posible control jurisdiccional para apreciar el cumplimiento de la condición, deberá estarse, evidentemente, a lo que permitan las circunstancias y coyunturas políticas.

tre las condiciones que actualmente recoge el artículo 43 del TUE y las del actual artículo 11 del TCE.

En primer lugar, hemos de señalar que el apartado d) del artículo 43 establece que las cooperaciones reforzadas deberán permanecer «dentro de los límites de las competencias de la Unión o de la Comunidad» y no referirse «a los ámbitos que sean competencia exclusiva de la Comunidad». Lo que, de un lado, subraya que las cooperaciones reforzadas, como fórmulas de flexibilidad, tendrán lugar dentro del marco de la Unión y que serán objetivos de la Unión o de la Comunidad los que se pretenderán alcanzar⁶⁰. Formulado de otra manera, significa la plena incorporación del principio de atribución de competencias y la consiguiente exclusión de cualquier posibilidad de cooperaciones reforzadas en ámbitos ajenos a la Unión Europea y a la Comunidad Europea, salvo que se revisen los Tratados según el procedimiento del artículo 48 del TUE. De otro lado, la segunda frase recoge una de las condiciones específicas del actual artículo 11 del TCE, con todos los problemas derivados de la determinación precisa de los ámbitos que son de competencia exclusiva de la Comunidad Europea⁶¹.

En íntima conexión con esta disposición, los apartados b) y c) del nuevo artículo 43 establecen que las cooperaciones reforzadas deberán respetar «los Tratados y el marco institucional único» y «el acervo comunitario y las medidas adoptadas en virtud de las demás disposiciones de dichos Tratados». Es decir, respeto del principio de la unidad institucional, del principio de no interferencia y, en definitiva, de todos los principios contenidos en los Tratados, incluido todo lo que implica —aunque no se mencione en este contexto— el principio de lealtad comunitaria contenido en el artículo 10 del TCE.

Hay otras dos condiciones subsumibles en esta perspectiva de respeto de las competencias de la Comunidad Europea. El apartado e) que establece que la cooperación no deberá afectar «negativamente al mercado interior» ni «a la cohesión económica y social» tal como están definidos y establecidos en las correspondientes disposiciones del TCE; y el apartado f) por el que una cooperación reforzada no debe constituir «un obs-

⁶⁰ Y, por tanto, objetivos fijados en los artículos 2 del TUE y 2 y 3 del TCE fundamentalmente.

⁶¹ Vid., por ejemplo, J. M. de AREILZA CARVAJAL; A. DASTIS QUECEDO: «Cooperaciones reforzadas en el Tratado...», *op. cit.*, p. 117 y A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 31.

título ni una discriminación a los intercambios entre Estados miembros» ni provocar «distorsiones de competencia entre ellos». Ambas disposiciones no son más que concreciones específicas de las obligaciones más generales a las que nos hemos acabado de referir (respeto de las competencias, de los Tratados, del acervo comunitario y de las medidas adoptadas) y sólo la segunda de ellas estaba ya prevista en el actual artículo 11 del TCE. Pero lo cierto es que todas estas condiciones limitan en gran medida el ámbito material en el que podría activarse una cooperación reforzada, especialmente en el pilar comunitario⁶².

Por último, el apartado i) establece la condición de que la cooperación no debe afectar «a las disposiciones del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea». Ha de entenderse que la incorporación de esta disposición en el Tratado de Niza, cuando el Protocolo en cuestión es un protocolo anejo al Tratado de Amsterdam, se explica, precisamente, para distinguir las peculiaridades de este Protocolo y los tratamientos diferenciales y flexibles que en él se contemplan, del mecanismo de las cooperaciones reforzadas⁶³.

C) *Condiciones relativas al respeto de las competencias de los Estados*

Bajo este enunciado, quiero referirme esencialmente, de un lado, al carácter facultativo y abierto de cualquier propuesta de cooperación reforzada y, de otro lado, a la salvaguarda de los derechos y de la posición de los Estados no participantes. Por lo que se refiere al primer aspecto hemos de partir del enunciado principal del artículo 43 del TUE en el sentido de que los Estados miembros que se propongan establecer una cooperación reforzada «podrán» hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos de los Tratados. Pero será necesario, para ello, que reúnan un umbral mínimo de Estados participantes. En la actual regulación del artículo 43 ha de implicar al menos a una «mayoría de Estados miem-

⁶² Que quedaría restringido a ámbitos en los que la Comunidad no ha introducido medidas de armonización como, por ejemplo, educación, cultura y salud (vid. en este sentido, H. KORTENBERG: «Closer Cooperation in the Treaty...», *op. cit.*, p. 849).

⁶³ Por mucho que en el artículo 1 del Protocolo se utilice la expresión «cooperación reforzada».

bros». Es decir, en el momento actual, a un mínimo de ocho Estados miembros⁶⁴.

A este respecto, el Tratado de Niza ha mantenido el umbral mínimo actual pero, al fijarlo numéricamente, lo configura como un umbral estable de ocho Estados miembros para el futuro. Lo que significa que, a medida que se vayan produciendo adhesiones de nuevos Estados, el valor relativo de este umbral se irá reduciendo, incluso por debajo de un tercio de los Estados miembros⁶⁵. Es evidente que el fijar el quórum actualmente existente en términos reales ha de facilitar, previsiblemente en el futuro, la constitución de la masa crítica necesaria para activar una cooperación reforzada en los supuestos en que la consecución de los objetivos comunes no pudiera alcanzarse al requerirse la unanimidad (hoy de 15 Estados) o la mayoría cualificada (hoy de 10 Estados)⁶⁶. Pese a que se planteó la conveniencia de sólo permitir cooperaciones reforzadas en áreas donde se sigue exigiendo la unanimidad, lo cierto es que ya en Amsterdam quedó claro que, aunque se tratase de casos en los que se pudiese alcanzar la mayoría cualificada, quizás la regulación que se obtendría resultaría menos satisfactoria que la que se lograría con un número menor de participantes y podía tener cabida, por tanto, la cooperación reforzada⁶⁷.

Pero lo más característico de la cooperación reforzada es su carácter abierto, es decir que podrá participar en ella, inicialmente o en una etapa posterior, todo aquel Estado que lo desee⁶⁸. El planteamiento es, por tan-

⁶⁴ El carácter voluntario de la participación en una cooperación reforzada, así como la exigencia de un número mínimo de Estados participantes para su autorización, plantean, aunque sea mera hipótesis, un problema adicional: el de la posible retirada de un Estado participante en una cooperación reforzada. Se trata de una hipótesis difícilmente plausible por el grado de integración establecido, pero si se diera, y si con ello se redujera por debajo del umbral mínimo el número de Estados participantes, no hay ningún «plan B» para saber que hacer con la cooperación reforzada.

⁶⁵ Que era el umbral mínimo que proponían la Comisión en su Dictamen [COM (2000) 34] y el Parlamento Europeo en su resolución de 13 de abril de 2000.

⁶⁶ Aunque si se hubiera adoptado el criterio de un tercio de los Estados, cuando entrase en vigor el Tratado de Niza, y siempre que no se hubiese producido aún ninguna adhesión, se trataría de un mínimo de 5 Estados.

⁶⁷ Aunque, en la regulación actualmente vigente, debería conseguirse, en su caso y en última instancia, la unanimidad del Consejo en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno por lo que se refiere al primer pilar.

⁶⁸ Lo que sirve, también, para los futuros nuevos miembros de la Unión Europea quienes, una vez se hayan adherido, podrán optar respecto a las distintas cooperaciones reforzadas que puedan existir y, en su caso, seguir el procedimiento previsto en cada pilar para que se autorice su participación en una cooperación ya establecida.

to, un planteamiento de voluntades y no de capacidades⁶⁹, del que ha de excluirse, *a priori*, cualquier idea de núcleos restringidos o duros. Sustituyendo lo dispuesto en una de las condiciones del actual artículo 43 del TUE, el nuevo artículo 43 B dispone que las cooperaciones reforzadas «estarán abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establezcan» y que también «lo estarán en cualquier momento» con arreglo a las disposiciones específicas de cada uno de los tres pilares, a las que nos referiremos más adelante. Al margen del procedimiento específico en cada pilar, ha de indicarse que la única condición que se establece para las incorporaciones que se puedan producir posteriormente es que los nuevos Estados participantes deberán respetar «la decisión inicial y las decisiones tomadas en tal marco», es decir, el «acervo» propio de la cooperación reforzada, lo que, evidentemente —ya que no han participado en su elaboración—, los sitúa en una situación «relativamente menos ventajosa»⁷⁰.

Por lo que se refiere a la salvaguarda de los derechos y de la posición de los Estados miembros no participantes, el apartado h) del nuevo artículo 43 establece que la cooperación deberá respetar «las competencias, los derechos y las obligaciones de los Estados miembros que no participan en ella». Se trata de una amplia garantía para los Estados no participantes, que ya forma parte de la actual regulación [apartado d) del artículo 43.1], pero a la que se ha eliminado la salvaguarda de los «intereses» de estos Estados no participantes por considerarla imprecisa⁷¹.

Pero este respeto de los derechos y obligaciones y competencias de los Estados miembros, derivado lógicamente de los propios Tratados y del acervo comunitario puede entrar en contradicción, como veremos, con el desarrollo de la cooperación reforzada y, consiguientemente, con la generación de un «derecho particular» de la cooperación reforzada que altere la posición relativa y el estatuto jurídico de los Estados, tanto de los par-

⁶⁹ Vid. A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 31.

⁷⁰ Vid. J. M. de AREILZA CARVAJAL; A. DASTIS QUECEDO: «Cooperaciones reforzadas en el Tratado...», *op. cit.*, p. 116.

⁷¹ Tal como sugerían Alemania e Italia en su documento de síntesis (CONFER 4783/00). También el Parlamento Europeo entendía en su resolución de 25 de octubre de 2000 que debía suprimirse la palabra «intereses», no sólo por imprecisa, sino porque, como señala USHER, es difícil concebir algún supuesto de cooperación reforzada que no tuviera «some impact on the interests of the non-participants» (J.A. USHER: «Flexibility and Enhanced...», *op. cit.*, p. 264).

ticipantes como de los que no participen en una determinada cooperación reforzada.

De otro lado, al respeto de las prerrogativas de los Estados no participantes corresponde también el deber de éstos últimos de no dificultar el desarrollo de una cooperación reforzada. Podrán haber votado en contra de su activación y, en su caso, conseguido o no el bloqueo. Pero si la cooperación propuesta obtiene autorización, los Estados no participantes «no impedirán su aplicación por parte de los Estados miembros que participen en ella» (artículo 44.2, *in fine* del TUE, que retoma lo dispuesto en el actual artículo 43.2, *in fine*).

2. LAS CONSECUENCIAS DE CARÁCTER INSTITUCIONAL Y FINANCIERO

En relación con las consecuencias de carácter institucional que generará el establecimiento de una cooperación reforzada, el punto de partida lo hemos de situar en su carácter de cooperaciones para cuyo desarrollo los Estados harán uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos de los Tratados. Estamos ante una previsión expresa de flexibilidad abierta hacia el futuro pero que, si se da, tendrá que tener lugar dentro del marco institucional de la Unión Europea, es decir, respetando este marco institucional único⁷². Lo que significa, fundamentalmente, que en el desarrollo de una cooperación reforzada serán de aplicación las disposiciones pertinentes de los Tratados. Es así como el nuevo artículo 44.1 del TUE (como hace el actual artículo 44.1) establece que «a efectos de la adopción de los actos y decisiones necesarios para el desarrollo» de una cooperación reforzada de las que se contemplan, con carácter horizontal, en el artículo 43 del TUE, «serán de aplicación las disposiciones institucionales pertinentes del presente Tratado y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». En cierta medida, también, como veremos más adelante, para cada uno de los tres pilares se han previsto disposiciones específicas en el sentido de hacer aplicables las disposiciones pertinentes del TCE (nuevo artículo 11.3 y actual artículo 11.4), o las disposiciones del Título V (artículo 27 A.2), o las del Título VI (artículo 40.2 y actual artículo 40.4 del TUE).

⁷² Aunque A. MANGAS MARTÍN considere que «hablar de marco institucional único es ya una falacia», una referencia vacía de contenido (A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 37).

Se revela, por tanto, absolutamente claro que las disposiciones al respecto presuponen que las cooperaciones reforzadas no han de dar lugar a estructuras institucionales distintas de las previstas en los Tratados⁷³. Consecuentemente, las estructuras institucionales comunitarias, que actuarán en el marco de sus competencias, lo harán, salvo el Consejo, con su composición habitual porque ha de entenderse, con el Parlamento Europeo, que «es indispensable mantener un marco institucional único, en el que todos los diputados del Parlamento Europeo y los miembros de la Comisión participen plenamente en el ejercicio de las funciones que correspondan a cada una de esas instituciones»⁷⁴. De alguna manera, la garantía del desarrollo interno de las cooperaciones reforzadas pasa por este paralelismo con el funcionamiento normal de las instituciones.

En relación con el Consejo ya se prevé en el actual artículo 44.1 del TUE (y el nuevo artículo 44.1 lo mantiene) que «si bien todos los miembros del Consejo podrán participar en las deliberaciones, sólo aquellos que representen a los Estados miembros participantes tomarán parte en la adopción de decisiones». La posibilidad de que todos los Estados miembros participen en las deliberaciones constituye también una cierta garantía para los no participantes en una cooperación reforzada, pero no les da poder para bloquear el desarrollo de la cooperación reforzada, entre otras cosas, porque, como hemos dicho, no deben impedir su aplicación (nuevo artículo 44.2 *in fine*). Consecuentemente, la unanimidad quedará constituida por los miembros del Consejo concernidos y la mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados y la misma proporción del número de miembros del Consejo concernidos.

Interesa destacar que la Comisión, como motor de la integración, estará también asociada al desarrollo de cualquier cooperación reforzada que pueda establecerse ya que le corresponderá el papel que, institucionalmente prevén los Tratados para la Comisión. En el marco del TCE, fundamentalmente, el derecho a ejercer la iniciativa legislativa, por lo que los desarrollos de una cooperación reforzada en el pilar comunitario exigirán igualmente, en cualquier caso, la propuesta de la Comisión. Además, la Comisión velará por el cumplimiento de los actos y decisiones de desarrollo de la cooperación adoptados y podrá ejercer, en su caso, poderes

⁷³ Vid., en este sentido, por ejemplo, M. CAMPINS ERITJA: «La unidad institucional en el Tratado de Amsterdam», en A. OLESTI RAYO: *Las incertidumbres de la...*, *op. cit.*, en especial pp. 122-124.

⁷⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2000.

de ejecución. Igualmente, el marco institucional único en el que se desarrollará la cooperación reforzada significa también que los órganos de carácter consultivo, como el Comité de las Regiones o el Comité Económico y Social deberán, en su caso, formular sus dictámenes en el curso del procedimiento legislativo para la adopción de un acto jurídico en el seno de una cooperación reforzada. Y lo mismo cabe decir del Parlamento Europeo que, en su caso, actuará según el procedimiento legislativo que corresponda al ámbito material sobre el que opera la cooperación reforzada, sin que se tenga en cuenta si los parlamentarios son nacionales o no de los Estados participantes en la cooperación.

En relación con el Parlamento Europeo es esta participación institucional en el desarrollo de una cooperación reforzada lo que pueda explicar que en el Tratado de Niza se haya eliminado el actual artículo 45 que establece el deber del Consejo y la Comisión de informar regularmente al Parlamento Europeo del desarrollo de una cooperación reforzada. Cabe entender que, generalmente, no necesitará de esta información en la medida en que ya participa en el desarrollo de la cooperación reforzada, pero hubiera sido deseable mantener una disposición de este tenor⁷⁵, para asegurar la completa información del Parlamento Europeo del desarrollo de todas las cooperaciones reforzadas establecidas en virtud del Título VII del TUE. Obviando así, en parte, el relegamiento al que se le somete en los procedimientos de autorización de activación y de autorización para la incorporación de un Estado no participante⁷⁶.

Por último, en relación con las consecuencias financieras de una cooperación reforzada, baste señalar que, igual que dispone el actual artículo 44.2 del TUE, el nuevo artículo 44 A establece que los gastos de la aplicación de una cooperación reforzada, salvo los gastos administrativos de las instituciones, «correrán a cargo de los Estados miembros participantes en la cooperación, salvo que el Consejo decida otra cosa por una-

⁷⁵ De hecho, una disposición como la del actual artículo 45 del TUE figuraba en un primer proyecto de texto (CONFER 4786/00) pero se prescindió de esta disposición en una revisión posterior (CONFER 4798/00).

⁷⁶ Y ya no sólo en los pilares segundo y tercero, incluso en el pilar comunitario, la autorización para permitir la participación de un Estado miembro en una cooperación ya activada no tiene en cuenta para nada la participación del Parlamento Europeo, que podría, por tanto, no enterarse de que más Estados integran una determinada cooperación reforzada hasta que adoptase un acto o decisión en el que debiese participar en la medida pertinente.

nimidad de todos sus miembros y previa consulta al Parlamento Europeo». Es obvio, de un lado, que los gastos han de ir a cuenta de los Estados participantes; pero también se revela obvio que los gastos administrativos de las instituciones, en la medida en que la cooperación reforzada se lleva a cabo en el marco institucional de la Unión, difícilmente pueden o deben aislarse e imputarse estrictamente a los participantes en la cooperación reforzada.

Por otro lado, ha de notarse que, en caso de que el Consejo decidiera otra cosa respecto de estos gastos, la decisión debería ser unánime de todos los miembros y no sólo, evidentemente, de los participantes en una cooperación reforzada. Más discutible es que, en este hipotético supuesto, baste la previa consulta al Parlamento Europeo cuando, como es sabido, esta institución comparte con el Consejo un amplio poder presupuestario (artículo 272 del TCE).

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS Y DECISIONES ADOPTADOS PARA EL DESARROLLO DE UNA COOPERACIÓN REFORZADA

Acabamos de señalar la plena aplicación de las disposiciones institucionales pertinentes a efectos de adopción de los actos o decisiones de desarrollo de una cooperación reforzada. Debemos centrarnos ahora en la naturaleza jurídica de estos actos o decisiones. El presupuesto de partida es, de nuevo, la disposición inicial del artículo 43 del TUE que permite el uso, en el marco de una cooperación reforzada, de las «instituciones, procedimientos y mecanismos» de los Tratados. En otras palabras, si estos actos o decisiones se adoptan en el seno de las instituciones comunitarias de acuerdo con las disposiciones institucionales y procedimentales pertinentes, también habrán de utilizarse los instrumentos jurídicos comunitarios.

En definitiva, por tanto, al menos en el pilar comunitario, se tratará de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones o dictámenes, adoptados o emitidos en las condiciones previstas en el TCE (artículo 249 del TCE)⁷⁷. Y, en su caso, para hacerlo más complejo si cabe, e involucrar a

⁷⁷ Y por si hubieran dudas, en algunos de los borradores de texto sobre cooperaciones reforzadas presentados por la Presidencia durante la CIG 2000, se proponía añadir un último párrafo al artículo 249 del TCE en el que se indicara claramente que «cuando los actos mencionados se adopten en aplicación de una cooperación reforzada», sólo vincularán a los Estados que participen en ella y sólo serán directamente aplicables en dichos Estados» (vid. CONFER 4798/00 y CONFER 4803/00).

Estados no miembros de la Unión, podrá desarrollarse la cooperación reforzada mediante la celebración de tratados internacionales⁷⁸. Pero, además, todas las medidas que se adopten en el desarrollo de la cooperación reforzada deberán tener su pertinente base jurídica en las disposiciones, fundamentalmente del TCE, incluido, si fuera el caso, el artículo 308⁷⁹.

Lo que significa que, formal y jurídicamente, serán actos como los comunitarios, adoptados siguiendo los procedimientos comunitarios, aunque sólo obligarán o se dirigirán al grupo de Estados miembros que han establecido la cooperación reforzada. En efecto, estos Estados «aplicarán en la medida que les corresponda, los actos y decisiones adoptados para llevar a cabo la cooperación reforzada en la que participen» (nuevo artículo 44.2 del TUE y actual artículo 43.2). Precizando más esta naturaleza jurídica obligatoria, este nuevo artículo 44.2 del TUE continúa señalando que tales actos y decisiones «vincularán únicamente» a los Estados miembros que participen en la cooperación reforzada y que «en su caso, sólo serán directamente aplicables en dichos Estados». Con ello, no sólo queda plenamente de relieve este carácter obligatorio sino que, además, podrá tratarse de actos o decisiones «directamente aplicables», lo que pone de manifiesto claramente que algunos de estos actos podrán tener la naturaleza jurídica de un reglamento comunitario.

El problema estriba en que se trata de actos o decisiones que no tienen alcance general, por ser de desarrollo de una cooperación reforzada, pero que pueden tener la forma jurídica de actos que sí la tienen. Y más allá del aspecto formal, las verdaderas complejidades y confusiones se darán por la relación entre el derecho comunitario y este derecho propio de una determinada cooperación reforzada. Es por ello que puede resultar altamente significativo que el Tratado de Niza haya introducido en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 44 del TUE una nueva disposición que establece al respecto que «Tales actos y decisiones no formarán

⁷⁸ Vid. C. D. EHLERMANN: «Différenciation, flexibilité,...», *op. cit.*, pp. 73-74. A mi juicio, en relación con este supuesto (completamente ignorado en las disposiciones tanto de Amsterdam como de Niza), la complejidad jurídico-institucional se incrementará en la medida en que, en su caso, el tratado se celebrará por las instituciones de acuerdo con los procedimientos del Tratado y, aunque sólo afecte a los Estados participantes en la cooperación reforzada, tendrá consecuencias jurídicas para la Comunidad.

⁷⁹ Vid. G. GAJA: «How flexible is flexibility...», *op. cit.*, p. 863.

parte del acervo de la Unión»⁸⁰. A mi juicio, cabe resaltar que, aunque la disposición no se formula en términos de primacía, que hubiera sido lo idóneo, su incorporación puede evitar en el futuro una cierta «difusión» del acervo comunitario frente a las situaciones particulares o al derecho específico de una cooperación reforzada⁸¹.

Una disposición de este tenor quizás no era necesaria, porque una de las condiciones, no sólo para su establecimiento, sino para la existencia misma de una cooperación reforzada es, como hemos señalado anteriormente, el respeto del acervo comunitario⁸², pero creo que puede resultar conveniente porque, indudablemente, el desarrollo futuro de diversas cooperaciones reforzadas puede generar muchas confusiones e incertidumbres tanto en el plano jurídico como en el plano de la gestión. Además, si bien no se trata de acervo comunitario, lo cierto es que el derecho de una determinada cooperación reforzada se impone a los Estados que deseen incorporarse posteriormente a ella, ya que estarán obligados a respetar la decisión inicial y las decisiones tomadas en tal marco (nuevo artículo 43 B del TUE). Y, llevando el argumento al límite, si la posición de vanguardia de algunos Estados consiguiese arrastrar finalmente a todos los Estados miembros, aquello que inicialmente no era acervo comunitario se convertiría en tal.

Pero lo que interesa señalar, en definitiva, es que ha de quedar claro que las relaciones entre los Estados participantes y los no participantes en una cooperación reforzada han de seguir rigiéndose por las disposiciones del acervo comunitario. En las relaciones entre los Estados participantes regirá su derecho particular, pero respetando el acervo comunitario y salvaguardándose las competencias, derechos y obligaciones de los no participantes. Ahora bien, se hace difícil concebir, como hemos señalado antes, que no surjan tensiones entre unos y otros, que indirectamente no se afecte al estatuto jurídico de los no participantes y que, finalmente, el régimen multilateral de los Tratados no se multiplique en un haz de relaciones complejo —una diversificación de obligaciones— que conlleve una

⁸⁰ Aunque fuera en negociaciones de última hora, pues una disposición como ésta no se preveía en los borradores manejados hasta el 17 de noviembre (CONFER 4803/00).

⁸¹ Como, entre otros, temía que pudiera suceder A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 38.

⁸² Y le corresponderá a la Comisión y, en su caso, al Tribunal Justicia velar por este respeto.

fragmentación del espacio jurídico comunitario y una cierta dilución del proceso de integración comunitario⁸³. Podría darse una situación en la que, como señalaban J. M. de Areilza y A. Dastis, «la cohesión entre sus miembros se resentiría, la tendencia a imponer las reglas de los de dentro a los de fuera crearía tensiones y la complejidad institucional agravaría los ya serios problemas de transparencia y de comprensión por los ciudadanos del ejercicio del poder europeo»⁸⁴.

4. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS

El ejercicio de las facultades del Tribunal de Justicia en relación con las cooperaciones reforzadas tiene su fundamento en el apartado c) del artículo 46 del TUE que afirma la competencia del Tribunal de Justicia sobre «las disposiciones del Título VII», el relativo a las disposiciones sobre una cooperación reforzada, en las condiciones establecidas en las específicas disposiciones del primer y tercer pilar. A ello ha de añadirse la referencia expresa a la competencia del Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones sobre la cooperación reforzada que se formula en el nuevo artículo 40.3 del TUE (actual artículo 40.4) en relación con la cooperación reforzada en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. En este ámbito, debe relacionarse, además, con la previsión del apartado b) del artículo 46 que dispone que el Tribunal de Justicia será competente en relación con «las disposiciones del Título VI, en las condiciones establecidas en el artículo 35», que no afectan a las competencias del Tribunal de Justicia respecto de las cooperaciones reforzadas que se activen en virtud de los nuevos artículos 40, 40 A y 40 B del TUE.

Es evidente, por tanto, que la activación de una cooperación reforzada

⁸³ Como señalan MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS. Ciertamente, aunque la finalidad, como hemos dicho, sea reforzar e impulsar los objetivos comunitarios, lo cierto es que se rompe esta unidad y «el acervo comunitario se hace difuso y prevalecerán las situaciones particulares sobre las generales o comunes. La situación jurídica de cada Estado miembro será atípica, de modo que los estatutos jurídicos de los Estados miembros y de sus pueblos serán diferentes entre sí; los derechos y obligaciones serán variables, de contornos irregulares y a discreción» (A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 27).

⁸⁴ J. M. de AREILZA CARVAJAL; A. DASTIS QUECEDO: «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas...», op. cit., p. 13.

y su desarrollo tanto en el marco del pilar comunitario como del pilar de la cooperación policial y judicial en materia penal, estará sujeta al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Concretamente, la competencia del Tribunal de Justicia se extiende al cumplimiento de las condiciones o requisitos generales del TUE y, en su caso, de las disposiciones específicas para los pilares primero y tercero, al procedimiento de autorización en cada uno de estos pilares⁸⁵ y al procedimiento de incorporación de un Estado a una cooperación reforzada ya creada⁸⁶.

Posteriormente, el TJCE deberá vigilar que se siguen cumpliendo las condiciones generales y particulares de la cooperación reforzada y que esta no sea impedida por los Estados no participantes. Además, con Del Valle, ha de afirmarse que los actos y decisiones que se adopten para desarrollar una cooperación reforzada estarán también sometidos al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la medida en que se hace uso del marco institucional y de los mecanismos y procedimientos establecidos en los Tratados⁸⁷. En el plano de los riesgos, también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los ámbitos de la cooperación reforzada podrá acabar incidiendo en la posición relativa de los Estados no participantes. Como indica Araceli Mangas «la ramificación de su jurisprudencia y, por tanto, la pérdida de su uniformidad parece comprometida si logra que no sean compartimentos estancos; pero si no puede impedir la formación de vasos comunicantes, el recelo de unos y otros Estados se dejará sentir»⁸⁸.

De otro lado, lo que se revela más complejo son los mecanismos para ejercer el control jurisdiccional sobre actos y decisiones que no son acervo comunitario y en cuya adopción sólo han participado los Estados concer-

⁸⁵ Ciertamente, aunque aparentemente esté claro como se articulará este control jurisdiccional sobre la decisión de autorización, que no deja de ser una decisión del Consejo o de la Comisión para el primer pilar, quizás hubiera sido más adecuada la previsión de una posibilidad de dictamen consultivo del Tribunal de Justicia de carácter previo sobre la compatibilidad de una determinada propuesta de cooperación reforzada con los tratados constitutivos.

⁸⁶ Vid. A. del VALLE GÁLVEZ: «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CCEE tras el Tratado de Amsterdam», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 186, julio 2000, p. 26. Resulta claro, por tanto, que, mediante este control jurisdiccional, el Tribunal de Justicia podrá, en su caso, declarar inválida una autorización si no se han cumplido los requisitos establecidos en los Tratados (vid. también al respecto G. GAJA: «How flexible is flexibility...», *op. cit.*, p. 864).

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ A. MANGAS MARTÍN: «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 36.

nidos. Las vías de recurso para las cooperaciones del primer pilar serán las generales previstas en el TCE⁸⁹, mientras que, para el tercer pilar, habrá que acudir a las disposiciones del artículo 35 del TUE. Y, además, en la misma lógica, el Tribunal también tendrá competencia prejudicial.

Por último, las disposiciones a las que nos hemos acabado de referir ponen de relieve, por negativa, que no existe control jurisdiccional de las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común, ni tan siquiera en relación con la decisión de autorización y su compatibilidad con los principios y condiciones que establecen los artículos 43 a 45 del TUE en su nueva redacción⁹⁰.

IV. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE NIZA SOBRE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN LOS DISTINTOS PILARES DE LA UNIÓN EUROPEA

Como ya hemos indicado, la opción en el Tratado de Niza por establecer unas disposiciones generales más amplias, que recogieran todas las condiciones de fondo para el establecimiento de una cooperación reforzada en cualquiera de los tres pilares se revela como una mejora técnica en relación con el régimen derivado del Tratado de Amsterdam. Sin embargo, lo cierto es que, finalmente, no se prescinde de la adopción de disposiciones específicas para cada uno de los tres pilares. Y no cabe duda de que la regulación específica en cada uno de los tres pilares y, especialmente, las diferencias de procedimiento para el establecimiento de una cooperación reforzada o para la admisión de otros Estados no participan-

⁸⁹ A mi juicio, de manera general y por parte de todos los legitimados para ello, aunque más precisamente G. GAJA considera que un Estado no participante «for which measures taken by cooperating States are not part of the Community law, should arguably not be entitled to challenge the validity of those measures before the Court of Justice under Article 230 EC, except for the reason that they go beyond what the Council could authorize or had in fact authorized» (G. GAJA: «How flexible is flexibility...», *op. cit.*, p. 867).

⁹⁰ Y no puede argumentarse que, pese a que los artículos 27 y siguientes no facultan la actuación del Tribunal de Justicia, éste ostenta la competencia que le atribuye, como norma general el artículo 46 del TUE, porque el apartado c) de este artículo determina la competencia del Tribunal sobre el Título VII del TUE en las condiciones establecidas en los artículos 11 y 11 A del TCE y 40 del TUE, es decir, primer y tercer pilares.

tes inicialmente, provocan un sentimiento de «complejidad y multiplicidad de procedimientos»⁹¹.

El análisis de las disposiciones pertinentes del Tratado de Niza para cada pilar lo haremos distinguiendo los aspectos sustantivos de los aspectos procedimentales.

1. LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL PILAR COMUNITARIO

En relación con la posibilidad de activar cooperaciones reforzadas en el ámbito del pilar comunitario cabe señalar, de entrada, que resulta discutible⁹² que se prevea la posibilidad de cooperaciones reforzadas en este pilar que, por definición, debería ser único e integrador por excelencia. Como indicaba Martín y Pérez de Nanclares, «por su propia configuración conceptual, el pilar comunitario parece reclamar ser cubierto por el método de integración clásico»⁹³. Aunque, de otro lado, es cierto que en este ámbito, como hemos visto, se han dado históricamente supuestos, tanto dentro como fuera de la Comunidad, de previsiones de flexibilidad o de geometría variable.

A) Aspectos sustantivos

Al margen de ser discutible el planteamiento de las cooperaciones reforzadas en el ámbito de este pilar, también resulta criticable que no se haya establecido un catálogo preciso de ámbitos en los que podrá operar, en su caso, la cooperación reforzada⁹⁴. Es cierto, como ya hemos visto,

⁹¹ Vid. F. CHALTIEL: «Le Traité d'Amsterdam...», *op. cit.*, p. 292.

⁹² Como señalan A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 26, «no tiene mucho sentido en el pilar comunitario cuyos fines y medios deberían ser comunes, sin fisuras e indisponibles a voluntad de los Estados miembros».

⁹³ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La reforma institucional y la cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 136.

⁹⁴ Aunque finalmente se eliminó, se planteó en la CIG 2000 si no habría que excluir del ámbito de aplicación de las cooperaciones reforzadas en este pilar determinados ámbitos como la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tienen por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, la modificación de las condiciones de acceso a la moneda única, los fondos estructurales y los fondos de cohesión o la adopción de las normas que afectan a la ciudadanía de la Unión (CONFER 4766/00).

que la técnica de las cooperaciones reforzadas es una técnica de previsión expresa pero abierta, tanto en su contenido como en su desarrollo específico. A este respecto, lo único que se hizo en el Tratado de Amsterdam y conforma el artículo 11.1 del TCE es una delimitación *a sensu contrario*, por la vía de establecer requisitos adicionales específicos para este pilar de carácter negativo. Ahora bien, como hemos dicho, las disposiciones que el Tratado de Niza introduce en el TCE se refieren exclusivamente al procedimiento para activar y para incorporar a un Estado en una cooperación reforzada en la que inicialmente no participara. Es decir, no se establecen condiciones o requisitos particulares para este pilar, ya que las únicas condiciones son las que vienen establecidas en el nuevo artículo 43 del TUE.

De ahí que, en la medida en que se respeten las condiciones generales de este artículo, no hay ámbitos específicamente excluidos de una posible cooperación reforzada. De lo que se sigue que debemos entender que serán posibles cooperaciones reforzadas en el marco del pilar comunitario sobre cualquier ámbito material que no se vea afectado por las condiciones de fondo generales que establece el nuevo artículo 43 del TUE. Todo ello resulta altamente significativo porque no cabe duda de que, en cualquier caso, una cooperación reforzada en este pilar provocará distorsiones en el funcionamiento de la Comunidad que afectarán al resto de los Estados miembros y, como decíamos, resultarán complejas de ajustar jurídicamente⁹⁵.

Finalmente, el nuevo artículo 11.3 del TCE, retomando lo dispuesto en el actual artículo 11.4, establece claramente que «los actos y decisiones necesarios para el desarrollo de las acciones de cooperación reforzada deberán ajustarse a todas las disposiciones pertinentes del Tratado», salvo disposición en contrario de este artículo 11 o de los artículos 43 a 45 del TUE. En otras palabras, como ya hemos indicado anteriormente,

⁹⁵ En este sentido también, resulta, cuanto menos, discutible que si en el actual artículo 11 del TCE una de las condiciones específicas requeridas para una cooperación reforzada establezca que no ha de referirse a la ciudadanía de la Unión ni establecer una discriminación entre nacionales de los Estados miembros, al no preverse dicha condición en el nuevo artículo 43 del TUE, podrá ser posible una cooperación reforzada en este ámbito. Siempre, claro está, que no se entienda que el respeto del acervo comunitario y de las medidas adoptadas en virtud de otras disposiciones de los Tratados (nuevo apartado c del artículo 43 del TUE) constituye una disposición suficientemente limitadora a este respecto (y quizás lo redundante, al menos en este aspecto, es la regulación actual).

queda claro que se trata de cooperaciones reforzadas dentro del marco, en este caso, de la Comunidad Europea y utilizando, por tanto, las instituciones, procedimientos y mecanismos del TCE.

B) Aspectos procedimentales

Por lo que se refiere al procedimiento para activar una cooperación reforzada en virtud del TCE, el nuevo artículo 11 recupera en parte el procedimiento ya previsto en el artículo 11 del TCE, pero introduciendo un cambio sustancial al eliminar la posibilidad de veto por parte de un Estado miembro, es decir, la necesaria unanimidad en última instancia en el seno del Consejo, en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno (actual artículo 11.2 párrafo segundo).

Las nuevas disposiciones estatuyen claramente que la autorización «será concedida por el Consejo, dentro del respeto a los artículos 43 a 45 del Tratado de la Unión Europea, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo» (nueva redacción del artículo 11.2). Interesa detenernos especialmente en algunos elementos de esta nueva regulación. En primer lugar, cabe señalar que se respeta el derecho de iniciativa de la Comisión, por lo que será a ésta a la que se dirigirá la solicitud de los Estados miembros que se propongan establecer entre sí una cooperación reforzada y será la Comisión la que «podrá» presentar al Consejo una propuesta en tal sentido. Está claro, como ya estaba en el actual artículo 11 que la iniciativa es de la Comisión, que deberá valorar si el proyecto de cooperación respeta las cláusulas generales previstas en el TUE. Y aunque los motivos de su negativa deban comunicarse a los Estados interesados en activar la cooperación reforzada, no parece posible considerar que contra ello pueda interponerse una acción judicial. Es cierto que parece que se concede a la Comisión un poder discrecional demasiado abierto⁹⁶ y que, quizás, debió haberse limitado a la compatibilidad de la cooperación reforzada con los tratados⁹⁷, porque la negativa de la Comisión impide, ni tan siquiera por unanimidad del Consejo, que se pueda autorizar una cooperación reforzada. Aunque, en todo caso, también

⁹⁶ Como señala J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «Reflexiones en torno a la cooperación...», *op. cit.*, p. 98.

⁹⁷ Vid. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 28.

resulta claro, como hemos visto, que este control de compatibilidad de la cooperación reforzada con los tratados deberá corresponder al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en virtud de la competencia que le confiere el artículo 46 del TUE y los artículos 220 y siguientes del TCE.

Otro elemento destacable del procedimiento para autorizar una cooperación reforzada en este pilar es que la decisión de autorización se adoptará por mayoría cualificada⁹⁸, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que se trata precisamente de facilitar las cooperaciones reforzadas como último recurso en ámbitos en los que se ha bloqueado el avance en el seno del Consejo. Es precisamente por el hecho de que el avance de algunos no debe ser impedido por los Estados que se oponen a una mayor integración, que no resulta adecuada la exigencia de unanimidad en el procedimiento de autorización⁹⁹. De ahí que en el Tratado de Niza se haya eliminado el derecho de veto o «freno de emergencia» que establece el actual artículo 11.2 párrafo segundo. Este «freno de emergencia», mediante el que se constitucionalizó en el TCE la fórmula «motivos importantes y explícitos de política nacional»¹⁰⁰, funciona de manera similar al previsto, para el segundo pilar, en el artículo 23.2 del TUE, con una única diferencia: mientras que el artículo 23.2 del TUE remite la decisión al Consejo Europeo para que decida por unanimidad, el actual artículo 11.2 del TCE remite la decisión por unanimidad al «Consejo en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno»¹⁰¹.

En este sentido, ha de indicarse que lo que establece el párrafo segundo

⁹⁸ Y ha de entenderse que, como sólo puede ser a propuesta de la Comisión, la mayoría cualificada no requiere el doble requisito de representar la votación favorable de diez miembros como mínimo en la regulación actualmente vigente (artículo 205.2 del TCE).

⁹⁹ En esta línea, la regulación actual constituye una contradicción en sus propios términos, ya que los Estados que se oponen a que se avance en los objetivos pueden también bloquear la autorización para el establecimiento de una cooperación reforzada mediante la remisión al Consejo en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno y la exigencia de unanimidad en su seno.

¹⁰⁰ Aunque para algunos autores, la entrada oficial en el derecho originario de esta formulación comportaba, al menos, la posibilidad de someter su apreciación al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia (V. CONSTANTINESCO: «Les clauses de 'cooperation renforcée'...», *op. cit.*, p. 762).

¹⁰¹ Fórmula que tiene por objeto exclusivamente excluir al Presidente de la Comisión de la reunión del Consejo Europeo y que se introdujo de manera inicial en el Tratado de Maastricht en el artículo 109.2 del TUE en relación a la Unión Económica y Monetaria.

del nuevo artículo 11.2 es que «cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo» y que «una vez suscitado dicho asunto ante este último», el Consejo podrá decidir de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del presente apartado, es decir, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. Respecto a esta nueva disposición cabe indicar, en primer lugar, que no será necesario declarar que se tiene la intención de oponerse a la autorización de una cooperación reforzada por «motivos importantes y explícitos de política nacional» como reza la disposición actualmente vigente. En segundo lugar, ya no se exigirá la decisión unánime del Consejo en su formación de Jefes de Estado y de Gobierno, sino simplemente que se «suscite el asunto» ante el Consejo Europeo y, una vez suscitado, el Consejo podrá adoptar su decisión por mayoría cualificada.

En definitiva, se trata de una nueva y ciertamente imprecisa formulación en la que lo único que queda claro es que, a petición de uno cualquiera de los Estados miembros, el asunto deberá «suscitarse» ante el Consejo Europeo, cuando en la regulación actualmente vigente es necesario que, por mayoría cualificada, se pueda pedir la remisión del asunto al Consejo, en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno, para que decida al respecto por unanimidad. Lo que nos lleva a afirmar, de un lado, que podrá resultar más fácil poder suscitar el asunto ante el Consejo Europeo ya que ni deberá declararse un motivo importante y explícito de política nacional ni deberá conseguirse la mayoría cualificada para remitir el asunto. Aunque no queda claro el *iter* temporal desde que un Estado solicite que el asunto se remita al Consejo Europeo hasta que este asunto sea suscitado ante este último.

De otro lado, además de señalar que ahora sí estará presente el Presidente de la Comisión, basta con que el asunto se suscite ante el Consejo Europeo, no resultando necesario que se delibere y adopte ninguna decisión o posición. El texto del nuevo artículo es claro al establecer simplemente que, una vez suscitado el asunto, el Consejo de la Unión Europea podrá decidir en relación con la autorización para activar una cooperación reforzada. En otras palabras, lo que hasta ahora es un derecho individual de veto en última instancia, se convertirá, con la entrada en vigor del Tratado de Niza, en un mecanismo que permitirá una especie de prórroga temporal antes de adoptar la decisión sobre la autorización de una cooperación reforzada.

En otro orden de consideraciones, la posición del Parlamento Europeo, postergado, en general, por lo que se refiere a las cooperaciones reforzadas, se ha visto, cuanto menos, revalorizada por el hecho de que, más allá de la consulta previa a la decisión sobre la autorización para cooperación reforzada¹⁰², la nueva regulación adoptada en el Tratado de Niza establece que se requerirá el «dictamen conforme» del Parlamento Europeo cuando la cooperación reforzada se refiera a un ámbito que «se rija por el procedimiento previsto en el artículo 251 del presente Tratado». Esta nueva disposición conlleva un cierto solapamiento de procedimientos legislativos¹⁰³ en la medida en que, si el ámbito material requiere el procedimiento de «codecisión», la autorización de una cooperación reforzada en este ámbito requerirá el procedimiento de «dictamen conforme». Y aunque en este procedimiento el Parlamento sólo puede pronunciarse favorable o desfavorablemente, lo cierto es que, por esta remisión, se refuerza el papel del Parlamento Europeo y, aunque sea de manera indirecta, se está señalando que cabe cooperación reforzada en aquellos ámbitos materiales que se rijan por el procedimiento de codecisión¹⁰⁴.

Por último, el procedimiento para permitir la participación de un Estado miembro en una cooperación reforzada ya establecida (nuevo artículo 11 A del TCE) es, sustancialmente, el mismo que prevé el actual artículo 11.3: deja la decisión en manos de la Comisión¹⁰⁵ que, en un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de recepción de la notificación de la intención de dicho Estado, se pronunciará al respecto, así como sobre las posibles disposiciones particulares que pueda considerar necesarias. El procedimiento en cuestión, que se inicia con la notificación del Estado interesado al Consejo y a la Comisión, no deja de ser algo paradójico en la medida en que, después de esta notificación, la Comisión tendrá un plazo de tres meses para transmitir su dictamen al Consejo¹⁰⁶. Dictamen que,

¹⁰² Aspecto previsto en el actual artículo 11 así como en el nuevo artículo 11 del TCE.

¹⁰³ De manera parecida al artículo 300 del TCE que, en relación con los acuerdos internacionales, exige el dictamen conforme del Parlamento Europeo para «los acuerdos que impliquen una modificación de un acto aprobado con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251».

¹⁰⁴ Que después del Tratado de Amsterdam se ha configurado como el procedimiento legislativo «común».

¹⁰⁵ Y aquí sin ninguna participación del Parlamento Europeo.

¹⁰⁶ Durante las negociaciones de la CIG 2000 se había barajado introducir un texto (vid. CONFER 4803/00) que permitiera a los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada comunicar al Consejo y a la Comisión sus posibles observaciones, pero esta propuesta fue suprimida en la última etapa negociadora.

de un lado, se ignora para que servirá o que hará el Consejo con él, ya que la decisión autorizando la participación es de la Comisión; y, de otro lado, si lo lógico es que, en su dictamen, la Comisión se pronuncie ya respecto de la intención de un Estado de participar en una cooperación reforzada, no tiene mucho sentido una decisión ulterior de la misma institución¹⁰⁷. Además, en definitiva, y pese a que el papel de la Comisión resulte siempre una garantía, no debe olvidarse que la decisión sobre la autorización para establecer una cooperación reforzada es del Consejo, aunque sea a propuesta de la Comisión y, de hecho, en los otros dos pilares la autorización para la participación de otro Estado miembro —pese a que se presupone, como veremos— corresponde sólo a los miembros del Consejo concernidos, es decir, a los participantes en la cooperación.

2. LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

Como hemos señalado, una de las grandes innovaciones del Tratado de Niza es la extensión de la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas al ámbito del segundo pilar que, en el Tratado de Amsterdam, había quedado excluido de ellas. Respecto a la regulación que establece el Tratado de Niza, cabe señalar algunos elementos significativos, tanto en la vertiente sustantiva como en la vertiente procedimental.

A) Aspectos sustantivos

En primer lugar, debe señalarse que las cooperaciones reforzadas en virtud del Título V del TUE se referirán a la «aplicación de una acción común o de una posición común» (artículo 27 B)¹⁰⁸. Es decir, que no se

¹⁰⁷ La explicación de esta paradoja (que se mantiene en la regulación del Tratado de Niza) estriba en que en el proyecto de Tratado de Amsterdam, la institución que debía decidir, en el plazo de cuatro meses sobre la solicitud de participación en una cooperación reforzada ya en marcha era el Consejo. Sólo a última hora, en Amsterdam, se decidió conferir este poder a la Comisión (vid. A. BOIXAREU CARRERA: J. M. CARPI BADIA: *El Tratado de Amsterdam...*, op. cit., p. 295).

¹⁰⁸ Y resulta cuanto menos curioso señalar que en la primera versión del Tratado de Niza (Documento SN 533/1/00 REV 1 de 22 de diciembre de 2000), se utilizaba el adverbio «únicamente» en la que entonces era cláusula J, pero que en la versión definitiva del Tratado (nuevo artículo 27 B) desapareció la palabra.

concibe la utilización de este instrumento para establecer, entre algunos Estados miembros, un estadio más elevado de integración, ya que la adopción de cualquier acción común o posición común en el ámbito PESC queda excluida de la cooperación reforzada. Sólo se prevé en relación con la aplicación, porque, para mantener la credibilidad, coherencia y unidad de la política exterior y de seguridad común, no resultaría adecuado recurrir a la cooperación reforzada en la definición de políticas. Se limita, por tanto, a la posibilidad de que algunos Estados miembros refuerzen su nivel de integración en el plano de la ejecución de medidas adoptadas según los mecanismos de cooperación intergubernamental que establece dicho Título V del TUE.

Además, quedan expresamente excluidas del ámbito de las cooperaciones reforzadas las cuestiones que tengan repercusiones militares o repercusiones en el ámbito de la defensa (nuevo artículo 27 B), lo que es particularmente destacable dado el especial interés que podría tener la fórmula de las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la seguridad y la defensa¹⁰⁹. En realidad, como hemos dicho, hasta poco antes del Consejo Europeo de Niza, se mantenía un borrador de nueva disposición sobre cooperaciones reforzadas en el ámbito de la seguridad y la defensa¹¹⁰. Lo que no excluye que otras disposiciones del TUE, en su vigente redacción, ya amparen una cierta flexibilidad respecto a cuestiones de seguridad y defensa¹¹¹.

Por otro lado, ha de subrayarse que, en este ámbito y exclusivamente en este ámbito, las disposiciones del Tratado de Niza si que incorporan requisitos o condiciones adicionales y específicas para activar una cooperación reforzada¹¹². Así, el nuevo artículo 27 A.1 establece que dichas

¹⁰⁹ Las propuestas españolas sobre las cooperaciones reforzadas en el ámbito del segundo pilar señalaban, precisamente, que la esfera donde la aplicación de este mecanismo se revelaría más ventajosa sería la de la seguridad y defensa y, en particular, para la puesta en marcha de las denominadas misiones Petersberg (CONFER 4760/00, p. 4).

¹¹⁰ Que establecía que las cooperaciones reforzadas en virtud de este Título V podrían también referirse a «iniciativas en el ámbito de la seguridad y la defensa que contribuyan a adquirir capacidad de gestión de crisis» [vid. el texto revisado sobre cooperaciones reforzadas remitido por la Presidencia el 17 de noviembre de 2000 (CONFER 4803/00)].

¹¹¹ Concretamente los artículos 17.1 párrafo 3 y artículo 17.4 del TUE.

¹¹² Al margen del hecho de que en la CIG se discutió la posibilidad de que, debido a la naturaleza específica de la política exterior, que no afecta directamente

cooperaciones reforzadas deberán respetar «los principios, los objetivos, las orientaciones generales y la coherencia de la política exterior y de seguridad común, así como las decisiones adoptadas en el marco de esta política; las competencias de la Comunidad Europea; y la coherencia entre el conjunto de políticas de la Unión y su acción exterior». Estas condiciones adicionales se añaden a las disposiciones del artículo 43 del TUE, que establece las condiciones o requisitos generales. Pese a su especificidad, se trata de condiciones lógicas, subsumibles en gran medida dentro de las condiciones generales del artículo 43 y, por lo que se refiere a la segunda de ellas (el respeto de las competencias de la Comunidad Europea), se trata de una condición general expresamente prevista en el apartado d) del nuevo artículo 43 del TUE. Resulta perceptible que su incorporación en el nuevo artículo 27 A responde más bien a consideraciones de carácter político.

En otro orden de ideas, el carácter de estas cooperaciones reforzadas dentro del marco de la Unión queda plenamente de manifiesto con lo dispuesto en el nuevo artículo 27 A.2 respecto de la aplicación de todas las disposiciones del Título V del TUE a las cooperaciones reforzadas previstas en este artículo 27 A, «salvo disposición en contrario del artículo 27 C y de los artículos 43 a 45». Esta última referencia refuerza, de un lado, el carácter de norma básica general de las disposiciones del Título VII del TUE sobre las cooperaciones reforzadas (artículos 43 a 45); y, por otro lado, hace prevalecer el procedimiento de autorización de una cooperación reforzada del artículo 27 C en relación con cualquier otra disposición del Título V del TUE.

Pese a este marco institucional único, ha de convenirse que una posición francamente residual es la que se reserva al Secretario General del Consejo, Alto Representante de la política exterior y de seguridad común¹¹³, a quien, sin perjuicio de las competencias de la Presidencia y la Comi-

al marco legislativo interno de la Unión, pudiera reducirse el umbral mínimo de participación a un número inferior a un tercio de los Estados miembros (vid. *supra*, y los documentos CONFER 4766/00 y CONFER 4783/00, éste último con la posición de Alemania e Italia).

¹¹³ Si tenemos en cuenta que algunos países, por ejemplo Bélgica, eran partidarios de que desempeñase un papel decisivo en todo recurso a la cooperación reforzada (CONFER 4765/00). De hecho, el Secretario General Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común pasó de estar «plenamente asociado a todas las cooperaciones reforzadas que se establecieran» (CONFER 4786/00) a este papel de velar meramente por garantizar la plena información.

sión, le corresponderá la función de «velar en particular» por que el Parlamento Europeo y todos los miembros del Consejo estén plenamente informados de la realización de las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común (nuevo artículo 27 D).

De otra parte, y al margen del mecanismo de las cooperaciones reforzadas, ya desde el Tratado de Maastricht se prevén en este pilar otras vías de flexibilidad o, más exactamente, para una «cooperación más estrecha»¹¹⁴. En el Tratado de Amsterdam se mantuvo esta disposición sustituyendo, entendemos que a efectos de homogeneizar denominaciones, la expresión «cooperación más estrecha» por la de «cooperación reforzada»¹¹⁵. Pese a la igualdad en su denominación, esta vía de flexibilidad no constituye, en modo alguno, una cooperación reforzada tal como la definen los artículos 43 a 45 del TUE, aunque sea un mecanismo específico de cooperación con implicaciones o posibilidades operativas tanto dentro como fuera de la Unión¹¹⁶. Se trata, ciertamente, de una variante de flexibilidad que seguirá existiendo paralelamente a las cooperaciones reforzadas¹¹⁷ y que, además, se refiere a un ámbito material (la seguridad y la defensa) precisamente excluido en la nueva regulación que incorpora el Tratado de Niza de las cooperaciones reforzadas en el ámbito de este pilar¹¹⁸.

Por último, otro mecanismo de flexibilización de obligaciones en el ámbito de la política exterior y de seguridad común es el que viene actualmente recogido en el artículo 23.1 y que se ha denominado de «abstención constructiva». De conformidad con este artículo, aunque las abstenciones no impidan la adopción de decisiones que requieran unanimidad, si un miembro del Consejo se abstiene y acompaña su abstención de una

¹¹⁴ El artículo J.4 apartado 5 del TUE en su redacción adoptada en Maastricht ya se refería a que las disposiciones del nuevo título sobre la PESC no serían óbice «al desarrollo de una cooperación más estrecha» entre dos o varios Estados miembros a nivel bilateral, en el marco de la UEO y de la Alianza Atlántica.

¹¹⁵ Actual artículo 17.4 del TUE.

¹¹⁶ Como señalaba J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La reforma institucional y la cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 136.

¹¹⁷ Y tal como reza el artículo 17.4 (también en la nueva redacción adoptada en Niza) «siempre que esta cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente título». Por otro lado resulta también, cuanto menos, anecdótico que en el Tratado de Niza se modifique este apartado 4 del artículo 17 sólo a efectos de precisar la institución jurídica, sustituyendo la referencia a la «Alianza Atlántica» por la referencia a la «OTAN».

¹¹⁸ Como hemos dicho, así lo establece finalmente el nuevo artículo 27 B del TUE.

declaración formal «no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión» y, además, en aras de la solidaridad mutua, «se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión».

B) Aspectos procedimentales

Las nuevas disposiciones del Tratado de Niza establecen el procedimiento específico para autorizar una cooperación reforzada en este ámbito y para permitir la participación de un Estado miembro en una cooperación ya establecida. El nuevo artículo 27 C establece que para activar una cooperación reforzada en este pilar, los Estados miembros interesados deberán dirigir una solicitud al Consejo, que será transmitida a la Comisión y, a título informativo, al Parlamento Europeo. El papel del Parlamento Europeo es, pues, absolutamente residual y sólo tendrá conocimiento de la solicitud de los Estados miembros que se propongan establecer una cooperación reforzada. El papel de la Comisión es, también, en este ámbito, particularmente limitado ya que su dictamen, que versará «en particular sobre la coherencia de la cooperación reforzada que se pretenda establecer con las políticas de la Unión», no tiene ninguna utilidad o destino claro. Ello es así porque la autorización la concede el Consejo y ha sido a esta institución a la que se ha dirigido la solicitud. No hay, por tanto, como de otra parte es lógico en el marco de la cooperación intergubernamental en materias de política exterior y de seguridad común, ninguna capacidad de iniciativa o de propuesta por parte de la Comisión.

La autorización del Consejo, respetando las disposiciones de los artículos 43 a 45 del TUE, será concedida pronunciándose de conformidad con los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo 23. En estos párrafos se establece, de un lado, que la decisión se adoptará por mayoría cualificada; y, de otro lado, que podrá activarse el «freno de emergencia». Por lo que se refiere al primer aspecto, el núcleo del problema estriba en valorar si tiene sentido activar una cooperación reforzada en un ámbito que ya se rige por la mayoría cualificada¹¹⁹ y no sería mejor esperar de los Estados miembros que negocien y fuerzen la posibilidad de

¹¹⁹ Téngase en cuenta que, según el artículo 23.2, párrafo 1, también se adopta por mayoría cualificada cualquier decisión por la que se «aplique» una acción común o una posición común.

conseguir la requerida mayoría cualificada sin tener que intentar activar una cooperación reforzada.

Pero este plantamiento está relacionado con el segundo aspecto, en la medida en que, en cualquier caso, puede operar el «freno de emergencia» y remitirse la cuestión al Consejo Europeo para que decida por unanimidad. Efectivamente, como ya hemos indicado¹²⁰, si un miembro del Consejo declara que «por motivos importantes y explícitos de política nacional» va a oponerse a la adopción de una decisión, no se adoptará la decisión y «el Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida al respecto por unanimidad». En definitiva, se mantiene, por tanto, un «veto» en última instancia para la autorización de cooperaciones reforzadas en el ámbito del segundo pilar. Finalmente, para la fijación de la mayoría cualificada, el artículo 23.2 párrafo 3 del TUE remite a la ponderación de votos que establece el artículo 205.2 del TCE, requiriéndose para la adopción de la decisión, al menos sesenta y dos votos, que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo¹²¹.

Por lo que se refiere al procedimiento para permitir la participación de los demás Estados miembros en una cooperación reforzada ya establecida, el nuevo artículo 27 E establece un, cuanto menos, peculiar procedimiento en el que el Estado miembro que lo desee, «notificará su intención al Consejo e informará a la Comisión». La primera paradoja estriba en que, pese a que sólo habrá sido informada por el Estado interesado, la Comisión transmitirá al Consejo un dictamen en un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación. Dictamen que, de otra parte, no tiene tampoco ninguna trascendencia sobre la decisión del Consejo¹²². Porque es el Consejo quien, en un plazo de cuatro meses a contar desde la recepción de la notificación¹²³, «se pronunciará sobre la solici-

¹²⁰ *Supra*, aunque conviene recordar que en el ámbito del primer y del tercer pilar en el Tratado de Niza desaparece este derecho de veto en última instancia.

¹²¹ No es objeto de este estudio, pero debe tenerse en cuenta que el Tratado de Niza articula una nueva ponderación de los votos y del procedimiento de adopción de decisiones cuya entrada en vigor se difiere a 1 de enero de 2005 (vid. los inmediatos comentarios de P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: «La reforma institucional en el Tratado de Niza», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n.º 211, enero/febrero 2001, en especial pp. 14-18).

¹²² De manera similar a lo que hemos dicho en relación con la autorización para establecer una cooperación reforzada (nuevo artículo 27 C del TUE).

¹²³ De manera parecida a como se establece para el primer pilar en el actual artículo 11.3 del TCE y futuro nuevo artículo 11 A (aunque, como vimos, en ese ámbito la decisión corresponde a la Comisión).

tud, así como sobre las posibles disposiciones particulares que pueda considerar necesarias».

La segunda paradoja reside en el hecho de que «la decisión se considerará aprobada salvo que el Consejo, por mayoría cualificada y en ese mismo plazo, decida dejarla en suspenso». Lo que da a entender que no se requiere un voto positivo del Consejo y que se presume la autorización, presunción que resulta favorable a la incorporación de Estados miembros¹²⁴; pero, de hecho, conectando esta frase con la frase anterior se revela necesario un «pronunciamiento» del Consejo que, además, podrá precisar las posibles disposiciones particulares que pueda considerar necesarias. Y, es más, en un análisis sistemático con lo que establece este mismo artículo en su segundo párrafo («A efectos del presente artículo, el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada»), cabría entender que el pronunciamiento del Consejo requiere de esta mayoría cualificada¹²⁵.

Pero si el pronunciamiento en sentido favorable del Consejo requiriese de esta mayoría cualificada, es de colegir que una minoría suficiente podría bloquear la decisión; *ergo*, los participantes en una cooperación reforzada (o un número suficiente de ellos) podrían impedir la participación en ella de otros Estados miembros. Y, evidentemente, este resultado no se corresponde ni con la lógica ni con los principios generales de las cooperaciones reforzadas establecidos en los artículos 43 a 45 del TUE. De lo que hemos de concluir afirmando que, paradójicamente, en este supuesto, un pronunciamiento del Consejo favorable a la participación de un Estado miembro en una cooperación ya activada no requiere votación ni decisión expresa. Con lo que, de un lado, formalmente no está claro ante que tipo de acto nos hallaríamos¹²⁶; y, por otro lado, no se entiende

¹²⁴ Vid., aunque sea en relación con la regulación actual en el marco del tercer pilar, las observaciones al respecto de J. A. USHER: «Flexibility and Enhanced...», *op. cit.*, pp. 267 y de H. KORTENBERG: «Closer cooperation in the Treaty...», *op. cit.*, p. 851.

¹²⁵ En el proyecto de texto en negociación de 17 de noviembre de 2000 se obviaba en parte esta paradoja pues se dejaba claro que, a efectos de este artículo, el Consejo se pronunciaría en las condiciones previstas en el que, finalmente sería artículo 44.1 al que ya nos hemos referido (CONFER 4803/00); y así se estableció, como veremos, respecto a la autorización para permitir la participación de otro Estado miembro en una cooperación reforzada ya activada en el marco del tercer pilar (nuevo artículo 40 B del TUE).

¹²⁶ Si es que nos hallamos ante alguno y con la dificultad añadida de que no se sabe cómo se podrán fijar «las posibles disposiciones particulares» que puedan considerarse necesarias.

el porqué de la frase inicial del segundo párrafo de este artículo 27 E que establece que, a los efectos de este artículo, el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada. Y, por supuesto, todo ello en el entendimiento de que se trata de favorecer la participación de otros Estados miembros en una dinámica que se admite que sea de varias velocidades pero que, de entrada, no debería resultar de geometría variable o núcleo duro.

Además, como decimos, el Consejo, por mayoría cualificada, puede dejar en suspenso su decisión sobre la solicitud, y ello es importante porque no se prevé que los Estados ya participantes puedan bloquear indefinidamente una solicitud de participación. En caso de que se decidiera dejar en suspenso tal decisión, el Consejo deberá indicar los motivos de su decisión y fijará un plazo para volverla a estudiar. Es decir, el bloqueo que, en su caso, necesitará mayoría cualificada, será sólo temporal y deberá ser de nuevo revisado en el plazo que se estipule.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 27 E remite la determinación de la mayoría cualificada a la misma proporción de votos ponderados y la misma proporción del número de miembros del Consejo «concernidos» que las establecidas en el artículo 23.2 que, como ya hemos dicho, se remite al 205.2 del TCE, entendiéndose que, para la adopción de decisiones se requerirán, al menos, sesenta y dos votos, que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo. Por tanto, para acabar de completar el panorama ha de entenderse de manera meridianamente clara que la decisión sobre la incorporación de un Estado miembro en una cooperación reforzada ya establecida sólo corresponde, con el juego del paradójico mecanismo que hemos descrito, a los Estados miembros «concernidos» por la cooperación.

3. LAS COOPERACIONES REFORZADAS EN EL ÁMBITO DE LOS ASUNTOS DE COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Este tercer pilar de la Unión tiene, a partir del Tratado de Amsterdam, un cierto carácter residual porque, como es sabido, mediante este Tratado se procedió a la comunitarización de determinados aspectos que se convirtieron en el nuevo Título IV del TCE sobre «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Ceñido, por tanto, desde el Tratado de Amsterdam a la cooperación policial y judicial en materia penal, el Título VI del TUE contiene disposi-

ciones específicas en relación con las cooperaciones reforzadas que han sido parcialmente modificadas, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, por el Tratado de Niza. En realidad, ha de convenirse en que, precisamente, las materias objeto de este pilar, se prestan especialmente a mecanismos de flexibilidad como las cooperaciones reforzadas ¹²⁷.

A) Aspectos sustantivos

A diferencia de la vigente regulación del artículo 40 del TUE, en el Tratado de Niza no se establecen condiciones adicionales o específicas para el establecimiento de una cooperación reforzada en este ámbito, con lo que, a estos efectos, son plenamente de aplicación las nuevas disposiciones de los artículos 43 y siguientes del TUE, en particular por lo que se refiere a las condiciones para activar una cooperación reforzada. Sí que se establece, sin embargo, en el nuevo redactado, que el objetivo de la cooperación reforzada en este ámbito deberá ser, como vimos, el de «permitir que la Unión llegue a ser lo más rápidamente posible un espacio de libertad, seguridad y justicia, respetando las competencias de la Comunidad y los objetivos fijados por el presente título». Lo que sucede es que, de hecho y con una redacción muy similar, la nueva disposición recupera, aunque sin formularlo como condiciones específicas, las dos condiciones adicionales que exige el actual artículo 40 del TUE para las cooperaciones reforzadas en este ámbito. En todo caso, como ya hemos indicado, se produce una cierta reiteración.

Además, al igual que sucede tanto en el primer como en el segundo pilar, el nuevo artículo 40.2 establece que las disposiciones completas del Título VI del TUE (artículos 29 a 39 y artículos 40 A, 40 B y 41) serán de aplicación a las cooperaciones reforzadas salvo disposición en contrario del artículo 40 A o de los artículos 43 a 45. Lo que significa fundamentalmente dos cosas: de un lado, que, como ya hemos indicado, las instituciones, los procedimientos y los mecanismos establecidos en los Tratados serán usados para el desarrollo de las cooperaciones reforzadas; y, por otro lado, que las disposiciones generales de los artículos 43 a 45 del TUE (así como el artículo 40 que establece el principio de la coope-

¹²⁷ Vid. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 386.

ración reforzada en este pilar) priman como *lex specialis* sobre cualquier otra disposición del Título VI del TUE.

Por último, como también ya hemos señalado, el nuevo artículo 40.3 reconoce la competencia del Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones que regulan las cooperaciones reforzadas en el ámbito de cooperación policial y judicial en materia penal¹²⁸.

B) Aspectos procedimentales

En relación con el procedimiento para el establecimiento de una cooperación reforzada, hemos de señalar significativas diferencias en relación con el de los otros pilares, justificadas por las peculiaridades de este pilar. Diferencias que en el Tratado de Amsterdam se marcaban en relación con el procedimiento en el marco del pilar comunitario y que, en el Tratado de Niza se marcan también en relación con el procedimiento en el segundo pilar. En cualquier caso, ha de subrayarse una cierta mejora técnica en la regulación establecida en el Tratado de Niza.

En efecto, el nuevo artículo 40 A establece que los Estados miembros que se propongan establecer entre sí una cooperación reforzada dirigirán una solicitud a la Comisión y que ésta, en vez de ser invitada a presentar su dictamen, «podrá» presentar al Consejo una propuesta respecto a la solicitud. Con esta nueva redacción se clarifica, de un lado, que la solicitud debe dirigirse a la Comisión, cuando el actual artículo 40.2 parece dar a entender que la solicitud debe dirigirse al Consejo; de otro lado, se consagra el derecho de iniciativa de la Comisión que es quien «podrá» formular una propuesta al Consejo. Pero este derecho de iniciativa no es exclusivo, a diferencia de lo que señalábamos en relación con el procedimiento en el marco del pilar comunitario. Y no es exclusivo porque si la Comisión no presenta ninguna propuesta deberá comunicar los motivos a los Estados miembros interesados y éstos podrán presentar al Consejo una iniciativa destinada a que se autorice la cooperación reforzada de que se trate. En otras palabras, se puede obviar el derecho de iniciativa de la Comisión ya que la propuesta que se dirija al Consejo podrá tener dos orígenes: o bien será a iniciativa de la Comisión o bien a iniciativa de los Estados miembros que se proponen establecer la cooperación reforzada. En la regulación actualmente vigente no se prevé este posible doble ori-

¹²⁸ Vid. *supra*, apartado III.4.

gen en la medida en que el papel de la Comisión es más residual. En el Tratado de Niza se refuerza, por tanto, el papel de la Comisión y su derecho de iniciativa pero se garantiza, al mismo tiempo, que los Estados interesados puedan presentar su iniciativa ante el Consejo si la Comisión no presenta propuesta alguna.

La decisión de autorización la concederá el Consejo por mayoría cualificada y previa consulta al Parlamento Europeo quien, de otro lado, también incrementa su posición ya que en la regulación del actual artículo 40.2 sólo se le remite la solicitud. La determinación de la ponderación para la obtención de la mayoría cualificada, al igual que en el pilar comunitario, se remite al artículo 205.2 del TCE.

Otra novedad destacable que introduce el Tratado de Niza es la eliminación del derecho de veto en última instancia, es decir, del denominado «freno de emergencia». En efecto, el párrafo segundo del nuevo artículo 40 A.2 del TUE establece el mismo procedimiento que antes hemos indicado que se establece en el nuevo artículo 11.2 del TCE en relación con el pilar comunitario. Es un procedimiento en el que, como vimos, cualquier Estado miembro podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo y, una vez «suscitado» ante éste, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada¹²⁹.

Por lo que se refiere al procedimiento para permitir la participación de otros Estados en una cooperación reforzada ya activada, el nuevo artículo 40 B retoma sustancialmente lo dispuesto en el actual artículo 40.3 del TUE. Una vez notificada la solicitud al Consejo y a la Comisión, ésta transmitirá al Consejo, en un plazo de tres meses, su dictamen, acompañado, en su caso, de una recomendación relativa a las disposiciones particulares que pueda considerar necesarias. Dictamen cuya utilidad queda, de nuevo, completamente en manos del Consejo ya que es este quien, en un plazo de cuatro meses, se pronunciará sobre la solicitud.

Al igual que establece el nuevo artículo 27 E, la decisión del Consejo «se considerará aprobada salvo que el Consejo, por mayoría cualificada y en ese mismo plazo, decida dejarla en suspenso», en cuyo caso el Consejo indicará los motivos de su decisión y fijará un plazo para volver a estudiar la cuestión. Tratándose de este mismo peculiar mecanismo, son, por tanto, válidas las consideraciones que hemos formulado *supra* en relación con la presunción favorable a la participación de un Estado miembro que

¹²⁹ Vid. *supra*, apartado IV.1.B, las reflexiones sobre este mecanismo.

desea incorporarse a una cooperación reforzada ya activada. Pero con la diferencia de que el segundo párrafo de este nuevo artículo 40 B es mucho más claro que el segundo párrafo del artículo 27 E y, cuanto menos, elimina paradojas. Así, se establece que a los efectos de este artículo 40 B, el Consejo «se pronunciará en las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 44». Es decir, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de los Tratados, pero tomando parte en la adopción de decisiones sólo los Estados participantes en la cooperación reforzada. Definiéndose la mayoría cualificada con la misma proporción de los votos ponderados y la misma proporción del número de los miembros del Consejo «concernidos» que la establecida en el artículo 205.2 del TCE.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto en este estudio, cabe formular dos órdenes de consideraciones conclusivas: de un lado, sobre las modificaciones que introduce el Tratado de Niza en la regulación relativa a las cooperaciones reforzadas; y, de otro lado, sobre la propia existencia y virtualidad del mecanismo de las cooperaciones reforzadas.

Por lo que se refiere al primer aspecto, cabe afirmar que en el Tratado de Niza se opera una cierta flexibilidad de las condiciones para activar una cooperación reforzada, especialmente en cuanto a la eliminación del veto tanto en el primer como en el tercer pilar, y en cuanto al establecimiento de un umbral mínimo de ocho Estados que, por mor de las futuras ampliaciones, dejará de representar a una mayoría de los Estados miembros. En relación al segundo pilar, las modificaciones que se introducen mediante el Tratado de Niza sólo son significativas en la medida en que se podrán autorizar cooperaciones reforzada en este pilar, pero se mantiene el veto en su procedimiento de autorización y, finalmente, se excluyeron de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la seguridad y defensa.

Es cierto también que se operan algunas mejoras técnicas que hacen más completa la regulación horizontal o que estatuyen claramente la no pertenencia al acervo comunitario del derecho particular de una cooperación reforzada. Pero se siguen manteniendo algunos aspectos, formal e institucionalmente criticables, como el establecimiento de procedimientos de activación distintos para cada pilar, la imprecisa utilidad jurídica de los

dictámenes de la Comisión en algunos de estos procedimientos o la no participación del Parlamento Europeo en el momento de autorizar la incorporación de un Estado a una cooperación ya activada, lo que resulta especialmente criticable en el pilar comunitario. Estas distorsiones y, por qué no, la vuelta —¡de nuevo!— a la confusión con la numeración de artículos con números y letras, deslucen la reforma de un mecanismo que, por otro lado, desde que se institucionalizara en el Tratado de Amsterdam, todavía no ha tenido ningún supuesto de aplicación práctica.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, esta falta de aplicación práctica cabe situarla en la propia naturaleza del mecanismo de las cooperaciones reforzadas. Ni constituye la solución mágica a todos los problemas del proceso de integración comunitaria ni resuelve la dicotomía entre profundización y ampliación. Sólo los desarrollos que pueda tener la futura práctica institucional permitirán definir con claridad la función de las cooperaciones reforzadas, determinar en qué ámbitos resultarán más operativas y, en definitiva, verificar su verdadera potencialidad. En otras palabras, las modificaciones que operará el Tratado de Niza, ni desvelan las incertidumbres ni disipan los recelos existentes entre los Estados miembros.

En este sentido, las inquietudes sobre los riesgos inherentes a su activación y la posible fragmentación del espacio jurídico comunitario siguen dominando de tal manera el escenario jurídico-político que se convierte en una auténtica incógnita el desarrollo futuro que puedan tener las cooperaciones reforzadas. Habrá que ver si podrán satisfacer, equilibradamente y sin poner en riesgo el proceso de integración, los intereses, cada vez más heterogéneos, de los Estados miembros y de los candidatos a la adhesión. Y si al final, respondiendo a las conveniencias y necesidades políticas del momento, hubiera que interpretar flexiblemente la propia flexibilidad, quizás no hubieran sido necesarias tantas alforjas. En definitiva, se puede afirmar que siguen persistiendo, también después del Tratado de Niza, serias dudas sobre el futuro de las cooperaciones reforzadas.

