

DEL ACERVO COMUNITARIO Y OTRAS PIZZAS: CONTRIBUCIÓN DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA A LA TRANSFORMACIÓN DEL ACERVO

Por M.^a AMPARO ALCOCEBA GALLEGO *

SUMARIO:

I. EL ACERVO COMUNITARIO: A) EL CONCEPTO TRADICIONAL DE ACERVO COMUNITARIO. B) ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL: 1. LA EXISTENCIA DE UN ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL: a) CONTRIBUCIÓN DEL TJCE A LA FORMACIÓN DE UN ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL. b) CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO ORIGINARIO A LA FORMACIÓN DE UN ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL. 2. LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL: A) LA COMUNIDAD EUROPEA COMO COMUNIDAD DE INTEGRACIÓN: a") ELEMENTOS FORMALES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN COMUNITARIO: a") *Transferencia de competencias*. b") *Estructura interna*. c") *Comunidad de Derecho*. b') *ELEMENTOS MATERIALES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN COMUNITARIO: a") Estado de Derecho*. b") *Democracia y Derechos humanos*. B) EL CARÁCTER EVOLUTIVO PERO DE TRANSICIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—II. ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA: A) EL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA. B) RELACIONES ENTRE ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA. C) RELACIONES ENTRE ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL Y UNIÓN EUROPEA.—III. ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA: A) ¿INTEGRACIÓN DIFERENCIADA O COOPERACIÓN REFORZADA? B) CARACTERÍSTICAS DEL ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA. C) RELACIÓN ENTRE ACERVO DE LA

* Doctora-Ayudante, Área de Derecho Internacional Público, Universidad Carlos III de Madrid.

INTEGRACIÓN DIFERENCIADA Y ACERVO COMUNITARIO.—IV. ADHESIÓN AL ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA: A) ESTADOS MIEMBROS AJENOS AL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA. B) ESTADOS NO MIEMBROS QUE QUIEREN ADHERIRSE A LA COMUNIDAD.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

Agua, harina, sal, una pizca de levadura, *mozzarella* y tomate. Estos son los ingredientes básicos e imprescindibles de cualquier *pizza* italiana. Sin alguno de ellos no existe la *vera pizza italiana*. Conforman la denominada *pizza margherita*. Cualesquiera otros ingredientes que se deseen suponen un extra que se añade a dicha base. Según los ingredientes que cada comensal vaya añadiendo en función de su gusto surge una u otra *pizza*, con tantas combinaciones como posibilidades ofrezca la riqueza de las materias primas existentes en la *pizzeria* elegida para la degustación.

Esta pequeña introducción gastronómica sirve para ilustrar perfectamente la relación que los terceros Estados que quieren adherirse a la Comunidad tienen, de una parte, con el acervo comunitario en sentido estricto y, de otra, con el acervo que surge de la integración diferenciada practicada en el interior de la Comunidad; igualmente ilustra la relación de los Estados miembros con el acervo de la integración diferenciada. Como veremos, desde la introducción de la integración diferenciada en la Comunidad, el acervo comunitario se ha convertido en el *mínimo común denominador* que los terceros Estados deben aceptar para adherirse a la Comunidad; una especie de *pizza margherita*. Sobre él, los nuevos Estados pueden elegir, además, participar o no en ámbitos concretos en los que se practica una mayor integración por sólo algunos Estados miembros; nace así un elenco variado de derechos y obligaciones para los nuevos Estados miembros en función de su elección; una especie de *pizza* formada por una base *margherita* con ingredientes añadidos. Del mismo modo, los que ya son Estados miembros pueden elegir en un determinado momento participar o no en una mayor integración en un ámbito concreto en la Comunidad, componiendo a la carta su particular *pizza* de derechos y obligaciones dentro de la Comunidad.

I. EL ACERVO COMUNITARIO

A) EL CONCEPTO TRADICIONAL DE ACERVO COMUNITARIO

Aunque hasta 1992 ningún texto de Derecho originario la consagra, la expresión *acervo comunitario* no sólo no resultaba extraña al ámbito comunitario desde mucho tiempo antes, sino que resultaba tremendamente familiar.

Tradicionalmente la expresión se ha vinculado con el conjunto de derechos y obligaciones de todos y cada uno de los Estados miembros de la Comunidad, que necesariamente debe aceptar cualquier Estado que desee adherirse a ella. Esta aceptación conlleva, en definitiva, la imposibilidad de condicionar o renegociar el marco jurídico comunitario previamente establecido, compuesto por Derecho comunitario originario, derivado, actos de las instituciones, jurisprudencia del TJCE y acuerdos internacionales en los que la Comunidad es parte en el momento de la adhesión¹. El acervo comunitario es, en ese sentido, una suerte de *fotografía* de la Comunidad capaz de ilustrar todo lo que se ha hecho y realizado hasta entonces². El acervo comunitario resulta, en definitiva, exponente del nivel de integración alcanzado en la Comunidad. Es lo que podríamos llamar *acervo comunitario ordinario* o, simplemente, *acervo comunitario*.

Este acervo tenía además hasta 1992, momento en que se introduce por primera vez (en mi opinión) la integración diferenciada en la Comunidad, una característica particular: coincidía plenamente con el conjunto de derechos y obligaciones de que eran titulares todos los Estados miembros dentro de la Comunidad; además, tales derechos y obligaciones eran uniformes³.

Hasta 1992, la Comunidad Europea era una Comunidad de Derecho en un triple aspecto: *una misma norma, un mismo juez y una misma fuerza obligatoria* para todos los Estados miembros⁴. El Derecho comunitario era un Derecho uniforme en contenido, significación y aplicación en todos los

¹ «...les actes relatifs a l'adhésion des nouveaux États membres ont pour objet essentiel d'étendre à ces États l'ensemble du droit communautaire en vigueur à l'époque de l'adhésion» [STJCE de 29 de mayo de 1974, *Hauptzollamt Biefeld vs. Offene Handelsgesellschaft in firma H.C. König* (as. 185/73), Rec. 1974, pár. 3].

² CURTI GIALDINO, C., «Some reflections on the acquis communautaire». *CMLR*. 1995, n.º 5, p. 1092.

³ Conviene subrayar que se trata de *uniformidad*, no de *identidad*.

⁴ Vid. LECOURT, R., *L'Europe des juges*. Bruxelles: Bruylant, 1976, p. 227.

Estados miembros de la Comunidad. La Comunidad Europea era una Comunidad de Derecho en la que *todos* los Estados miembros se sometían al mismo Derecho, el comunitario, en aquellas materias que habían sido objeto de transferencia de competencias soberanas en favor de la Comunidad, con el fin de conseguir objetivos comunes. Tal Comunidad de Derecho, tal unicidad de Derecho para *todos* sus destinatarios, tenía su base en la igualdad de la transferencia de competencias por parte de todos los Estados miembros a la Comunidad y en la efectividad de la transferencia de competencias para todos ellos en idéntico momento⁵. El acervo comunitario tenía entonces una vocación informadora de la totalidad de los derechos y obligaciones de que eran titulares los Estados miembros dentro de la Comunidad. Sin embargo, la integración diferenciada convertirá dicho acervo en un *mínimo común denominador* de los derechos y obligaciones de los Estados miembros en la Comunidad. La información que a partir de entonces ofrecerá el acervo comunitario a ese respecto sólo será parcial. La totalidad para cada Estado miembro o grupo de Estados miembros sólo se obtendrá sumando a este acervo el acervo de la integración diferenciada.

B) ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL

1. LA EXISTENCIA DE UN ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL

En contra de lo que pudiera parecer después de lo que acabamos de decir, más allá de la heterogeneidad de disposiciones que lo conforman,

⁵ La transferencia de competencias realizada por los Estados miembros a la Comunidad opera jurídicamente desde el momento en que entra en vigor el Tratado para cada uno, en cuanto que no es necesario ningún tipo de acto posterior por parte de los Estados miembros para que su ejercicio por la Comunidad desprenda todos sus efectos. Sin embargo, como regla general, la transferencia no se hace efectiva hasta que la Comunidad no la ejerce, sustituyendo definitivamente entonces a los Estados miembros en su titularidad (exclusiva o no) y en su ejercicio, y generando todos sus efectos. Considerar que la efectividad en la transferencia de competencias se realiza en idéntico momento para los Estados miembros no implica desconocer la existencia de los periodos transitorios: los Estados miembros que disfrutan de un periodo transitorio, son durante él sujetos de los derechos y obligaciones que implica el ejercicio de competencias por parte de la Comunidad, si bien con ciertas particularidades, y participan además plenamente a través de las instituciones en la elaboración del Derecho correspondiente (a diferencia de lo que ocurre en un sistema de integración diferenciada).

el acervo comunitario descrito no tiene un contenido homogéneo en calidad y autoridad⁶. Este acervo incluye elementos básicos, fundamentales, esenciales a la Comunidad, a su propia existencia; una especie de *acervo de rango superior*⁷. Situado en la base de la Comunidad sería el acervo sobre el que tiene que desarrollarse necesariamente la vida jurídica e institucional comunitaria para que aquélla pueda seguir existiendo. Es un *acervo esencial* de ésta. No sólo tiene que aceptarse por los terceros Estados que desean incorporarse a la Comunidad, sino que ni siquiera se hace posible conforme a Derecho su modificación mediante los mecanismos expresamente previstos de revisión de Tratados; constituye el límite material a su revisión.

La existencia de límites materiales a la revisión del Tratado comunitario no es ninguna novedad. Tanto la jurisprudencia del TJCE como el Derecho originario se han ocupado de ello.

a) CONTRIBUCIÓN DEL TJCE A LA FORMACIÓN DE UN ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL

Por un lado, el TJCE en su dictamen de 14 de diciembre de 1991 relativo al Espacio Económico Europeo se refirió por primera vez a la imposibilidad jurídica comunitaria de que los Estados miembros, utilizando el procedimiento previsto para ello, pudieran revisar el Tratado comunitario introduciendo en él cualesquiera cambios que consideraran oportunos. Concretamente, el TJCE negó la posibilidad de modificar, mediante el procedimiento previsto en el antiguo art. 236 TCEE, el entonces art. 238 TCEE con el fin de hacer compatible el sistema jurisdiccional del EEE y el del TCEE por atentar, dicha modificación, contra el art. 164 TCEE y contra los «fundamentos de la Comunidad»⁸.

⁶ Vid. PESCATORE, P., «Aspectos judiciales del “acervo comunitario”». *RIE*. 1981, p. 333.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de diciembre de 1991, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE sobre el «Proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo», Rec.1991, pár. 71. A propósito del Dictamen 1/91 vid., entre otros, BARENTS, R., «The Court of Justice and the EEA-Agreement. Between constitutional value and political realities». *Rivista di Diritto Europeo*. 1992, n.º 4, octubre-diciem-

Por otro lado, si bien es cierto que en ninguna otra ocasión el TJCE se ha vuelto a pronunciar en un sentido similar al del Dictamen 1/91 (tampoco en sentido contrario⁹), también lo es que la jurisprudencia del TJCE hace pensar, de una parte, que el reconocimiento de los límites al poder de revisión de los Tratados comunitarios en los términos expuestos en ese Dictamen tiene carácter absoluto y, de otra parte, que esto no fue una casualidad, sino la explicitación de una consecuencia inherente a la concepción de la Comunidad y de su ordenamiento jurídico que mantenía el TJCE y que no ha cambiado con posterioridad. Aunque originariamente

bre, pp. 751-767; BOULOIS, J., «Les avis de la Cour de Justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace Économique Européen». *RTDE*. 1992, n.º 3, pp. 457-463; BRANDTNER, B., «The «Drama» of the EEA. Comments on Opinions 1/91 and 1/92». *EJIL*. 1992, n.º 2, vol. 3, pp. 300-328; CONSTANTINESCO, V., «Commentaire Avis de la Cour 1/91». *Journal de Droit International*, 1992, n.º 2, pp. 422-426; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «L'Espace Économique Européen sous le regard des juges de la Cour de Justice des Communautés Européennes». *RMC*. 1992, n.º 360, pp. 603-612; EPINEY, A., «La Cour de justice de Communautés Européennes et l'Espace Économique Européen». *Revue Suisse de Droit international et de Droit Européen*. 1992, n.º 3, pp. 275-304; GAU-DISSART, M.-A., «La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés Européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen. Entre autonomie et homogénéité: l'ordre juridique communautaire en péril». *RMUE*. 1992, n.º 1-2, 121-136; HARTLEY, T. C., «The European Court and the EEA». *ICLQ*. 1992, oct., vol. 41, pp. 841-848; SCHERMERS, H. G., «Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 december 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 april 1992». *CMLR*. 1992, n.º 29, pp. 991-1009; VALLE GÁLVEZ, A., «La especificidad del ordenamiento comunitario» *RIE*. 1991, n.º 1, pp. 155-193.

⁹ Hay quien ha visto en la posterior Sentencia del TJCE de 29 de septiembre de 1994, *As. Beune* (C-7/93), una actitud distinta del Tribunal que permitiría a los Estados miembros actuar como verdaderos «dueños de los Tratados» (Rec. 1994). Quienes así opinan consideran que mediante esta sentencia el TJCE abandonó la interpretación que hasta entonces había mantenido en relación al principio de no discriminación por razón de sexo y aceptó la restricción temporal a dicho principio que le venía impuesta por el entonces Protocolo n.º 2 anejo al Tratado, introducido a través de una revisión del Tratado en 1992. Sin embargo, tal y como puede desprenderse de la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea de 1992 y, consecuentemente, anterior a la entrada en vigor del Protocolo en cuestión, el TJCE ya compartía el contenido del Protocolo antes de que éste entrara en vigor. Vid. al respecto STJCE de 6 de octubre de 1993, *As. Ten Oever* (C-109/91), Rec. 1993, pár. 19. En el mismo sentido se pronunció el TJCE en su Sentencia de 14 de diciembre de 1993, *As. Moroni* (C-110/91), Rec. 1993, pár. 33 y STJCE de 28 de septiembre de 1994, *As. Russell* (C-200/91), Rec. 1994, pár. 49.

el Tratado comunitario es un Tratado internacional, su evolución, en especial a partir de la jurisprudencia del TJCE, ha afirmado una especificidad o particularidad de su Derecho, una autonomía, que ha sustraído al Derecho internacional público la regulación de las relaciones entre los Estados miembros dentro de la Comunidad. Así, aunque este Tratado comunitario se ha celebrado como convenio internacional, constituye, tal y como dijo el TJCE, la *Carta constitucional de una Comunidad de Derecho en la que ni sus Estados miembros ni sus instituciones se pueden sustraer a lo dispuesto en ella*¹⁰. Sobre la base de esta autonomía y especificidad del Derecho comunitario, en particular en sus manifestaciones de primacía y función del TJCE como garante de él, se justifica la exclusividad del procedimiento de revisión de los Tratados comunitarios y la imposibilidad de que los Estados miembros puedan revisar el Tratado comunitario por un procedimiento distinto al expresamente previsto en él¹¹. El TJCE ha confirmado la exclusividad y unicidad del procedimiento de revisión del Tratado comunitario expresamente previsto por éste¹². El hecho de que la revisión del Tratado comunitario deba hacerse necesariamente mediante un procedimiento determinado a fin de respetar determinados elementos de la Comunidad, el hecho de que, en definitiva, la *esencialidad* de ciertos elementos de la Comunidad convierta en único y exclusivo un determinado procedimiento para la revisión del Tratado significa que

¹⁰ Vid. Dictamen 1/91, cit., pág. 21 y STJCE de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste Les Verts vs. Parlement Européen* (As. 294/83), Rec. 1986, pág. 23.

¹¹ Ello sin perjuicio de que se hayan puesto en marcha revisiones *de facto* tales como la protagonizada por Suecia que, haciendo dejación de sus obligaciones para el paso a la tercera fase de la UEM, es decir, mediante un comportamiento incumplidor, ha alcanzado el resultado querido por ella y prohibido por el Tratado de no incorporarse a dicha Tercera fase por su propia voluntad, después de haberse comprometido a ello. La ausencia de denuncia de este incumplimiento, el consentimiento implícito para la práctica de este *opt-out*, para el ejercicio, en definitiva, de una reversión de los compromisos jurídicos previamente contraídos por este Estado, ha permitido que se modifiquen *de facto* sus obligaciones y derechos dentro de la Comunidad en este ámbito. (Sobre este caso puede verse ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «Entre la irreversibilidad jurídica y la reversibilidad política: la negativa de Suecia a entrar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria». *RDCE*. n.º 2, vol. I, 1997, pp. 623-638).

¹² Vid., por ejemplo, STJCE de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne vs. SABENA* (as. 43/75), Rec. 1976, párs. 57-58 y el Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, emitido con arreglo al apartado 6 del art. 228 del Tratado CE sobre la «Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», Rec. 1996, párs. 29 y 30.

el poder de los Estados miembros para dicha revisión no es absoluto y que queda limitado por el obligatorio respeto de tales elementos. Precisamente por esto y en mi opinión, la obligatoriedad de respetar un determinado procedimiento de revisión de los Tratados comunitarios se encontraría indefectiblemente unida a que el contenido de tales revisiones haya de respetar precisamente aquellos elementos que pretenden protegerse mediante la exclusividad del procedimiento. En este sentido podemos decir que el origen de los límites formales a la revisión del Tratado está en la existencia de límites materiales a dicha revisión, esto es, en la imposibilidad de alterar ciertos elementos consustanciales a la Comunidad¹³. Por esta razón, aunque no hubiera existido el Dictamen 1/91 de 14 de diciembre también era posible deducir la existencia de límites materiales a la revisión del Tratado comunitario a partir de la jurisprudencia del propio Tribunal.

b) CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO ORIGINARIO A LA FORMACIÓN
DE UN ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL

Especialmente relevante resultó en su momento a este respecto el artículo N del Tratado de la Unión Europea de 1992, que sí estableció límites explícitos a la revisión.

En su primer apartado, este artículo simplemente reproducía el procedimiento general de revisión de los Tratados comunitarios, inalterable a pesar de las revisiones sucesivas de los Tratados. La novedad que interesa destacar estaba en su segundo apartado. En él, se señalaba la convocatoria en 1996 de una Conferencia intergubernamental para examinar «de conformidad con los objetivos establecidos en los arts. A y B de las disposiciones comunes, las disposiciones del presente Tratado para las que se prevea una modificación»¹⁴. Así, este artículo se encargaba, por un lado, de recordar la existencia de disposiciones para las que se preveía expresamente su posible modificación y, por otro, de remitir a ciertas Disposiciones Comunes en cuyo respeto había de realizarse la futura modificación. En relación con esto último:

¹³ En este sentido, CATTABRIGA, Ch., *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 324; *Ibíd.* «Limiti materiali alla revisione comunitaria: il caso dei protoccolli allegati al Trattato di Maastricht». *Rivista di Diritto Europeo*. 1994, n.º 2, Aprile-Giugno, p. 261; WHITEFORD, E., «Social policy after Maastricht». *ELJ*. 1993, n.º 3, vol. 18, p. 219.

¹⁴ La cursiva es mía.

- La revisión debía contribuir a una Unión cada vez más estrecha (art. A TUE) al servicio de los objetivos de la Unión (art. B TUE); es decir, debía tener un carácter progresivo y no regresivo¹⁵. Dicha *prohibición de regresión* podía desprenderse claramente del art. B en su quinto guión, que establecía que el acervo comunitario debía ser mantenido íntegramente y desarrollado¹⁶. Esta idea se reiteraba posteriormente en el art. C TUE al exigir que los objetivos de la Unión se desarrollaran siempre en el respeto del acervo comunitario.
- Además, el quinto guión del art. B TUE subordinaba la modificación de los pilares intergubernamentales de la Unión Europea, PESC y CAJI, a la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios, en definitiva, al *objetivo primario* que esto significaba¹⁷. El mantenimiento íntegro del acervo comunitario y su desarrollo servirían como límite prioritario a la modificación de estas políticas y formas de cooperación con el fin de garantizar la eficacia del mecanismo comunitario.

En las revisiones posteriores del Tratado, el art. N TUE ha pasado a ser el art. 48 TUE y su segundo párrafo ha sido eliminado. Sin embargo, como señalaré después, este hecho no parece suficiente como para que el mantenimiento y desarrollo del acervo comunitario a que se refiere el art. 2 TUE (antiguo art. B) en su quinto guión, deje de relacionarse con los límites materiales a la revisión del Tratado¹⁸. De todos modos, esta disposición del TUE no aporta nada nuevo a lo que ya antes prescribía el art. 5 TCE, actual art. 10 TCE, que también serviría como fundamento a estos límites al establecer en su segundo párrafo que «Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado»¹⁹.

¹⁵ DA CRUZ VILAÇA, J. L., «Europe's constitution: an unfinished task?» En *Does Europe need a constitution?* The Philip Morris Institute for Publicity Research, 1995, p. 14.

¹⁶ DA CRUZ VILAÇA, J. L.; PIÇARRA, N., «Y-a-t-il des limites materielles à la révision des Traités instituant les Communautés Européennes?». *CDE*. Mai 1993, pp. 28-29.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*; DELCOURT, Ch., «The *acquis communautaire*: has the concept had its day?». *CMLR*. 2001, pp. 843-844; ISAAC, G., «Le «pilier» communautaire de l'Union Européenne, un «pilier» pas comme le autres». *CDE*. 2001, n.º 1-2, pp. 65-67.

¹⁹ DA CRUZ VILAÇA, J. L.; PIÇARRA, N., «Y-a-t-il des limites materielles...», *op. cit.*, p. 34; ISAAC, G., «Le «pilier» communautaire... p. 67.

Este *acervo comunitario esencial* se situaría jerárquicamente al mismo nivel que el Tratado comunitario, la *Constitución comunitaria* en la que tiene su origen, y tendría pues, en este sentido, *carácter constitucional*²⁰. Sin embargo, compartiría dicho rango con contenidos del Tratado perfectamente modificables. No es extraño que textos de carácter constitucional adopten la misma forma piramidal que adopta cualquier ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto no quiere decir que no todas las normas constitucionales tengan el mismo rango formal, sino simplemente que la modificación de unas es más importante que la modificación de otras. Posiblemente para destacar esta importancia algunos autores han optado por calificar dicho *acervo comunitario esencial* como *supraconstitucional*²¹.

2. LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL

Después de su existencia, la cuestión más controvertida en relación con los límites materiales a la revisión del Tratado está en su contenido.

El TJCE en su Dictamen 1/91 sólo aludía al art. 164 TCE y a los *proprios fundamentos de la Comunidad* como límite a la revisión del TCE, sin determinar estos últimos de forma concreta. Aunque el TUE de 1992 era más explícito al respecto al exigir en su art. N.2 que la revisión se

²⁰ El sentido descriptivo o formal de Constitución es aplicable a cualquier Tratado internacional de una Organización por el mero hecho de organizar las relaciones entre las instituciones que establece y un determinado reparto del ejercicio del poder; de este modo, cualquier Organización internacional tiene en su Tratado constitutivo una Constitución, su Norma Obligatoria Fundamental, la Norma Básica de la que derivan todas las demás. En palabras de MONACO, R., «(...) l'acte institutif d'une organisation internationale est bien un traité internationale (...), mais possède la substance de la constitution: né sur la base d'une convention, il dépasse, avec le temps, son origine formelle, jusqu'à devenir une constitution de durée indéterminé dont le développement déborde le cadre à l'intérieur duquel elle avait été initialement conçue». («Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales» en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. Paris: A. Pedone, 1974, p. 154).

²¹ Vid. BIEBER, R., «Les limites matérielles et formelles á la révision des Traités établissant la Communauté Européenne». *RMCUE*. Avril 1993, n.º 367, p. 348; DA CRUZ VILAÇA, J. L.; PIÇARRA, N., «Y-a-t-il des limites matérielles ...», op. cit., p. 26; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «L'Espace Économique Européen sous le regard...», op. cit., p. 607.

hiciera de conformidad con los objetivos establecidos en los arts. A y B TUE, con posterioridad dicha afirmación ha desaparecido del Derecho originario, como ya he indicado.

De lo que hemos visto hasta ahora sólo puede desprenderse, por tanto, que los límites materiales a la revisión del Tratado comunitario son contenidos imprescindibles e inherentes a la propia identidad de la Comunidad²², núcleo duro de la identidad constitucional comunitaria²³, lo que podríamos denominar su acervo fundamental²⁴, su esencia²⁵; sin estos contenidos la Comunidad Europea no sería tal, quedaría desnaturalizada y absolutamente adulterada; su quebrantamiento significaría una amenaza para ella²⁶. Pero, ¿cuáles son concretamente tales contenidos?; ¿cuál es la composición de ese *acervo esencial* que constituye el límite material a la revisión del Tratado?

El contenido concreto del *acervo comunitario esencial* que constituye el límite material a la revisión del Tratado de la Comunidad se obtiene, en mi opinión, a partir de las dos características básicas de la Comunidad; por un lado, la Comunidad como Comunidad de integración y, por otro, su carácter evolutivo al tiempo que de transición.

A) LA COMUNIDAD EUROPEA COMO COMUNIDAD DE INTEGRACIÓN

El principio básico de la Comunidad, su axioma fundador, el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico comunitario es la integra-

²² BIEBER, R., «Les limites matérielles et formelles ...», op. cit., p. 348.

²³ SIMON, D., *Le système juridique communautaire*. Paris: PUF, 1998, p. 61.

²⁴ PESCATORE, P., «Aspectos judiciales...», op. cit., pp. 333-334.

²⁵ CATTABRIGA, Ch., *La Corte de Giustizia...*, op. cit., p. 303.

²⁶ CURTI GIALDINO, C., considera que «the unamendable character should be recognized for those principles or values which could not be repealed in full or in part without altering the system as outlined in the Founding Treaties in such a way that the legal order would lose its basic characteristics or a «Community based on the rule of law». In substance, those are the principles and values whose immutability constitutes the safeguard of the legality of the order itself» («Some reflections on the acquis.. op. cit., pp. 1112-1113). En la misma línea se pronuncia WEATHERILL, S., cuando dice que «There must be aspects of the Community legal order which are central to the nature of the enterprise and, which if eliminated, will deprive the system of its essentials characteristics. They therefore deserve protection» («Safeguarding the acquis communautaire». En HEUKELS, T.; BLOKKER, N.; BRUS, M. (eds.), *The European Union after Amsterdam. A legal analysis*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, pp. 153-178).

ción²⁷. La Comunidad Europea se articula sobre un modelo diferente del de las organizaciones internacionales clásicas²⁸. Este modelo pretende crear un sistema capaz de englobar en *una sola unidad* los distintos elementos que lo componen: sujetos, reglas, instituciones²⁹; la *unificación* como objetivo³⁰. La Comunidad Europea es, esencialmente³¹, un instrumento de integración entre Estados, no de cooperación.

Las particularidades del método de integración desde el punto de vista jurídico, constituyen el armazón jurídico-institucional que ha conferido al sistema comunitario una coherencia y cohesión que duran ya medio siglo y que se proyectan, no sólo sobre los Estados miembros, sino también sobre los particulares para la consecución de los objetivos establecidos³².

²⁷ En palabras de CONSTANTINESCO, L., «(...) Plus que signer un Traité, les États membres en le faisant ont adhéré au principe dont ce Traité est l'expression. («Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres». *Actes Officiels du Congrès international d'Études sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. Milan-Stressa, 31 mai-9 juin. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, vol. II, p. 218). En el mismo sentido: PESCATORE, P., *Droit international et Droit communautaire. Essai de réflexion comparative*. Centre Européen Universitaire de Nancy. Collection des Conférences Européennes, n.º 5, 1969, p. 12; *Ibid.* *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit communautaire*. Liege, 1975, p. 19; SIMON, D. *Le système juridique ...*, op. cit., p. 44. A juicio de MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «...el orden jurídico de la Unión Europea (particularmente en su manifestación de Derecho comunitario) tiene una naturaleza «integradora» (...). («Integración flexible en la Unión Europea: el marco del Tratado de Amsterdam». En MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: BOE/Universidad Carlos III, 1998, p. 64).

²⁸ Vid. BOULOIS, J., «Le droit des Communautés Européennes». *RCADI*. 1992, pp. 19-79; MONACO, R., «Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés Européennes». En *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*. 1972, pp. 309-323; PESCATORE, P., *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires: INTAL, 1973, 105 pp.; SARAGO, L., «I caratteri peculiari degli ordinamenti giuridici delle Comunità europee». *Rivista di Diritto Europeo*. 1968, pp. 93 y ss.

²⁹ MONACO, R., «Notes sur l'intégration juridique...», op. cit., pp. 312-313.

³⁰ PESCATORE, P., *Derecho de la integración...*, op. cit., p. 40.

³¹ En el ámbito de la política económica se utiliza todavía, por ejemplo, un sistema de cooperación.

³² Los objetivos comunitarios establecidos en el Tratado, independientemente de su grado de precisión, tienen una función estructuradora del conjunto de la Comunidad, tanto en el ámbito jurídico como en el político. En virtud de ellos se crea toda una estructura jurídica e institucional a su servicio (Vid. PESCATORE, P., «Les

Tales particularidades no sólo implican una determinada construcción jurídico-institucional de la Comunidad en sentido puro o formal sino también sustancial, esto es, su realización con un determinado contenido³³. Analicemos ambas clases de elementos:

a') *ELEMENTOS FORMALES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN COMUNITARIO*

a'') *Transferencia de competencias*³⁴

La Comunidad tiene su origen en la voluntad política de sus Estados fundadores, quienes le transfirieron una parte de su soberanía para conseguir objetivos e ideales compartidos³⁵. Por esa razón, desde el punto de vista de su origen, resulta posible definir la *comunitarización* como el proceso de transferencia de competencias de los Estados miembros a la Comunidad³⁶: los Estados miembros han dotado a la Comunidad, mediante un Tratado internacional, de una serie de competencias que hasta ese momento ellos venían ejerciendo de forma soberana³⁷. Precisamente el contenido y el ámbito de estas competencias particulariza la condición de la Comunidad: la Comunidad disfruta de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales tradicionalmente vinculadas a la soberanía de los Esta-

objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice». *Miscellanea W.J. Ganshof...*, op. cit., pp. 325-362).

³³ «...European integration is a concept wider than supranationalism for whereas the focus of the latter is on the constitutional, institutional and decision making process within the Community, the former incorporates these processes but includes also the substantive developments in the areas covered by Community activities and their social and economic impact on the system as a whole» (WEILER, J. H. H., «Supranationalism revisited-retrospective and prospective». *EUI Working Paper*. 1981, n.º 2, p. 7).

³⁴ Sobre la polémica *transferencia-atribución*, vid. LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico comunitario*. Luxemburgo: OPOCE, 1995, pp. 14 y ss.

³⁵ VANDERSANDEN, G.; ENGLÉS, B., «Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne». En LASOK, D.; SOLDATOS, P., *Les Communautés Européennes en fonctionnement*. Bruxelles: Bruylant, 1981, p. 523.

³⁶ BLAUMANN, C., «Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union Européenne». En *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*. Paris: LGDJ, 1999, p. 61.

³⁷ MÉGRET, J., «La spécificité du droit communautaire». *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1967, vol. 19, p. 565.

dos³⁸. La transferencia de competencias por los Estados miembros a las instituciones de la Comunidad es un *fenómeno esencial* del sistema jurídico comunitario³⁹.

En palabras del TJCE, los Estados miembros, al crear una Comunidad dotada «de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribución de los Estados miembros a la Comunidad (...) han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos (...)»⁴⁰. Efectivamente, de este modo los Estados han limitado, en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario sus derechos soberanos en aquellos ámbitos en los que ha existido transferencia⁴¹.

Además, el TJCE se ha encargado de destacar la *duración ilimitada* de esta Comunidad señalando que «la transferencia operada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, implica pues una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de la Comunidad»⁴². En este sentido, y desde el punto de vista comunitario, el compromiso de cada uno de los Estados miembros con la Comunidad resulta definitivo e irreversible⁴³.

³⁸ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La constitución de la Comunidad europea». *Noticias CEE*. 1993, n.º 100, p. 96.

³⁹ LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico...*, op. cit., p. 13.

⁴⁰ STJCE de 15 de julio de 1964, *M. Flaminio Costa vs. Enel* (as. 6/64), Rec. 1964, pp. 1158-1159. Obsérvese cómo en su Dictamen 1/91 el TJCE se refiere a la limitación de competencias de los Estados miembros, no en ámbitos restringidos, sino en «ámbitos cada vez más amplios» (cit., párr. 21).

⁴¹ STJCE de 5 de febrero de 1963, *NV Algemine Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos Administration Fiscale Néerlandaise* (as. 26/62), Rec. 1963, p. 23.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ PESCATORE, P., «Aspectos judiciales...», op. cit., pp. 336-337. Cosa distinta es lo que puedan pensar los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros; vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Esta sentencia puede leerse en español en *RIE*, 1993, n.º 3, vol. 20, pp. 975-1030. El Anteproyecto de Tratado Constitucional presentado por el Praesidium de la Convención Europea sobre el futuro de Europa el 28 de octubre de 2002 (Conv 369/02), prevé introducir la posibilidad de que los Estados miembros que lo deseen puedan retirarse de la Unión. Sin duda, esta posibilidad, de confirmarse en el nuevo Tratado, supondría una alteración fundamental de la naturaleza de la Comunidad incompatible con la actual.

b") *Estructura interna*⁴⁴

La Comunidad como Comunidad de integración se funda, pues, en el reparto de las competencias entre Estados miembros y Comunidad, siendo ejercidas las de ésta última por cada una de sus instituciones según le corresponda.

A diferencia del sistema de cooperación típico del Derecho internacional, un sistema de integración supone la existencia de un interés común a los Estados que lo componen, más allá del interés propio de cada uno de ellos⁴⁵. Precisamente por esta razón, la Comunidad responde a un sistema institucional *sui generis* alejado de cualquier esquema clásico⁴⁶. La originalidad del derecho de la integración a este respecto se encuentra en la introducción de un sistema que supera el tradicional de representación única de los Estados y su mecanismo de funcionamiento en las relaciones internacionales⁴⁷, mediante la creación de un aparato institucional que si bien es cierto que mantiene elementos intergubernamentales típicos de los aparatos institucionales de las estructuras internacionales de cooperación⁴⁸, también lo es que introduce elementos de autonomía que le distancian de la voluntad de los Estados participantes en el sistema y que se impone jurídicamente a ellos⁴⁹. Dicho de otro modo, la estructura institucional

⁴⁴ En el sumario de su Dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977 sobre el Proyecto de acuerdo relativo a la instauración de un Fondo Europeo de inmovilización de la navegación interior, el TJCE utilizó la expresión *Constitución interna de la Comunidad* para referirse a *elementos esenciales de la estructura comunitaria* tales como las prerrogativas de las instituciones y el proceso decisorio en su interior (Rec. 1977).

⁴⁵ PESCATORE, P., «Droit international et Droit communautaire...», op. cit., p. 12; *Ibíd. Derecho de la integración...*, p. 42; en el mismo sentido *Ibíd.* en *L'ordre juridique communautaire. Étude des sources...*, op. cit., p. 42; SIMON, D., *Le système juridique...*, op. cit., p. 53.

⁴⁶ JACQUÉ, J. P., «Cours général de Droit communautaire». *Collected Courses of the Academy of European Law*. 1990, vol. I, p. 288; PESCATORE, P., «L'ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources...», op. cit., p. 9; SIMON, D., *Le système juridique...*, op. cit., p. 116.

⁴⁷ Vid. PESCATORE, P., *Derecho de la integración...* op. cit., pp. 7-18.

⁴⁸ PESCATORE, P., «Droit International et Droit communautaire...», op. cit., pp. 13-14.

⁴⁹ PESCATORE, P., *Derecho de la integración...*, op. cit., p. 43. «La reunión de los tres criterios: objetivo común, realidad del poder y autonomía (...) es lo propio del derecho de la integración» (*Ibíd. L'ordre juridique communautaire. Étude des sources...* op. cit., p. 44). En este sentido vid. también MONACO, R., «Notes sur l'intégration juridique... op. cit., p. 315.

comunitaria como estructura de integración se caracteriza por ser, esencialmente, una estructura autónoma de los Estados miembros en su composición y funcionamiento⁵⁰:

En primer lugar, las instituciones comunitarias, excepción hecha del Consejo, no se componen de representantes de los Estados miembros y actúan con independencia de estos. Incluso en el caso del Parlamento Europeo, sus componentes son directamente elegidos por sufragio universal ejercido por los ciudadanos europeos.

En segundo lugar, el procedimiento de adopción de actos por las instituciones comunitarias no está dirigido por los Estados. En este sentido, el poder de iniciativa casi exclusivo de la Comisión, la necesidad en ocasiones de unanimidad del Consejo para cambiar la propuesta de la Comisión, el voto por mayoría cualificada en el Consejo para la adopción de un acto (lejos del tradicional *un Estado un voto*), así como la participación del Parlamento en el proceso de decisión constituyen piezas esenciales de la estructura institucional comunitaria actual. Queda claro, por tanto, que en la estructura institucional de la Comunidad, el equilibrio institucional, concretamente el equilibrio de los *intereses en presencia*⁵¹ ha sustituido el clásico monopolio de poder de los Estados.

c") *Comunidad de Derecho*

Dejando a un lado ahora la utilización de esta expresión en el sentido en que la utilizó el TJCE en el As. *Los Verdes*⁵², la expresión *Comunidad de Derecho* la utilizo aquí para significar que todos los Estados miembros se someten a un mismo Derecho, el Derecho comunitario, en aquellos ámbitos en los que han realizado la pertinente transferencia de competencias.

La Comunidad Europea como Comunidad de Derecho con una misma norma, un mismo juez y una misma fuerza obligatoria de su Derecho para

⁵⁰ Al menos teóricamente.

⁵¹ JACQUÉ, J.-P., *Cours Général...*, op cit., p. 289. Cada institución actúa en la Comunidad sobre la base de las funciones que tiene asignadas en virtud del interés que protege: el TJCE garantiza el cumplimiento del Derecho; el Consejo, representa a los Estados miembros; la Comisión representa el interés general de la Comunidad; el Parlamento representa a los pueblos de los Estados miembros (Ibídem, p. 318).

⁵² STJCE de 23 de abril de 1986, cit.

sus Estados miembros⁵³ (presuponiendo cada uno de estos elementos la existencia del otro⁵⁴), tiene su origen en la consecución de la uniformidad u homogeneidad del Derecho comunitario, exigencia fundamental del propio ordenamiento jurídico comunitario⁵⁵; sin uniformidad no habría Derecho comunitario⁵⁶.

La Comunidad Europea como Comunidad de Derecho exige que todos los Estados Miembros se sometan a un mismo Derecho, el Derecho comunitario, en aquellas materias sobre las que se ha realizado una transferencia de competencias soberanas en favor de la Comunidad, para conseguir objetivos comunes, transferencia que se hace efectiva para todos los Estados miembros en el mismo momento. Así pues, tal Comunidad de Derecho se fundamenta en la unicidad de su ordenamiento para todos sus destinatarios; ésta, a su vez, tiene su base en la igualdad de atribución de competencias soberanas a la Comunidad por parte de todos los Estados miembros, en la consiguiente existencia de un solo sistema institucional comunitario que ejerza dichas competencias, y en la identidad del momento en que se hace efectiva para todos ellos: ¿qué es una Comunidad sino el *estado de derecho* de un grupo cuyos sujetos/miembros obedecen al mismo cuerpo jurídico, a una normativa común?⁵⁷; ¿qué sentido tendría una Comunidad en la que unos Estados miembros obedecieran su Derecho interno y otros el Derecho comunitario?; ¿cómo se alcanzarían los objetivos comunes de la Comunidad de esta manera? Los objetivos de la Comunidad no se alcanzarían nunca si no existiera igualdad en la atribución de competencias soberanas o ésta no se hiciera efectiva para todos los Estados miembros, ya que se quebraría la Comunidad de Derecho constituida para alcanzarlos: cuando el TJCE definió la Comunidad Europea como una Comunidad de Derecho en la que ni sus Estados miembros ni sus instituciones podían sustraerse a la Carta Constitucional de base que era

⁵³ LECOURT, R., *L'Europe des juges...*, op. cit., p. 227.

⁵⁴ CONSTANTINESCO, L.-J., «La spécificité du Droit communautaire». *RTDE*. 1966, n.º 2, p. 15.

⁵⁵ Vid., por ejemplo, STJCE de 21 de febrero de 1991, as. acum. C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Sueder dithmarschen AG y Zucherfabrik Soest GmbH vs. Hauptzollamt Itzehoe y Hauptzollamt Pabberborn*, Rec. 1991, párs. 25-56.

⁵⁶ JACOBS, F. G., «Remedies in national courts for the enforcement of Community rights». En PÉREZ GONZÁLEZ, M.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (et ali.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 969.

⁵⁷ LECOURT, R., *L'Europe des juges...*, op. cit., p. 221.

el Tratado, lo hizo sobre la base de la unidad del Derecho que se desprendería de ese Tratado.

El Derecho comunitario se concibe, en consonancia con lo anterior, como un imperativo incondicional para la totalidad de los Estados miembros⁵⁸, un Derecho obligatorio para todos los Estados miembros de la Comunidad, sin perjuicio de las *individualizaciones jurídicas* que puedan establecerse para algunos Estados miembros, por ejemplo, a través de los periodos transitorios.

La exigencia de que el Derecho comunitario tenga igual fuerza obligatoria en todos los Estados miembros, significa que sus efectos han de ser uniformes en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros que deben aparecer igualmente vinculados por el Derecho comunitario. Determinados rasgos *esenciales* del ordenamiento jurídico comunitario lo garantizan: 1) primacía sobre el Derecho nacional de todos los Estados miembros de la Comunidad, expresión del carácter unitario del Derecho comunitario que debe tener igual valor y fuerza obligatoria en todos los Estados miembros de la Comunidad; esta es la razón por la que la primacía del Derecho comunitario sobre el conjunto de los Estados miembros es una condición *existencial* de él⁵⁹; 2) aplicabilidad directa y efecto directo sobre los ordenamientos internos de todos los Estados miembros, es decir, despliegue por él mismo de plenos efectos de forma uniforme en todos los Estados miembros de la Comunidad, creando para los particulares de cualquier Estado miembro la posibilidad de invocar tal derecho ante sus autoridades públicas⁶⁰; 3) responsabilidad patrimonial del Estado miem-

⁵⁸ PESCATORE, P., «Aspectos judiciales...», op. cit., pp. 340-345.

⁵⁹ De lo contrario, como dice DEHOUSSE, F., el ordenamiento jurídico comunitario se descompondría en varios ordenamientos jurídicos divergentes entre sí («La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres. Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement Européen». RTDE. 1965, vol. 2, p. 213). Vid., por ejemplo, entre la numerosa jurisprudencia comunitaria al respecto, y entre los casos más significativos: STJCE de 15 de julio de 1964, *Costa vs. Enel...*, cit., pp. 1159-1160; STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (as. 11/70), Rec. 1970, pár. III; STJCE de 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal SPA* (as. 106/77), Rec. 1978, párs. 17-18.

⁶⁰ Vid., por ejemplo, entre la abundante jurisprudencia comunitaria al respecto: STJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos...*, cit., pp. 24-25; STJCE de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad vs. Finanzamt Traunstein* (as. 9/70), Rec. 1970, pár. 5; STJCE de 26 de octubre de 1982, *Hauptzollamt Mainz vs. C. A. Kupferberg & Cie KG* (as. 104/81), Rec. 1982, párs. 17-27; STJCE de 26 de febrero de 1986,

bro por los daños causados a los particulares con causa en el incumplimiento de Derecho comunitario que le es imputable⁶¹.

Para asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros de la Comunidad, para garantizar su cumplimiento por la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad, están previstos mecanismos jurisdiccionales, ya sean los nacionales o los del TJCE (arts. 226, 227 y 234 TCE).

El Derecho comunitario se caracteriza entonces por ser un único Derecho, uniforme en contenido y, consecuentemente, en su significación y aplicación en el territorio comunitario. Queda asegurada pues su triple unicidad y uniformidad en contenido, significación y aplicación, esencial a la propia identidad y existencia de la Comunidad, tal y como puede entenderse de lo que he dicho inmediatamente antes.

b') *ELEMENTOS MATERIALES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN COMUNITARIO*

A la integración jurídico-institucional descrita se suma una integración material. Esta se traduce en una estructura de valores materiales esenciales en cuyo respeto ha de desarrollarse necesariamente la actividad comunitaria y la de sus Estados miembros, en cuanto que tales valores forman parte de su identidad. Tales valores proceden, por un lado, del orden jurídico internacional en el que se ve inmersa la Comunidad y, por otro y muy especialmente, de los órdenes constitucionales de los Estados miembros⁶².

M.H. Marshall vs. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) (as. 152/84), Rec. 1986, párs. 39-56.

⁶¹ Este principio ha nacido y se ha venido consolidando en la década de los 90. Vid., por ejemplo, entre la copiosa jurisprudencia al respecto: STJCE de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros vs. República Italiana*, (as. c-6/90 y 9/90), Rec. 1991, párs. 28-46; STJCE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur S.A. vs. Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros* (asuntos acum. C-46/93 y C-48/93), Rec. 1996, párs. 16-98; STJCE de 8 de octubre de 1996, *Eric Dillenkofer y otros vs. Bundesrepublik Deutschland* (as. cjtos. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94), Rec. 1996.

⁶² Vid. sobre el particular BLANCHARD, D., *La constitutionnalisation de l'Union Européenne*. Paris: Apogée, 2001, pp. 111-149; GERKHART, G., *L'urgence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Bruxelles: ULB, 1997, pp. 326-362.

La integración de la Comunidad como núcleo duro de la identidad comunitaria no sólo implica una determinada construcción jurídica en sentido puro o formal, sino su realización en el respeto del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos⁶³. Estos valores se encuentran en la base misma de la construcción comunitaria desde su origen tal y como puede desprenderse de textos comunitarios de naturaleza diversa. Sin embargo, no fue hasta 1992 cuando un texto de Derecho originario recogió expresamente que «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Este texto se ha confirmado posteriormente por el Tratado de Amsterdam en 1997 y de Niza en 2000⁶⁴.

a") *Estado de Derecho*

Cuando en 1986 el TJCE sentenció que «*La Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado*»⁶⁵, estaba trasladando el concepto de sometimiento del poder público al Derecho, propio del Estado de Derecho, a la Comuni-

⁶³ Vid. BIEBER, R.; KAHIL-WOLFF, B.; MULLER, L. «Cours général de Droit Communautaire». *Collected Courses of the Academy of European Law*. 1992, vol. III, 98-100; BIEBER, R., «Les limites matérielles et formelles ...», op. cit., p. 348; CURTI GIALDINO, C., «Some reflections...», op. cit., pp. 1112-1113; GERKHART, G., *L'émergence...* op. cit., p. 328.

⁶⁴ El Tratado de Amsterdam introdujo como novedad en su art. 7 TUE, en comparación con el Tratado de Maastricht, la posibilidad de que el Consejo, habiendo constatado la «violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 (...)» entre los que están la democracia y los derechos humanos, decidiera, por mayoría cualificada (y sin tener en cuenta el voto del representante del Gobierno del Estado miembro de que se trate), la suspensión, para ese Estado miembro, de «determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado (...) incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo». Además, el nuevo art. 7.1 del Tratado de Niza recoge la posibilidad de que el Consejo pueda dirigir a un determinado Estado miembro recomendaciones en caso de constatar un *riesgo* claro de violación grave por él de los principios que recoge el art. 6.1 TUE.

⁶⁵ STJCE de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste Les Verts...*, cit., p. 23.

dad. De este modo el TJCE somete a las instituciones y a los Estados miembros, en virtud del Tratado, al Derecho comunitario, a la legalidad existente.

Este concepto de Comunidad de Derecho como límite al poder tiene una vertiente que podríamos calificar de *sustancial* y que le vincula a la democracia y la protección de los derechos humanos⁶⁶.

b") *Democracia y Derechos humanos*

El TCEE de 1957 no contenía ninguna disposición general relativa a la protección de los Derechos humanos y la democracia⁶⁷. Sin embargo, los Estados miembros de la Comunidad se encargaron de expresar en documentos políticos la vocación de los derechos humanos como valores fundadores de la Comunidad, relacionándolos estrechamente con el principio de Democracia y el Estado de Derecho: en la Declaración de París de 21 de octubre de 1972, se afirmó la voluntad de los Estados miembros de «basar el desarrollo de su Comunidad en la democracia, la libertad de opiniones, la libre circulación de personas e ideas, [y] la participación de los pueblos por mediación de sus representantes elegidos libremente»⁶⁸; la Declaración sobre la Identidad Europea de Copenhague el 14 de diciembre de 1973 precisaba esta idea al confirmar los Estados miembros su voluntad de «salvaguardar los principios de democracia representativa, del imperio de la ley, de la justicia social (...) y del respeto de los derechos del hombre, los cuales constituyen elementos fundamentales de la identidad europea»⁶⁹; la Declaración de Copenhague sobre la Democracia de 8 de abril de 1978, por su parte, confirmaba lo anterior y añadía que la aplicación de esos principios implicaba «un régimen político de democracia pluralista que garantiza la representación de las opiniones en la orga-

⁶⁶ Refiriéndose a esta vinculación vid. JACQUÉ, J. P., «Cours général...», op. cit., p. 277.

⁶⁷ Algunas disposiciones del Tratado sí tenían contenidos coincidentes con los derechos humanos; por ejemplo, el art. 48.1 TCEE relativo a la no discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores. Para conocer con detalle los derechos insertos a este respecto en el TCEE, vid. CHUECA SANCHO, A. G., *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*. Barcelona: Bosch, 1989, pp. 10-15 y 20-23.

⁶⁸ Bol. CE 10/1972.

⁶⁹ Bol. CE 12/1973, pto. 2501.

nización constitucional de los poderes y los procedimientos necesarios para la protección de los derechos del hombre», declarando solemnemente a continuación que «el respeto y mantenimiento de la democracia y derechos del hombre en cada uno de los Estados miembros constituyen elementos esenciales de la adhesión a las Comunidades Europeas»⁷⁰; en la Declaración de Stuttgart de 19 de junio de 1983 los Estados miembros se mostraban «decididos a promover conjuntamente la democracia, fundándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo por la protección de los derechos humanos y la carta social europea, y especialmente la libertad, la igualdad y la justicia social»⁷¹. A estos textos del ámbito comunitario ha de unirse el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, al que se habían adherido todos los Estados miembros de la Comunidad⁷².

El contenido de estos documentos no puede considerarse intrascendente por su carácter político o ajeno a la Comunidad en cuanto que *por reiterado y acumulado*, impregnó la actividad comunitaria llegando a producir sus efectos tanto sobre el texto del TCEE como sobre la jurisprudencia del TJCE⁷³, incluso antes de que se produjera la primera revisión del Tratado.

En cuanto al TJCE, éste ya había adelantado en 1969 que la protección de los derechos fundamentales formaba parte integrante de los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario⁷⁴, jurisprudencia que continuó desarrollando con posterioridad. En relación al principio democrático, a juicio del TJCE la competencia consultiva del Parlamento Europeo en el proceso legislativo de la Comunidad era «reflejo (...) de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en

⁷⁰ Bol. CE 3/1978. Capítulo Liminar.

⁷¹ Bol. CE 6/1983, pto. 1.6.1.

⁷² BOE 243 de 10 de octubre de 1979.

⁷³ JACQUÉ, J.-P., «Cours général ..., op. cit., pp. 275-276. También otras instituciones se vieron influenciadas: vid. la Declaración que adoptaron las instituciones el 5 de abril de 1977 en la que subrayaba la importancia fundamental que otorgaban al respeto de los Derechos fundamentales (DOCE C 103 de 27 de abril de 1977). (Esta Declaración es citada como ejemplo por JACQUÉ, J. P., *Ibíd*, p. 280).

⁷⁴ STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Eric Stauder vs. Stadt UCM-SOZIALAMT* (as. 29/69), Rec. 1969, p. 7. Vid. también: STJCE de 14 de mayo de 1974, *J. Nold Kohlen -und Baustoffgross Handlung vs. Comisión* (as. 4/73), Rec. 1974, p. 13; STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Handelsgesellschaft ...* op. cit., pp. 1125-1141, p. 4.

el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa» que constituye «una formalidad sustancial cuyo no respeto entraña la nulidad del acto de que se trate»⁷⁵; parece pues que el principio democrático en la Comunidad se hacía esencial.

En cuanto al texto del TCEE, su revisión por el AUE introdujo algunas modificaciones importantes en relación con el respeto de los derechos humanos y el principio democrático. En el Preámbulo del AUE los Estados miembros se mostraban «decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea (...)» y añadían que eran «conscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa de (...) reafirmar muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los Derechos humanos que ellos propugnan (...)».

Además de estas consideraciones que acabamos de ver sobre la democracia y los derechos fundamentales, el Preámbulo del AUE también añadía que el Parlamento Europeo elegido por sufragio universal era un *medio de expresión indispensable* para los pueblos en la construcción europea. Parece que se establecía entonces expresamente una vinculación entre la protección y promoción de la democracia y los Derechos Fundamentales por un lado, y el TCE por otro, como mecanismo para ello. De hecho, la trascendencia de dicha vinculación se incrementa cuando comprobamos que en las sucesivas adhesiones a la Comunidad el respeto de la Democracia y los Derechos fundamentales se ha convertido efectivamente en un requisito sustancial primero implícito y actualmente explícito (art. 49 TUE) indispensable para ello, parte del acervo comunitario que necesariamente ha de aceptarse⁷⁶. Parece lógico, pues, deducir que la Comunidad contempla ya desde su origen la democracia y la protección de los Derechos fundamentales como dos de sus máximas.

⁷⁵ STJCE de 29 de octubre de 1980, *Maizena Gmgh vs. Council* (as. 139/79), Rec. 1980, párr. 34. Vid. también, por ejemplo: STJCE de 29 de octubre de 1980, *SA Roquette Frères vs. Conseil des Communautés Européennes* (as. 138/79), Rec. 1980, párr. 33; STJCE de 22 de mayo de 1990, *Parlamento Europeo vs. Consejo de las Comunidades Europeas* (as. C-70/88), Rec. 1990, párrs. 21-31.

⁷⁶ Vid. arts. 2 y ss. de las diferentes Actas de Adhesión y su referencia a las Declaraciones adoptadas por el Consejo y el Consejo Europeo, además de, por supuesto, la jurisprudencia del TJCE, también parte de ese acervo.

Merece señalarse que en la cumbre de Niza de diciembre de 2000 se adoptó solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales consensuada en el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000, aunque de momento no tiene carácter jurídico vinculante⁷⁷.

B) EL CARÁCTER EVOLUTIVO PERO TRANSITORIO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

La Comunidad tiene una naturaleza evolutiva y dinámica, no regresiva, que siempre ha aparecido en los textos de Derecho comunitario originario⁷⁸. Ya en el Primer párrafo del Preámbulo del TCE los Estados miem-

⁷⁷ El Anteproyecto de Tratado Constitucional presentado por el Praesidium de la Convención Europea sobre el futuro de Europa el 28 de octubre de 2002 (cit.) contempla la posibilidad de integrar el articulado completo de la Carta de Derechos Fundamentales en el articulado del futuro Tratado Constitucional.

⁷⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado doctrina muy autorizada: en opinión de BOULOIS, J., los Tratados comunitarios «sont le fondement d'un ordre juridique dont l'édification est nécessairement progressive, sans qu'il soit possible d'en fixer le terme» («Le Droit des Communautés...», op. cit., p. 30); a juicio de MENGOZZI, P., a partir de los principios enunciados en las disposiciones comunes del TUE, la Unión Europea se caracteriza como «un fenómeno que, manteniendo y desarrollando el acervo comunitario, tiende a superar la pantalla de la soberanía de los Estados miembros». *Derecho comunitario...*, op. cit., p. 37; PETIT, M., por su parte, considera la *irreversibilidad* como uno de los presupuestos del Tratado («Traité d'Amsterdam. Ambition et réalisme. *RMUE*. 1997, n.º 3, p. 26; para SIMON, D. «... le système communautaire comporte par sa nature même une dimension de «création continue» qui en fait un droit pourvu de propriétés impulsives, d'un pouvoir actif, d'une poussée interne propre (...), investi d'une fonction dynamique (...), essentiellement un droit moteur» (*Le système juridique...*, op. cit., p. 57). Se refiere este autor a LAGRANJE, M., en relación con la expresión *création continue* y también a LECOURT, R. En opinión de LAGRANGE, M.: «The implementation of the European treaties is essentially an evolutionary process, a «continuous creation» that will continue beyond the transitional period soon to expire» («The Court of Justice as a factor in European integration», *AJCL*, vol. 15, 1966-67, p. 709). Efectivamente parece que LAGRANGE, M., considera que la dinámica y evolución del proceso comunitario van más allá de la literalidad de los períodos transitorios y alcanzan a la propia concepción del sistema. Para LECOURT, R., «Le droit communautaire est en lui-même, en effet, pourvu de propriétés impulsives, d'un pouvoir actif, d'une poussée interne propre. Il est investi d'une fonction dynamique. C'est essentiellement un droit moteur» («Le juge devant le Marché Commun, Genève», *IUHEI*, 1970, p. 67). En la misma línea se sitúan BOIXAREU CARRERA, A. y CARPI BADÍA, J. M., «La construcción co-

bros se muestran decididos a utilizar la Comunidad para crear una *unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*. La expresión *cada vez más* sugiere precisamente un proceso dinámico, en movimiento⁷⁹. Lo mismo se reiteraba en el Preámbulo del AUE cuando los Estados miembros se mostraban animados a «*proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos*». En el mismo sentido, el TUE se autodefine en su artículo 1 como constitutivo «de una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»⁸⁰, después de afirmar en los párrafos primero y último del Preámbulo la *formación de la integración europea por etapas*. De forma más específica, el carácter evolutivo de la Comunidad también se ha plasmado en distintas disposiciones del TUE mediante las que se ha conferido a ésta la vocación de ir absorbiendo progresivamente los otros dos pilares que conforman la Unión Europea (PESC y CPJP)⁸¹.

El carácter evolutivo y dinámico de la Comunidad exige, en consecuencia, que los elementos configuradores del nivel de integración existente en un momento dado en la Comunidad sólo puedan ser modificados siempre que su revisión genere una mayor integración de la Comunidad, una profundización de ella; sólo cuando se realice en sentido progresivo, nunca regresivo⁸². De otro modo, se produciría una *desintegración*, no una *integración*. La admisión de una regresión en la integración, de una *marcha*

munitaria se nos presentaba, pues, en términos de «proceso», más que en términos de «resultado». Lo verdaderamente importante era el ir avanzando en una determinada dirección (la de una mayor integración entre los Estados participantes), sin que quedara muy claro ni cuál era la meta final a alcanzar, ni, por ello mismo, cuándo (o siquiera si) llegaría el momento de detenerse» (*El Tratado de Amsterdam*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 44).

⁷⁹ BIEBER, R.; JACQUÉ, J.-P.; WEILER, J. H. H. (Dirs.), *An ever closer union. A critical analysis of the draft Treaty establishing the European Union*. Luxembourg: OPOCE, 1985, p. 8.

⁸⁰ «... a process of integration (...) implies that you can't take one step forward and two steps backwards at the same time. Built into the principles of an "ever closer union among the peoples of Europe" is the notion that integration should only be one way» (CURTIN, D., «The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces». *CMLR*. 1993, n.º 30, p. 67).

⁸¹ Vid. ISAAC, G., «Le "pilier" communautaire...», op. cit., pp. 78-86.

⁸² De esta opinión parecen VILAÇA, J. L y PIÇARRA, N., aunque limitando, incomprensiblemente en mi opinión, la imposibilidad de regresión al mercado interior («Y-a-t-il des limites matérielles...», op. cit., p. 33). En el mismo sentido parece también CURTI GIALDINO, C., «Some reflections...», op. cit., p. 1114.

atrás, podría llevar a la desaparición de la Comunidad, lo que fácticamente posible, no puede confundirse con lo jurídicamente admisible⁸³. Una regresión en el sistema de integración comunitario significaría una alteración regresiva de la naturaleza de la Comunidad incompatible con ella⁸⁴. Dicho de otro modo, la preservación de este carácter evolutivo exige respetar el nivel de integración previamente establecido y que viene determinado por los objetivos a cuya consecución esté destinada la Comunidad y sus elementos estructuradores de carácter formal y material constituidos para alcanzarlos, e impide su modificación en sentido regresivo.

Ahora bien, tal revisión tendría un límite en la progresión: la desnaturalización de la Comunidad por desaparición de los Estados como Estados soberanos; es decir, su conversión en un Estado federal, autonómico o unitario. La razón está en que la Comunidad reposa sobre la pervivencia de

⁸³ BERNHARDT, R., «Las fuentes del Derecho comunitario: La «constitución» de la Comunidad». En *Treinta años de Derecho comunitario*. Luxemburgo: OPOCE, 1981, pp. 80-81; DA CRUZ VILAÇA, J. L.; PIÇARRA, N., «Y-a-t-il des limites matérielles...», op. cit., p. 37.

⁸⁴ Es precisamente por estas razones que no comparto del todo la interpretación que ve en la STJCE de 14 de diciembre de 1971, *Comisión vs. Francia* (as. 7/71), una posible renacionalización de las competencias comunitarias a partir de una revisión de los Tratados: el art. 76.2 del TCEEA establecía que «Transcurridos 7 años desde la entrada en vigor del Tratado, el Consejo podrá confirmar el conjunto de estas disposiciones. A falta de confirmación, se adoptarán nuevas disposiciones relativas al objeto del presente Capítulo (...)». Sin embargo, pasado el plazo, no se había procedido a su revisión, y se planteó ante el TJCE si era posible que ante la no actuación al respecto de las instituciones comunitarias las competencias pudieran ser devueltas a los Estados. El TJCE dijo en la Sentencia precitada que «...un desposeimiento de las atribuciones así conferidas y el retorno de las materias objeto de las mismas al ámbito de competencia exclusiva de los Estados miembros, no podrían producirse sino en virtud de una disposición expresa del Tratado» (Rec. 1971, pár. 20). En opinión de JACQUÉ, J. P la transferencia de competencias a la Comunidad resulta definitiva y, tal y como para él se deduce de la sentencia «un retour arrière ne pourrait intervenir qu'à l'issue d'une révision du Traité» («Cours général...», op. cit., p. 306). En mi opinión, no es jurídicamente aceptable una renacionalización de una determinada competencia atribuida a la Comunidad, salvo que originariamente hubiera sido concebido así en el propio Tratado por el que ésta vio la luz; es decir, la alusión al Tratado que hizo el TJCE ha de entenderse hecha a la letra del Tratado en ese momento, y no en referencia a una posible revisión de él en ese sentido. El reconocimiento de los límites formales a la revisión del TCEE que hizo pocos años después el TJCE y su relación con los límites materiales y su contenido, llevan a esta solución.

los Estados miembros en su interior⁸⁵. Evidentemente esto supondría una desaparición de la Comunidad y su sustitución por otra organización diferente, pero al mismo tiempo no sería incompatible con ella puesto que la Comunidad tiene una naturaleza no estática, sino dinámica, de transición, destinada simplemente a la consecución de una integración entre los Estados miembros, a una *unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*⁸⁶.

Los elementos que he descrito constituyen el límite y el objetivo al que tienen que someterse cualesquiera disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario así como todos los operadores jurídicos. Tienen valor de totalidad, identifican el sistema comunitario y marcan las pautas de su desarrollo. Salvaguardarlos significa preservar la identidad y esencia de la Comunidad, su naturaleza. Resultan, en consecuencia, intangibles y permanentes en la Comunidad, lo que les convierte en límite material a las revisiones que pueda sufrir el Tratado comunitario; son su *acervo esencial*. En este sentido, y sólo en este, podríamos hablar de una especie de *ius cogens* comunitario.

Tal y como ya he apuntado con anterioridad, la creación de la Unión Europea en 1992 con el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht supuso la consagración por primera vez en un Tratado de la expresión *acervo comunitario*; actualmente dicha expresión aparece en los arts. 2, 3 y 43 TUE, además de en varias disposiciones de Protocolos y Declaraciones anejos⁸⁷. Al mismo tiempo, el acervo comunitario tendría que convi-

⁸⁵ Como dicen BIEBER, R., JACQUÉ, J-P. y WEILER, J. H. H., «The european construct (...) is (...) rooted in a balance -not a substitution- between nation state and supranationalism structure» (*An ever closer union...*, op. cit., p. 8). «L'existence même de la Communauté, le processus structuré de création d'une union "sans cesse plus étroite" entre les peuples de l'Europe qui repose sur une dialectique entre le respect des États membres pour l'Union et le respect de l'Union pour l'identité de ses États membres (cfr. art. F.1) semble constituer l'un des principes intangibles découlant de la réalité de l'Union fondée sur la volonté des peuples. Par conséquent, l'existence même de la Communauté est soustraite à la modification» (BIEBER, R., «Les limites matérielles...», op. cit., p. 348).

⁸⁶ A juicio de LECOURT, R., el derecho de la Comunidad es «un droit de transition car il est destiné à assurer le passage d'un état de droit —national— à un autre —multinational—. Un droit d'intégration car il introduit progressivement dans le droit étatique initial des pigments d'un type différent d'essence communautaire —d'aucuns disent supranational— de plus en plus nombreux, sans lui faire perdre son homogénéité» (*Le juge devant...*, op. cit., p. 68).

⁸⁷ Vid., por ejemplo: Protocolo n.º 4 anejo al TCE y al TUE sobre la posición del Reino Unido e Irlanda; Protocolo n.º 5 anejo al TCE y al TUE sobre la posición de Dinamarca; Protocolo n.º 30 anejo al TCE sobre la aplicación de los princi-

vir con dos nuevos acervos, el acervo de la Unión Europea y el acervo de la integración diferenciada.

II. ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA

A) EL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA

En la línea de la definición que he dado para el acervo comunitario, y haciendo traslación del concepto, el acervo de la Unión Europea puede definirse como el conjunto de derechos y obligaciones de que son titulares los Estados miembros de la Unión Europea, que deben aceptar todos los demás Estados que quieran adherirse a ella.

B) RELACIONES ENTRE ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA

Cuando el art. 49 TUE, antiguo art. O, relativo a la adhesión a la Unión Europea se refiere a los Tratados sobre los que se funda la Unión, está exigiendo conforme al art. 1 TUE que la adhesión de los nuevos miembros se realice, no sólo a los Tratados creadores de las Comunidades Europeas, sino también al Tratado de la Unión, concretamente a las políticas y formas de cooperación establecidas en los Títulos V y VI TUE⁸⁸. Esto significa que los nuevos Estados miembros no pueden condicionar o renegociar ni el marco jurídico comunitario establecido o acervo comunitario, ni tampoco el marco jurídico creado por el mecanismo de cooperación de la Política Exterior y de Seguridad Común y por el de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior o Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (según se trate de un momento anterior o no al Tratado de Amsterdam), esto es, un acervo no comunitario pero propio de la Unión Europea. El Estado que se adhiere a la Unión Europea, se adhiere a su marco jurídico y político y consiente en obligarse por todas las disposiciones adoptadas en ese marco. El conjunto del acervo comunitario más

pios de subsidiariedad y proporcionalidad; Declaración sobre el art. 10 del Tratado de Amsterdam adoptada por la CIG'96.

⁸⁸ Vid. CURTI GIALDINO, C., «Some reflections...», op. cit., pp. 1093-1094.

el de los Títulos V y VI TUE conforman el *acervo de la Unión*. El acervo comunitario es así parte integrante del acervo de la Unión.

C) RELACIÓN ENTRE ACERVO COMUNITARIO ESENCIAL Y UNIÓN EUROPEA

Constituyendo la Comunidad uno de los fundamentos de la Unión (Art. 1 TUE), está claro que la Unión tiene una de sus bases en un sistema de integración dinámico y evolutivo aunque de transición; por eso las revisiones al TUE tienen en el *acervo comunitario esencial* su límite material. Si a esto sumamos que el propio TUE se considera como una etapa más en el proceso de integración, que los pilares en principio intergubernamentales comienzan a incorporar características típicas del pilar comunitario⁸⁹, y que el art. 43a) TUE introducido por el Tratado de Niza se refiere al reforzamiento del proceso de integración, parece claro que el espíritu integrador está calando definitivamente en todos los ámbitos del Tratado de la Unión, más allá del pilar comunitario. Por esta razón, la desaparición de la Comunidad como tal no implicaría *necesariamente* que la Unión dejara de tener fundamento en ese *acervo comunitario esencial*⁹⁰. En este sentido el acervo comunitario como método de integración (el *acervo comunitario esencial*) sería una suerte de *código genético* de la Unión, una creación eminentemente comunitaria⁹¹. Por tanto, en un caso así, seguirían siendo pertinentes todavía las referencias al acervo comunitario en este sentido.

En esta perspectiva conviene preguntarse cuál es el contenido del acervo comunitario al que se refieren los arts. 2 y 3 del TUE. Según estas disposiciones la Unión, y de modo indirecto los Estados miembros que forman parte de ella, no sólo tienen que mantener el acervo comunitario existente, sino que deben desarrollarlo. La referencia se justifica en cuanto que, como se ha indicado, la Comunidad Europea constituye uno de los funda-

⁸⁹ Vid. BLUMANN, C., «Quelques réflexions sur la notion de communautarisation...», op. cit., pp 61-76.

⁹⁰ DELCOURT, Ch., «The *acquis communautaire*...», op. cit., p. 836. El Anteproyecto de Tratado Constitucional presentado por el Praesidium de la Convención Europea sobre el futuro de Europa el 28 de octubre de 2002 (cit.), elimina, al menos aparentemente, la división de la Unión en pilares tal y como existía hasta ahora.

⁹¹ DELCOURT, Ch., *Ibíd.* p. 840.

mentos de la Unión (art. 1 TUE). Ubicados en el contexto de la evolución futura de la Unión, resulta generalmente admitido que estos artículos deben ponerse en relación con el art. 48 TUE relativo a la revisión de los Tratados. Lógicamente entonces, el concepto de acervo comunitario que se recoge ahí no puede identificarse con la totalidad del acervo comunitario en vigor, sino con su parte esencial. Lo contrario supondría una concepción estática de la Comunidad y de la Unión, alejada de su propio fundamento.

III. ACERVO COMUNITARIO Y ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

A) ¿INTEGRACIÓN DIFERENCIADA O COOPERACIÓN REFORZADA?

Doctrinalmente se han utilizado multiplicidad de expresiones para referirse a este mecanismo conciliador entre capacidades y voluntades de los Estados miembros para profundizar en la integración: flexibilidad, integración flexible, diferenciación, cooperación reforzada, elasticidad, integración diferenciada,... Cuando el Derecho originario, por su parte, se ha decidido a calificar con una expresión particular la posibilidad de que algunos Estados miembros utilicen las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Comunidad para dotarse de un sistema normativo aplicable sólo a ellos (algo que sólo ocurre a partir de 1997 con el Tratado de Amsterdam), lo ha hecho con la expresión *cooperación reforzada*. Sin embargo, en mi opinión, dicha calificación no parece demasiado afortunada. De una parte, sólo identifica una determinada manifestación de esa posibilidad (concretamente la que se recoge actualmente en el art. 11 del TCE), dejando sin calificativo otras manifestaciones del mismo tipo (el actual Título IV TCE). De otra parte, el sistema comunitario es un sistema de integración; lo que hacen los Estados miembros que utilizan el sistema comunitario para dotarse de un sistema normativo aplicable sólo a ellos es integrarse más. Hubiera sido más adecuado, seguramente, utilizar la expresión *integración diferenciada*, ya que además de identificar más propiamente la actividad de algunos Estados miembros al utilizar los mecanismos, instituciones y procedimientos de la Comunidad sólo entre ellos (tal y como acabo de decir), lo más importante de un mecanismo de este tipo es su *efecto diferenciador*, esto es, la diversidad de derechos y obli-

gaciones entre los Estados miembros a que da lugar dicho mecanismo, y su articulación dentro de la Comunidad, la articulación de los distintos niveles de integración. Por esta razón, sin perjuicio de que la recepción expresa en el Tratado comunitario de la expresión *cooperación reforzada*, obligue a utilizar desde ese momento tal enunciado para referirse al mecanismo concreto explícitamente denominado en el Tratado como tal, he optado por utilizar siempre la expresión *integración diferenciada* para referirme con carácter general a la posibilidad de que algunos Estados miembros utilicen los mecanismos, procedimientos e instituciones de la Comunidad para dotarse de un sistema normativo aplicable sólo a ellos y también para referirme a las muestras concretas de dicho mecanismo que el Tratado no califica con ninguna expresión particular⁹².

La posibilidad de que los Estados miembros se situen en distintos niveles de integración ha dado lugar a dos modelos básicos de integración diferenciada, articulados cada uno sobre una de estas dos variables: tiempo

⁹² Ni siquiera parece del todo afortunada la expresión *cooperación reforzada* para referirse a la utilización de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Unión por sólo algunos Estados miembros dando a luz un sistema normativo aplicable sólo a ellos, de manera que algunos de ellos profundicen más que otros en la Unión: por *profundización* de la Unión Europea entiendo la incorporación por algunos Estados miembros al sistema de integración (pilar comunitario) de nuevas políticas, de ámbitos que anteriormente eran sólo objeto de cooperación, nuevos espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, la introducción por primera vez bajo el paraguas de la Unión de espacios no integrados (no comunitarizados) pero cuya inclusión es un signo de voluntad de progresión en el proceso de integración, y la utilización de su entramado para la consecución de los objetivos establecidos. Si esto es una profundización de la Unión Europea, parece mucho más acorde con la realidad definir esa profundización como *integración* antes que como *cooperación*, incluso si sólo es realizada por algunos Estados miembros. Cosa distinta sería que se hubiera decidido hablar de *integración reforzada* en la Unión Europea, y cuya manifestación concreta en los pilares intergubernamentales fuera por necesidad de su propia naturaleza, una *cooperación reforzada*. Sobre el adjetivo *reforzada*, resultaría más adecuado, en mi opinión, el adjetivo *diferenciada* por poner el acento en el efecto que produce la profundización en la Unión Europea de solo algunos Estados miembros. Entre los críticos con la expresión elegida pueden verse: EHLERMANN, C. D., «Différentiation, flexibilité coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam». *RMCUE*. 1997, n.º 3, p. 57; MAN-GAS MARTÍN, A., «La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam». *Comunidad Europea Aranzadi*. Oct. 1998, p. 29; MENGOZZI, P., *Derecho comunitario...*, op. cit., p. 63, nota n.º 106; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos. Estudios. Julio 1998, p. 15.

y espacio. Mientras el primer modelo (temporal) descansa en una construcción europea por etapas en la que participan todos los Estados miembros, el segundo (en el espacio) no asegura una integración común. Concretamente, ambos modelos se diferencian en función del grado de compromiso adquirido por los Estados miembros en relación con la profundización⁹³. Esta clasificación de la integración diferenciada atiende a si puede desprenderse o no del compromiso jurídico adquirido por cada Estado miembro una obligación jurídica de pasar de un estadio inferior a otro superior de integración⁹⁴. Someramente puede decirse que mientras en el caso de una integración diferenciada en el tiempo la asunción de idénticos compromisos por los Estados miembros crea una obligación jurídica para ellos de cambiar de nivel de integración en caso de no encontrarse en el nivel que significa la realización plena y efectiva de los compromisos adquiridos, en el caso de la integración diferenciada en el espacio no existe tal obligación, puesto que los Estados miembros no han asumido los compromisos que exige el nivel de integración superior.

B) CARACTERÍSTICAS DEL ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

El sistema de integración diferenciada de carácter temporal sólo significaría una falta de identidad del momento en que se hace efectiva la transferencia de competencias a la Comunidad. Su establecimiento estaría siempre vinculado a la consecución de un objetivo comunitario, objetivo

⁹³ Este debe ser, efectivamente, el criterio diferenciador pues, como dice STUBB, C-G. A., «...the distinctions (...) are not absolute categorizations since flexible integration inevitably refers to different speeds for different member states in different areas and sometimes in different integrative units» («The 1996 Intergovernmental and the management of flexible integration». *Journal of European Public Policy*. 1997, n.º 1, vol. 4, p. 40).

⁹⁴ Tradicionalmente ha existido una variable más, la variable materia. Sin embargo, a mi juicio, el modelo de integración diferenciada articulado sobre la variable materia se puede integrar perfectamente en el relativo a la variable espacio y contribuir así a una simplificación. Ambos modelos pueden dar lugar a una *disposición espacial permanente* de distintos grupos de integración en función de las materias de que se trate. Ambos modelos contienen, pues, el común denominador capaz de diferenciarlos del modelo de integración diferenciada articulado sobre la variable tiempo.

con el que se han comprometido todos los Estados miembros. En mi opinión, la no efectividad temporal de la transferencia de competencias realizada por los Estados miembros en este caso, sería un régimen estrictamente temporal de funcionamiento de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Comunidad que garantizaría la consecución del objetivo comunitario y que sería incapaz de alterar la naturaleza comunitaria del sistema precisamente por dos factores: la certeza sobre su temporalidad y su inherencia a la consecución de un objetivo comunitario⁹⁵.

Por el contrario, en el sistema de integración diferenciada en el espacio, no todos los Estados miembros se comprometen en idéntico grado en el interior de la Comunidad; no todos realizan la pertinente transferencia de competencias a la Comunidad o, realizándola, ésta puede no hacerse efectiva en el futuro dependiente de la sola voluntad del Estado miembro de que se trate. La desigualdad en la transferencia de competencias efectuada por los Estados miembros de la Comunidad en un determinado ámbito y la no efectividad de la transferencia de competencias efectuada para *todos* ellos, según su decisión, impedirían la vigencia de un único Derecho para *todos* los Estados miembros y, consecuentemente, una única significación y fuerza obligatoria de dicho Derecho. La uniformidad en el contenido, aplicación e interpretación de ese Derecho en el futuro en *todos* los Estados miembros, depende de la voluntad de los Estados miembros de obligarse por tal Derecho realizando la pertinente transferencia de competencias o participando efectivamente en el nivel de integración superior del que aquél es expresión, según el caso. El Derecho de la mayor integración de sólo algunos Estados miembros en el interior de la Comunidad, al no ser un Derecho uniforme en su contenido y, consecuentemente ni en su significación, ni aplicación, carece de los elementos que ya hemos visto que en Derecho comunitario aseguran su triple uniformidad y unidad al respecto, esenciales a la propia identidad y existencia de la Comunidad como Comunidad de integración.

Conforme a lo que acabo de decir, el Derecho que surja de una integración diferenciada en el espacio, será sólo formalmente *Derecho comu-*

⁹⁵ A esta conclusión puede llegarse después de estudiar el sistema de integración diferenciada que supone la UEM al establecer determinadas condiciones de carácter objetivo para pasar a su tercera fase. Esto a reserva, por supuesto, de las particularidades que tiene este sistema de integración diferenciada de carácter temporal, en cuanto que se integra en un sistema de integración diferenciada en el espacio puesto que dos Estados miembros, Reino Unido y Dinamarca, se han desvinculado del objetivo UEM tal y como se configura en el TUE.

nitario en el sentido de que se realiza en el interior de la Comunidad, pero no en sentido estricto, porque carece de elementos que constituyen su esencia. No formará parte tampoco, en consecuencia, del acervo comunitario; será, simplemente, *acervo de integración diferenciada*.

C) RELACIÓN ENTRE ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA Y ACERVO COMUNITARIO

La falta de un contenido, aplicación e interpretación uniformes del Derecho de esa mayor integración en *todos* los Estados miembros de la Comunidad, no es una exigencia inherente a la consecución de objetivo comunitario alguno, sino, simplemente, el resultado de la voluntad de algunos Estados miembros de utilizar el sistema comunitario para la consecución de un objetivo sólo entre ellos. El objetivo que pretenden alcanzar algunos Estados miembros utilizando los mecanismos, procedimientos e instituciones de la Comunidad no es ya un objetivo comunitario en sentido estricto, sino sólo particular de algunos Estados miembros. En definitiva, no existe Comunidad en ese ámbito.

Mediante la práctica de una integración diferenciada de este tipo, los Estados miembros que así lo quieren trasladan sus objetivos a una estructura comunitaria adaptada a la no participación en ella de todos los Estados miembros. Se trata de un subsistema de integración comunitario, una sub-Comunidad Europea en el interior de la Comunidad Europea, susceptible de multiplicarse por tantos ámbitos como aquéllos en los que se establezca. El efecto es el de dar a luz en la Comunidad Europea a varias Comunidades de Derecho; la Comunidad Europea pasa a ser una Comunidad en cuyo interior subsisten varias Comunidades de Derecho.

Si bien es cierto que la práctica de una integración diferenciada de este tipo en la Comunidad significa que los Estados miembros no están sometidos a un único Derecho en su interior, también lo es que las Comunidades de Derecho o subsistemas de integración que ven la luz por su puesta en marcha, están subordinados al sistema de integración comunitario establecido; esto es, que esa integración diferenciada debe siempre suponer una profundización *sobre* el nivel de integración comunitario alcanzado, sin afectar negativamente a éste; no podría ser de otro modo en cuanto que se realiza en el interior de la Comunidad. Por eso, la existencia de varias Comunidades de Derecho en el interior de la Comunidad «común»

no altera, por ese sólo hecho, la naturaleza de ésta como Comunidad de integración tal y como la he descrito y resulta, por tanto, perfectamente compatible con el *acervo comunitario esencial*:

- Cuando el nuevo art. 43 c) TUE del Tratado de Niza establece como una de las condiciones para el establecimiento de una cooperación reforzada el respeto del acervo comunitario, se refiere al *acervo comunitario ordinario* y no sólo al *acervo comunitario esencial*, es decir, al conjunto de todo lo conseguido y alcanzado en la Comunidad⁹⁶. Lo contrario supondría permitir que sólo un grupo de Estados pudiera modificar los derechos y obligaciones existentes de todos los Estados miembros, al margen de cualquier procedimiento de revisión de los Tratados comunitarios. La cooperación reforzada no es un sustituto del procedimiento de revisión de los Tratados⁹⁷. Además, la mayoría de las condiciones establecidas por el Tratado para la puesta en marcha de una cooperación reforzada resultan redundantes y superfluas, al constituir sólo manifestaciones concretas de esa condición.
- La misma solución ha de aplicarse al acervo comunitario al que se refieren los Protocolos 4 y 5 anejos al TCE y al TUE al establecer que los actos que puedan adoptarse en el marco de la integración diferenciada que supone el Título IV TCE no afectarán al acervo comunitario.

La única incompatibilidad de la integración diferenciada en la Comunidad con el *acervo comunitario esencial* se produciría cuando ésta, autorizada directamente por el Tratado y, en consecuencia, conforme con el *acervo comunitario ordinario* en vigor, supusiera una regresión en la integración, en particular cuando algún Estado miembro ejerciera, con base en tal autorización, una reversión de los compromisos jurídicos comunitarios.

⁹⁶ Hasta el Tratado de Niza, el contenido de este artículo aparecía en el art. 43e) TUE.

⁹⁷ AREILZA CARVAJAL, J. M.; DASTIS QUECEDO, A., «Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Amsterdam: ¿misión cumplida?». *GJCE*. 1998, n.º D-29, p. 119; CONSTANTINESCO, V., «Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité». *RTDE*. 1997, n.º 4, p. 761; MANGAS MARTÍN, A., «La cooperación reforzada...», op. cit., p. 32; TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation in European Union Law*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 57.

rios previamente contraídos que le situaran en un nivel de integración inferior frente al resto de Estados miembros⁹⁸.

IV. ADHESIÓN AL ACERVO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

A) ESTADOS MIEMBROS AJENOS AL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

La integración diferenciada en la Comunidad se configura como abierta tal y como se desprende de los arts. 43j) TUE, 11A TCE, arts. 4 y 5 del Protocolo n.º 2, arts. 3 y 4 del Protocolo n.º 4 y art. 7 del Protocolo n.º 5. Dejando a un lado ahora el procedimiento concreto establecido por el Derecho originario para cada incorporación, esto significa que los Estados miembros inicialmente no participantes en la integración diferenciada tienen derecho a participar en ella con posterioridad a su creación. En realidad no podría ser de otro modo por varias razones:

- En primer lugar, si la finalidad de la integración diferenciada es, en último término, la de no paralizar la integración de la Comunidad, una integración diferenciada cerrada no vendría sino a limitar, por principio, la evolución y dinámica comunitaria, es decir, precisamente el efecto contrario del que pretendería.
- En segundo lugar, la integración diferenciada sólo tiene sentido mientras no todos los Estados miembros quieran y/o puedan participar en una mayor integración de la Comunidad. Cuando todos los Estados miembros quieren y/o pueden participar en un avance de la Comunidad, la integración diferenciada carece de sentido. Sería una contradicción autorizar la práctica de una integración diferenciada porque no todos los Estados miembros pueden y/o quieren

⁹⁸ Piénsese, por ejemplo, en lo que supuso en su momento el Protocolo n.º 11 anejo al TUE de 1992 en relación con Reino Unido al rechazar en él el principio mismo de unión monetaria. (Vid. LOUIS, J. V., «Aspectos jurídicos de la unión económica y monetaria». En PÉREZ GONZÁLEZ, M.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (et ali.). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo...*, op. cit., p. 263; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Diferencias de integración y cooperación reforzada...*, op. cit., p. 42).

participar en ella y no permitir que participen en ella el resto de Estados miembros con posterioridad.

- En tercer lugar, la permanencia de grupos cerrados *per sempre* en el interior de la Comunidad sería contrario a su *acervo comunitario esencial*. Una integración diferenciada de este tipo constituiría una suerte de regresión en la integración cuando la integración diferenciada se ha originado por el desacuerdo entre los Estados miembros en relación con el momento o método para la consecución de un objetivo previamente establecido como comunitario. Una integración diferenciada de este tipo vendría a desvincular por completo de dicho objetivo a los Estados miembros que permanecieran en un nivel de integración inferior, en cuanto que no tendrían derecho alguno a participar en él, mientras inicialmente sí lo tenían por tratarse de un objetivo comunitario asumido por ellos, aunque fuera de forma vaga.

Esto no significa, sin embargo, que la adhesión sea completamente automática una vez que el Estado miembro en cuestión decide incorporarse a la integración diferenciada; habrá de comprobarse la aptitud mínima de éste para ello⁹⁹. Si bien idealmente la institución encargada de ello debiera ser la Comisión por tratarse de la institución que vela por el interés de la Comunidad, también podría serlo el Consejo, en cuanto que simplemente se trataría de comprobar el cumplimiento de las condiciones objetivas mínimas para la incorporación, y siempre sería deseable que se

⁹⁹ Sin embargo, conforme al art. 5 del Protocolo n.º 2 anejo al TCE y al TUE, y al art. 3 2º párrafo del Protocolo n.º 4 anejo al TCE y al TUE, ya se trate de participar en la elaboración o adopción de medidas en desarrollo del acervo Schengen o de las genuinas del Título IV TCE, existirá una participación automática de Reino Unido y/o Irlanda previa notificación al Consejo (no solicitud); no existirá, en consecuencia, un examen previo del cumplimiento de las condiciones objetivas para tal participación. No obstante, la participación de estos Estados miembros puede exigir, en ocasiones, la asunción previa de las medidas adoptadas en tales ámbitos que estén necesariamente unidas a tal iniciativa, esto es, aquéllas sin las cuales ésta carecería de sentido, se haría inaplicable o ineficaz (Así lo plantean AREILZA CARVAJAL, J. M. y DASTIS QUECEDO, A., «Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Amsterdam...», op. cit., pp. 135-136). En definitiva, la participación en una determinada iniciativa en desarrollo del acervo Schengen o en desarrollo de las medidas genuinas del Título IV TCE puede exigir la asunción previa de ciertas medidas ya establecidas. Como consecuencia, esto exigiría atender la letra del art. 4 de los Protocolos 2 y 4 anejos.

solicitará un dictamen previo al Parlamento sobre tal adhesión. Tales condiciones mínimas serían aquéllas capaces de mostrar un compromiso serio del Estado miembro en cuestión en relación con las disposiciones de la mayor integración, sin perjuicio del establecimiento de condiciones transitorias si fuera necesario. En cualquier caso, la decisión que al respecto pudiera adoptarse no sería, pues, discrecional, lo que permitiría recurrirla en virtud del art. 230 TCE. El hecho de que la decisión del Consejo o la Comisión para decidir sobre la adhesión de Estados miembros a un nivel de integración superior no fuera discrecional, garantizaría tanto una integración diferenciada abierta como de la coherencia del desarrollo de los sistemas de integración diferenciada.

Sin embargo, esto no sería suficiente para garantizar una integración diferenciada abierta: la inexistencia de vetos previos y la no discrecionalidad del Consejo o la Comisión para decidir sobre la incorporación de Estados miembros a la integración diferenciada, serían insuficientes para considerarla *abierta* si no existieran mecanismos que facilitaran efectivamente la incorporación a ella de Estados miembros que anteriormente permanecían ajenos a ella, esto es, mecanismos de solidaridad o de *coexistencia*¹⁰⁰. Se trata de mecanismos que ayudarían a los Estados miembros que permanecen en un nivel de integración inferior a cumplir con las condiciones objetivas para incorporarse al superior permitiéndoles asumir plenamente el acervo existente al respecto. El establecimiento de *mecanismos puente* entre los dos niveles de integración evitaría una quiebra irreparable entre ellos. Los mecanismos reequilibradores comunitarios serían perfectamente útiles en este caso, sin perjuicio de que pudieran crearse otros específicos.

B) ESTADOS NO MIEMBROS QUE QUIEREN ADHERIRSE A LA COMUNIDAD

La adhesión de nuevos Estados a la Comunidad exige el respeto y la aceptación de la totalidad de su acervo¹⁰¹, lo que significa el respeto y

¹⁰⁰ Expresión de CRESPO, M. C., «La Unión Monetaria europea: los *in*, los *out* y los *opting out*». *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2000, n.º 2, p. 35.

¹⁰¹ Vid. los arts. 2 y ss. de las diferentes Actas de Adhesión. Señalar que actualmente no es posible la adhesión sólo a la Comunidad, sino que la adhesión es a la Unión. Sin perjuicio de ello, y de que este comentario sea trasladable a la Unión, hablo aquí de Comunidad porque este es el objeto del trabajo.

asunción de la práctica de la integración diferenciada puesta en marcha por distintos grupos de Estados miembros, pero no necesariamente su participación en ella, al menos desde el punto de vista jurídico, en cuanto que, como hemos dicho, ésta no puede considerarse acervo comunitario en sentido estricto¹⁰².

El modo en que el nuevo Estado miembro se adhiera al sistema de integración diferenciada existente está directamente relacionado con la formulación que la integración diferenciada tenga en el Tratado:

- Cuando la integración diferenciada se formula en sentido negativo, esto es, se formula como exclusión de un ámbito material determinado de un número mínimo de Estados miembros, la no participación se convierte en excepción. Por eso, podemos pensar que el acervo de estas integraciones diferenciadas es aceptado por los nuevos Estados miembros salvo acuerdo en contrario. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, con los nuevos Estados miembros de la Comunidad incorporados a ella desde el 1 de enero de 1995, Austria, Suecia y Finlandia, quienes se comprometieron a participar en las integraciones diferenciadas existentes ya en la UEM y en la política social respecto de las cuales no se incluyó ninguna excepción en sus respectivas Actas de Adhesión¹⁰³. En estos casos hay un elemento más que apoyaría estas consideraciones: se trata de ámbitos de carácter medular para la integración europea.

En el futuro, el Título IV TCE puede servir de ámbito ilustrativo de esta misma situación aunque debe tenerse en cuenta la letra del Protocolo n.º 2 anejo al TCE y al TUE que impone una solución particular para el *acervo Schengen*. El art. 8 de dicho Protocolo establece que «A efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito *han de aceptarse* en su totalidad *como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión*»¹⁰⁴. De ello se

¹⁰² Cosa distinta es la presión política a la que pudiera verse sometido el nuevo Estado miembro y que le llevaría a comprometerse jurídicamente con una determinada integración diferenciada ya existente en un determinado ámbito.

¹⁰³ Vid. Actas de Adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia a la Unión Europea y a las adaptaciones correspondientes de los Tratados (DOCE L 1 de 1 de enero de 1995).

¹⁰⁴ La cursiva es mía.

desprende que si bien, por un lado, el propio Tratado reconoce que el acervo Schengen no es acervo comunitario (coherente con su condición de resultado de una integración diferenciada, en cuanto que se excluye de él, en principio, a Reino Unido e Irlanda¹⁰⁵), por otro, lo *asimila* a él al *tener que ser aceptado* por todo Estado miembro candidato a la adhesión. Dicha aceptación es obligatoria en su totalidad para los nuevos Estados que deseen incorporarse a la Comunidad¹⁰⁶, independientemente de que temporalmente no se haga posible su aplicación por no cumplir con las condiciones necesarias para ello, habiendo de esforzarse por superar tal incapacidad¹⁰⁷. En consecuencia, no es jurídicamente posible un acuerdo explícito que desvincule a un futuro Estado miembro de dicho acervo. Por eso el acervo Schengen en su totalidad, incluido el desarrollado con base jurídica en el Título IV TCE (en aplicación del art. 2 del Protocolo n.º 2), ha de ser aceptado en su totalidad por los nuevos Estados miembros.

Lo ilógico y absurdo de la diferencia entre acervo Schengen y acervo del Título IV TCE *en sentido estricto*, cuando ambos son en definitiva uno sólo, se reproduce cuando se trata de determinar la relación de algunos Estados miembros con estos ámbitos¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Actualmente Reino Unido e Irlanda se han incorporado parcialmente al acervo Schengen (vid. Decisión del Consejo de 29 de mayo relativa a la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de adherirse a parte del acervo Schengen (DOCE L 131 de 1 de junio de 2000) y Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo Schengen (DOCE L 64 de 7 de marzo de 2002).

¹⁰⁶ POLLET, K., deduce de ello que el acervo Schengen forma parte integrante, una vez incorporado, del acervo de la Unión Europea («L'intégration de l'acquis Schengen dans le cadre de l'Union Européen». En DONY, M. (dir.), *L'Union Européenne et le monde après Amsterdam*. Bruxelles: ULB, 1999, pp. 157-158).

¹⁰⁷ Podría darse a luz a una integración diferenciada de carácter temporal. Vid. Art. 2.2 Protocolo n.º 2 anejo al TCE y al TUE.

¹⁰⁸ Distinguir las disposiciones del acervo Schengen que encuentran su base en el Título IV TCE, y por tanto, se incluyen en él, de las *puras* del Título IV TCE es fundamental a la luz del Tratado para determinar el vínculo jurídico de Dinamarca con cada una de ellas y con su desarrollo, así como para establecer el régimen de incorporación a ellas por parte del Reino Unido e Irlanda, tal y como se desprende de la letra de los Protocolos n.º 2, 4 y 5 anejos al TCE y al TUE: A) La relación jurídica de Dinamarca con el acervo Schengen cuya base jurídica queda determinada en el Título IV TCE, es la que establece el Título VI TUE entre sus disposiciones y los Estados miembros (art. 3 Protocolo n.º 2 en relación con art. 2.1, 4º párr. del mismo Protocolo); en lo que al resto de medidas adoptadas conforme al Título IV TCE se refiere, Dinamarca no estará inicialmente vinculada en absoluto (arts. 1

- Cuando, por el contrario, la integración diferenciada se formula en sentido positivo, esto es, poniendo el acento en aquellos Estados miembros que quieren profundizar (por ej. el art. 11 TCE), de forma que la participación en la profundización que supone la integración diferenciada se convierte en la excepción¹⁰⁹, quien quiera participar en tal excepción deberá decirlo expresamente. Es decir, la adhesión a la Comunidad no implica de modo automático la adhesión a los concretos sistemas de integración diferenciada establecidos salvo acuerdo expreso en contra, sino que tal adhesión se producirá mediante un acuerdo expreso al respecto¹¹⁰.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El *acervo comunitario ordinario*, tal y como anuncié al principio de este trabajo, ha pasado a ser el *mínimo común denominador* obligatorio sobre el que los nuevos Estados miembros irán eligiendo participar o no en ámbitos concretos en los que se practica una mayor integración por

y 2 Protocolo n.º 5); en relación con el desarrollo del acervo Schengen cuya base jurídica se establezca en el Título IV TCE, si Dinamarca decide incorporarlo a su ordenamiento interno haciendo uso del Protocolo n.º 5, se creará para ella una «obligación de Derecho internacional» (art. 5 Protocolo n.º 5); B) Respecto de la adhesión de Reino Unido e Irlanda, el procedimiento de adhesión al acervo Schengen es distinto del que ha de seguirse para la adhesión a disposiciones del Título IV TCE (art. 4 Protocolo n.º 2 y art. 4 Protocolo n.º 4); igualmente, la participación de estos Estados miembros en la adopción de una medida del Título IV TCE en sentido puro, difiere del procedimiento a seguir cuando se trata de participar en la adopción de una medida del acervo Schengen (vid. art. 5 del Protocolo n.º 2 y art. 3 del Protocolo n.º 4).

¹⁰⁹ En este sentido EDWARDS, G. y PHILIPART, E., «Flexibility and the Treaty of Amsterdam: Europe's new byzantium? *CELS Occasional Paper*. 1997, n.º 3, p. 15.

¹¹⁰ A juicio de MANGAS MARTÍN, A., «Hasta ahora, la Europa a la Carta, dado su carácter residual en materias (Unión monetaria y Defensa) y Estados miembros (Reino Unido y Dinamarca), no había incidido en las nuevas adhesiones: los nuevos Estados miembros estaban obligados por el acervo común y se sumaban automáticamente a las normas comunes y no a las exenciones excepcionales. Pero claro, la integración diferenciada institucionalizada *ab initio*, como un derecho individual de primera opción, es muy diferente a la prevista en Maastricht; luego, los nuevos Estados miembros tendrían los mismos derechos para optar por su menú de obligaciones y derechos en los ámbitos en los que haya cooperación reforzada» («Democracia y respeto de los derechos humanos en los países del Este ante la ampliación de la UE». *Comunidad Europea Aranzadi*, 2000, n.º 12, p. 33).

algunos Estados miembros. De este modo incorporarán según su voluntad, el acervo de la integración diferenciada al *acervo comunitario ordinario*. Se da a luz así a una nueva forma particular de acervo en función de los Estados miembros que componen el círculo de integración diferenciada y de las materias en las que se desarrolla.

En adelante, el estatuto de cada Estado miembro de la Comunidad estará compuesto por el *acervo comunitario ordinario* más el acervo de la integración diferenciada que aquél haya decidido asumir; cada Estado miembro configurará a su gusto su *pizza* de derechos y obligaciones dentro de la Comunidad. De este modo, los derechos y obligaciones de los Estados miembros dentro de la Comunidad dejan de ser uniformes.

Confiemos en que las combinaciones de ingredientes elegidos para cada *pizza* contribuyan a alargar la vida de la *pizzería* comunitaria, cuya cocina lleva ya funcionando medio siglo. Pero este es ya otro asunto.

ABSTRACT

Water, flour, a pinch of yeast, *mozzarella* and tomato. These are the basic and essential ingredients of any Italian *pizza*. They compose the so-called *pizza margherita*. Any other ingredient that we wish to add would be an *extra* to that base. Depending on the ingredients that any of the guests at the table would like to add, there would result as many *pizzas* as combinations could be created with the possibilities offered by that the raw materials available at the *pizzeria*. This short gastronomic introduction serves us to illustrate the relationship between the Candidate States to the European Union and, on one side the *acquis communautaire stricto sensu* and, on the other side, the *acquis* resulting from the differentiated integration that have been practiced within the European Community. It also shows the relationship between the current Member States and the *acquis* on differentiated integration. As we will see, since the introduction of the differentiated integration in the European Community, the *acquis communautaire* has become the *lowest common denominator* that the Candidate States must accept should they want to enter in the European Community; it is, then, like the aforementioned *pizza margherita*. On this basis, the new Member States would be able to chose whether they wish to take part or not on specific areas where a deeper integration is exercised by only certain Member States. Thus, a wide variety of rights and obligations arises for the new Member States, according to their own choice: like a *pizza* made of a *margherita* basis where several ingredients had been added on the top. In the same way, the current Member States are able to chose to participate or not in a deeper integration within the Community. In so doing, they create *à la carte* their own particular *pizza* on rights and obligations within the European Community.

The author shows the different concepts of *acquis communautaire* and their relationship with the *acquis* of differentiated integration and the *acquis* of the Union as well.

RÉSUMÉ

De l'eau, de la farine, du sel, une pincée de levure, de la *mozzarella* et de la tomate. Tels sont les ingrédients de base de n'importe quelle *pizza* italienne. Si quelque'un d'eux manque, ce n'est plus une *vera pizza italiana*. Ils conforment la *pizza margherita*. Tout un autre ingrédient qu'on veuille y ajouter serait un extra. Selon les ingrédients que chacun des convives ajoutera à son gré, on obtiendra des différentes *pizzas*, résultantes d'autant de combinaisons que des possibilités nous offrent les matières premières fournies par la *pizzeria* en question. L'auteur s'est servie de cette introduction gastronomique pour illustrer le rapport des États tiers candidats à l'adhésion à l'Union Européenne avec, d'une part l'*acquis communautaire stricto sensu* et, d'une autre avec l'*acquis* résultant de l'intégration différenciée. L'image montre également la relation des États membres avec l'intégration différenciée actuellement pratiquée au sein de la Communauté. Depuis l'introduction de l'intégration différenciée dans la Communauté, l'*acquis communautaire* est devenu *le plus petit dénominateur commun* que les États tiers candidats devront accepter pour devenir membres (une *pizza margherita*). Une fois celui-ci accepté, ils pourront choisir participer ou pas aux autres circuits où il existe déjà une plus grande intégration entre certains États membres: de cette sorte, il naîtra toute une variété de droits et d'obligations pour chaque nouveau État membre, d'après son propre choix (une *pizza* avec une base de *margherita* plus les ingrédients *extra* ajoutés). D'une façon analogue, les États membres actuels peuvent choisir participer ou pas à une plus grande intégration au sein de la Communauté, composant à *la carte* leur propre *pizza* de droits et d'obligations dans la Communauté.

L'auteur révisé aussi les différents concepts du terme «*acquis communautaire*» et ses rapports avec l'*acquis* de l'intégration différenciée et celui de l'Union.

