

# FLEXIBILIDAD Y COOPERACIONES REFORZADAS: ¿NUEVOS MÉTODOS PARA UNA EUROPA NUEVA?

Por JOSÉ M. DE AREILZA CARVAJAL  
& ALFONSO DASTIS QUECEDO (\*)

«Though this be madness, yet there is method in it» (William Shakespeare, Hamlet, II)

## I. INTRODUCCIÓN

La introducción de una o varias cláusulas de flexibilidad en el Tratado de la Unión Europea se ha convertido en el asunto más novedoso de la Conferencia Intergubernamental. Aunque con frecuencia en vez de la palabra «flexibilidad» se utilice la expresión «cooperación reforzada» la idea básica es la misma, establecer nuevas reglas en el Tratado para que varios Estados miembros puedan impulsar la creación de normas europeas sólo aplicables a ellos (1). A estas alturas todavía existe poco acuerdo so-

---

(\*) JOSÉ M. DE AREILZA CARVAJAL es Doctor en Derecho por la Universidad de Harvard, y Profesor de Derecho Comunitario en la Universidad San Pablo-CEU (excedente); ALFONSO DASTIS QUECEDO es Consejero de Embajada. Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales.

(1) No es nuestro propósito entrar en los debates conceptuales o terminológicos que con frecuencia rodean el tratamiento de esta cuestión. Para un intento de delimitación terminológica puede consultarse A. C.-G. STUBB, «A Categorization of Differentiated Integration», en *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, núm. 2, junio 1996. Un comentario a las tesis de Stubb, así como una reflexión general sobre la integración diferenciada en el ámbito del Derecho comunitario puede encontrarse en el artículo de C. D. EHLERMANN, «Increased differentiation or stronger uniformity», *Reforming the Treaty on European Union —the Legal Debate—*, eds. J. WINTER, D. CURTIN, A. KEKKERMAN, B. DE WITTE, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law, 1996, pp. 27-51.

bre cómo se plasmará la flexibilidad en el Tratado. Pero es casi seguro que la reforma de los Tratados incluirá una o más cláusulas de flexibilidad.

En estas páginas se quiere reflexionar sobre lo que puede suponer codificar una u otra versión de la flexibilidad en los Tratados. La flexibilidad puede tener importantes consecuencias para los equilibrios políticos y financieros de la Unión, para la arquitectura jurídica comunitaria y para el funcionamiento y la legitimidad de las instituciones europeas. Todo depende de cuáles sean sus reglas y de cómo se interpreten en la práctica. Hasta ahora, se echa de menos un muy necesario debate público sobre ello y en este artículo queremos contribuir a esa tarea. En las páginas que siguen primero trazamos algunas de las condiciones del proceso de integración europea que han llevado a que se plantee la idea de flexibilidad, de la que repasamos sus antecedentes remotos, precisamente para subrayar su novedad. Luego pasamos revista a las distintas formulaciones de la flexibilidad existentes y a los razonamientos que las justifican y explican su eventual funcionamiento. Finalmente, elaboramos una serie de conclusiones en las que advertimos de los ventajas y riesgos de una u otra versión de la flexibilidad.

## II. LA CLÁUSULA DE FLEXIBILIDAD: ANTECEDENTES Y CONTEXTO EN EL QUE NACE

La introducción de una cláusula de flexibilidad que posibilite el desarrollo de cooperaciones reforzadas entre un número reducido de Estados miembros no carece de antecedentes en la Comunidad europea. El Derecho comunitario ha conocido desde su inicio manifestaciones de flexibilidad, como los diferentes plazos para la transposición de directivas o los periodos transitorios en las Actas de adhesión, y, en especial, desde la reforma de los Tratados en 1991, la flexibilidad ha cobrado una especial relevancia, tanto en las disposiciones sobre Unión Monetaria como en el Protocolo de Política Social.

Ambos capítulos, a través de una regulación detallada y cerrada, permiten que estas políticas europeas se apliquen sólo a un grupo de Estados miembros. No obstante, se trata, en primer lugar, de fórmulas de flexibilidad cuyo contenido ha sido pactado por todos los Estados miembros y cuya modificación requiere la reforma de los Tratados o, al menos, la

unanimidad de todos (2). Por otro lado, permanece la incertidumbre en cuanto a su funcionamiento: la UEM aún no ha entrado en su fase decisiva, que podría plantear problemas institucionales serios entre los países dentro y los países fuera de la zona del euro y el Protocolo de Política Social simplemente no se ha desarrollado y, en general, se ha preferido utilizar las disposiciones del Tratado en materia social, que afectan a los quince Estados miembros.

En los llamados segundo y tercer pilar del TUE o incluso fuera del Tratado existe de modo más extendido una cierta flexibilidad o posibilidad de cooperación reforzada. No todos los Estados miembros pertenecen a la UEO o a la OTAN, en cuyo seno se desarrollará la política europea de defensa. Igualmente, sólo diez Estados miembros forman parte del Acuerdo de Schengen que, fuera del tercer pilar pero en estrecha relación con el mismo, avanza el objetivo de una política común en ciertos asuntos de interior. En estos dos casos sí que estamos ante supuestos de flexibilidad, de tal modo que el contenido de la cooperación reforzada es definido únicamente por los Estados que participan en ella y lo único que se establece por unanimidad es la condición general de que la citada cooperación reforzada no contravenga ni obstaculice la cooperación puesta en marcha entre todos en el TUE. Es preciso señalar, además, que ambas cooperaciones se desarrollan al margen del marco institucional de la Unión. En definitiva, se puede argumentar con fundamento que en estos dos pilares y en su periferia la flexibilidad es sólo un remedio de eficacia limitada a la falta de una verdadera política de defensa europea o en cuestiones de justicia e interior o que, precisamente por la naturaleza cuasi-intergubernamental del segundo y tercer pilar, la flexibilidad es más posible y presenta menos problemas jurídicos e institucionales.

Sin embargo, la manera y extensión con las que se pretende introducir la flexibilidad en la próxima reforma de los Tratados hace que sea un fenómeno sustancialmente nuevo. Las propuestas sobre flexibilidad encima de la mesa de negociación de la Conferencia Intergubernamental son mucho más ambiciosas que los indicios y ejemplos de flexibilidad que existen en los tratados a día de hoy. Se pretende codificar la flexibilidad como una vía más de actuación de la Unión y desarrollar reglas específicas que permitan la flexibilidad en cada uno de los tres pilares del Tratado de la UE, mediante la habilitación para utilizar las instituciones de la

(2) Véanse los artículos N del Tratado de la Unión Europea y el artículo 6 del Protocolo 6 anexo al Tratado.

Unión al servicio de una parte de sus miembros, sin especificar por adelantado y con el acuerdo de todos el contenido de esa cooperación. En definitiva, se crearía un Derecho europeo particular que sería Derecho de la Unión, con sus mismas características, pero elaborado sólo con la participación de un número reducido de Estados miembros, que serían los únicos que lo aplicarían.

Para entender la irrupción de la nueva flexibilidad en el panorama europeo, merece la pena intentar establecer el contexto en el que se formulan dichas propuestas, teniendo en cuenta las vicisitudes de la integración europea reciente. De hecho, se puede argumentar que los tres grandes proyectos en curso del proceso de integración reclaman flexibilidad:

- En primer lugar, el paso a la tercera fase de la Unión Monetaria creará una Europa a dos velocidades, por lo que puede tener sentido permitir que los países del grupo de cabeza puedan adoptar legislación europea sólo aplicable a ellos en los distintos (y numerosos) ámbitos relacionados con la moneda única.
- En segundo lugar, la ampliación o ampliaciones podría hacer que en quince años la Unión comprendiese a unos veinticinco Estados. Ante tal número de socios, con situaciones económicas bien distintas y con intereses con frecuencia poco coincidentes, cabe defender la idea de flexibilidad para que las normas europeas reflejen mejor las necesidades y aspiraciones de los Estados miembros, aun con el precio de que se apliquen a sólo un grupo de ellos.
- En tercer lugar, los problemas de eficacia y de democracia de las instituciones europeas y la falta de acuerdo entre los Estados miembros sobre una visión común de Europa en el debate en la Conferencia Intergubernamental parece que llevarían a instaurar la flexibilidad.

Detengámonos un momento en los problemas de democracia o legitimidad. Desde hace una década, no pocos Estados miembros experimentan una y otra vez que el precio de tomar decisiones por mayoría en el setenta por ciento de los asuntos sobre los que legisla el Consejo es perder su capacidad de controlar el resultado de este proceso de toma de decisiones. Esto afecta de modo grave a la legitimidad de fondo de la Unión Europea, que se asienta en una diversidad de pueblos europeos, tanto des-

criptiva como normativamente. Por eso, la «democratización» de sus estructuras no se puede basar simplemente en aplicar criterios de toma de decisión por mayoría: la polis europea es distinta al modelo del estado nación, basado un *demos* que vota y es gobernado por la formación política que obtiene la mayoría. La exigencia de la unanimidad para muchas decisiones tiene su justificación por razones de legitimidad. Pero el precio que se paga por mantener la unanimidad es muchas veces el bloqueo, sobre todo en una Unión de quince socios.

Al menos en teoría, la flexibilidad permitiría que la Unión actuase y a la vez, que los Estados miembros controlasen mejor el tipo de normas europeas que quieren que se les aplique y su contenido, siempre que participen en la cooperación reforzada. Si se quedan fuera de ella, se librarían de la aplicación de unas normas no deseadas por ellos.

Hay además dos factores históricos que apoyarían la utilización de la flexibilidad para fortalecer la legitimidad de la Unión Europea: la creciente divergencia entre los intereses nacionales de los cada vez más numerosos Estados miembros, tras las cuatro ampliaciones habidas, y el hecho de que la Unión entra cada vez en más áreas de la vida económica y social y su derecho tiene primacía frente al nacional, sin que por ahora existan mecanismos políticos o jurídicos eficaces para limitar tal expansión (3). No obstante, también es posible criticar esta idea de reforzar la legitimidad de la UE a través de la flexibilidad: la cohesión entre sus miembros se resentiría, la tendencia a imponer las reglas de los de dentro a los de fuera crearía tensiones y la complejidad institucional agravaría los ya serios problemas de transparencia y de comprensión por los ciudadanos del ejercicio del poder europeo.

Desde el punto de vista de la eficacia, la flexibilidad permitiría resolver problemas de bloqueo por uno o más estados miembros, en áreas en las que todavía la decisión se toma por unanimidad o en las que es fácil que existan coaliciones de países dispuestos a formar minorías de bloqueo. Sin embargo, también cabe argumentar, que la complejidad institucional

---

(3) Para una narración completa y original de la expansión de competencias comunitarias y el desarrollo paralelo de la arquitectura jurídica europea, véase J. WEILER, «The Transformation of Europe», *100 Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403-2483. Para una interesante discusión y valoración de la ausencia de límites políticos y jurídicos al crecimiento de competencias europeos véase R. DEHOUSSE, «Community Competences: Are There Limits to Growth?», *Europe After Maastricht: an Ever Closer Union?*, ed. R. DEHOUSSE, LBE-Beck, 1994, pp. 103-125.

y jurídica que supondría la puesta en práctica de la flexibilidad tendría un coste alto sobre la eficacia de la UE.

### III. MODELOS DE FLEXIBILIDAD EN LA CIG

La cuestión de la flexibilidad ha estado presente en la actual Conferencia Intergubernamental desde el inicio de sus trabajos. Ahora bien, tanto en el Informe del Grupo de Reflexión, realizado bajo presidencia española, como en los trabajos desarrollados bajo presidencia italiana, las discusiones se mantuvieron en el plano de los principios generales, identificando las posibles modalidades de flexibilidad (cooperación estructurada y predeterminada, cláusula de habilitación, y flexibilidad caso por caso), sin descartar ni dar preponderancia a ninguna de ellas.

El debate se centró con la presentación por Francia y Alemania de un documento proponiendo la inclusión de una «cláusula general de flexibilidad» o de «cooperación reforzada» en el Tratado de la Unión Europea y cláusulas de flexibilidad específicas para cada pilar del TUE. Se eligió así la modalidad «más flexible» de la flexibilidad, que habilitaría a un grupo de Estados miembros a desarrollar entre ellos una cooperación reforzada cuyo contenido no sería pactado de mutuo acuerdo por todos los Estados miembros de la UE.

El origen intelectual próximo de la propuesta franco-alemana hay que buscarlo en el documento de la coalición alemana CDU/CSU, elaborado por dos de su más destacados líderes, K. Lamers y W. Schauble, en Septiembre de 1994 (4), en el que se pide una Europa a geometría variable o a varias velocidades que evite precisamente la consagración de una Europa a la carta y limitada esencialmente a la cooperación intergubernamental.

Es interesante esta contraposición entre «Europa a varias velocidades» y «Europa a la carta» (5). Las varias velocidades suponen mismos objetivos y voluntad igual de conseguirlos, pero necesidad de adoptar ritmos distintos en el progreso hacia ellos. La Europa a la carta es lo contrario:

---

(4) El título del documento es «Reflexiones sobre la política europea», *CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages*, Bonn, 1 de septiembre, 1994.

(5) Estas diferencias fueron señaladas por A. REMIRO BROTONS en su Conferencia «Moneda Unica y Transferencias de Soberanía», pronunciada el año pasado en el Curso de Verano de la Universidad Complutense sobre *Moneda Unica y Opinión Pública Europea*, el 4 de julio de 1996.

cada Estado miembro elegiría en qué tipo de políticas europeas quiere comprometerse y hasta qué grado, sin que existiese necesariamente un núcleo de países que avanzasen homogéneamente y por delante (de hecho la expresión «avanzar» ya no tendría sentido colectivo). El Primer Ministro Major propuso precisamente en otoño de 1994 este modelo de Europa a la carta o matricial —es decir, basado en una matriz en la que cada Estado miembro decidiría su participación en qué políticas y con qué grado de participación— en respuesta al documento de la CDU/CSU (6).

Sin embargo, el modelo propuesto por Francia y Alemania en la CIG no distingue claramente entre estas dos posibilidades, Europa a varias velocidades o a la carta, y de hecho parece que deja la vía abierta a la instauración del segundo modelo, a pesar de lo dicho por Lamers y Schauble.

Antes del inicio de la CIG, en la preparación del Consejo Europeo de Madrid, el 6 de Diciembre de 1995 el Canciller Kohl y el Presidente Chirac ya dirigieron una carta al Consejo proponiendo la idea de la flexibilidad, sin especificar sus contornos, como un instrumento para ir adelante en la integración europea sin ser obstaculizados por las dificultades de alguno de los socios. En marzo de 1996, el Primer Ministro de Francia Alain Juppé se dirigió a la Asamblea Francesa en estos términos:

«tengamos la valentía de decir que la Unión Europea del mañana estará compuesta por dos niveles: uno, la Unión de Derecho formada por los quince Estados miembros existentes más los que se adhieran más adelante y otro más integrado en torno a Francia y a Alemania, preparados para ir más deprisa y más lejos en áreas como la moneda o la defensa».

La intervención de Juppé insinuaba además que este núcleo se regiría por reglas en su toma de decisiones distintas a las del pilar comunitario, que favorecerían la primacía del Consejo de Ministros (7). Detrás de su propuesta a la CIG, Francia y Alemania estarían decididas a no dejar que

(6) Hay que tener también en cuenta que en Alemania el principal partido en la oposición, el SPD, que controla la Cámara Alta, se ha mostrado en principio crítico con la idea de una cláusula de flexibilidad, véase C. GENNRICH, «El SPD señala las condiciones para la CIG», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 de febrero, 1997.

(7) Véase el *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Francesa*, 13 de marzo, 1996.

el veto de un Estado miembro frenase el desarrollo de la integración europea en muchas áreas y, a la vez, que los países que entren en el grupo de cabeza en la moneda única puedan progresar sin el resto en materias como defensa, política exterior, justicia y asuntos de interior, sin descartar algunos aspectos del mercado interior (8).

La actual propuesta franco-alemana a la CIG sobre flexibilidad (9) se desdobra en una cláusula general de aplicación para toda la Unión y en disposiciones específicas para cada uno de los pilares. La cláusula general autorizaría a los Estados miembros que deseen establecer una cooperación más estrecha entre ellos a hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en los Tratados, siempre y cuando esa cooperación se base en una serie de principios:

- la puesta en marcha de una cooperación reforzada debe hacerse para desarrollar los objetivos de la Unión;
- siempre respetaría el Tratado y el Derecho Comunitario;
- preservaría el marco institucional único;
- ningún Estado miembro podría vetar una iniciativa de flexibilidad;
- tales iniciativas tendrían lugar, por lo general, en ámbitos en los que el Consejo de Ministros de la UE decide hoy por unanimidad, pero no siempre: podrían existir excepciones caso por caso;
- el objetivo sería la participación del número más elevado posible de Estados; ningún Estado que tuviese la voluntad y la capacidad de participar debería ser excluido.

En lo que respecta a la cláusula específica para el primer pilar, el documento franco-alemán añade algunas precisiones adicionales:

- la flexibilidad no podría tener un impacto adverso en el mercado interior ni en las políticas comunes, dejándose abierta la puerta al establecimiento de una lista de materias en las que sería posible la flexibilidad;
- sería necesario contar con un dictamen conforme de la Comisión, pero no dispondría esta institución del derecho exclusivo de iniciativa para poner en marcha cooperaciones reforzadas;

---

(8) Véase J. ELORZA, «Complexity and Compromise surround IGC Debate», *Challenge 96 (IGC Intelligence Service)*, Issue 11, november-december 1996, pp. 10-11.

(9) Véase el número 2009 de la colección «Documentos» de la *Agencia Europe*, 29 de octubre, 1996.

- los costes administrativos de iniciativas de flexibilidad correrían a cargo de la UE, los operativos a cargo de los Estados miembros participantes.

Las previsiones para el segundo y tercer pilares son aún más generales y sólo merece destacarse la salvaguarda expresa de la posibilidad de mantener una cooperación reforzada fuera del marco institucional único, como ocurre ahora en virtud de los artículos J.4.5 y K.7 del TUE.

La propuesta franco-alemana es genérica en muchos de sus términos, lo que facilitaría la puesta en marcha de la flexibilidad sin más salvaguardas que algunas muy elementales. Llama la atención en particular la ambigüedad mantenida sobre el papel a desarrollar por las Instituciones de la Unión. En el caso del Consejo, en concreto, no se especifica si los Estados no participantes en la Cooperación reforzada podrían participar en las deliberaciones aunque no tuvieran derecho a voto o si quedarían excluidos también de las deliberaciones. Se rompería así la unidad del Consejo, preservada hasta ahora en la UEM y el Protocolo social. No es posible dejar de preguntarse si los proponentes tendrán en mente un modelo semejante al del Consejo de Estabilidad que propugnan en el marco de la UEM.

Aparte de la propuesta franco-alemana, Italia ha hecho pública una fórmula de flexibilidad próxima a las tesis de Chirac y Kohl (10) y Portugal y el Reino Unido han formulado contrapropuestas sobre flexibilidad. Las posiciones portuguesa (11) y británica (12) son más restrictivas y reclaman que cualquier Estado miembro pueda vetar la puesta en marcha de una cooperación reforzada y que se excluya todo lo relacionado con el mercado interior del ámbito de aplicación de la flexibilidad. En concreto, el gobierno de Major prefiere un sistema en el que se multipliquen los opt-outs, y esta pudiera ser también la postura de los laboristas ahora en el poder (13).

(10) Para una descripción de la propuesta sobre flexibilidad formulada por Italia, véase el *Boletín de la Agencia Europe* del 17 de enero, 1997, núm. 3885, pp. 2-4.

(11) Véase T. HELM, «Blueprint drawn for multi-speed European Union»; *The Daily Telegraph*, 9 de enero de 1997, p. 2.

(12) Véase *Boletín de la Agencia Europe*, 13-14 de enero, 1997, núm. 3882, p. 4.

(13) En este sentido, véanse las declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores británico M. RIFKIND recogidas en el *Boletín de la Agencia Europe*, 20-21 de enero, 1997, núm. 3887, el comentario del líder laborista T. BLAIR negativo ante la idea de una flexibilidad muy desarrollada en el *Boletín de la Agencia Europe* del 17 de enero, 1997, núm. 3885, p. 4, y el artículo de I. DAVIDSON, «Tres retos para una cumbre», *Diario Expansión*, 9 de abril, 1997.

La Presidencia holandesa, que aspira a terminar en Julio la CIG, algo difícil pero posible, ha hecho propuestas concretas sobre flexibilidad, intentando que las tesis franco-alemanas sean aceptadas, tras sus convenientes modificaciones para que puedan ser asumidas por los países que no las comparten (14).

En el estado actual del debate, las discusiones se centran en cuatro puntos:

- las condiciones para la puesta en marcha de una cooperación reforzada, en particular, la mayoría necesaria para ello (unanimidad para algunos) y el papel de las instituciones en ese proceso;
- la delimitación de su ámbito de aplicación, ya sea mediante una lista de materias o mediante el establecimiento de unas salvaguardias que protegiesen los logros principales de la Comunidad;
- las reglas de funcionamiento en el interior de la cooperación reforzada, una vez puesta en marcha;
- las relaciones entre Estados participantes y no participantes, así como las condiciones en que éstos podrán unirse a aquellos.

#### IV. VALORACIÓN CRÍTICA

Las propuestas de una cláusula de flexibilidad han despertado recelos en buen número de Estados miembros porque puede crear numerosas divisiones en la futura Unión. En particular, son comprensibles las reservas a permitir la introducción de una cláusula general de flexibilidad en el primer pilar, dada la especial naturaleza jurídica y política de la Comunidad Europea. Si bien en el segundo y tercer pilar ya existen «uniones dentro de la Unión», en el ámbito comunitario las situaciones en las que las mismas reglas no son válidas para todos son excepcionales y están pactadas con todo detalle en el Tratado. Por su parte, los defensores de la flexibilidad argumentan que su objetivo es precisamente hacer progresar la integración europea en una Europa ampliada y con una moneda única en la que no participarán todos los socios.

---

(14) Véase la crónica del *Diario Handelsblatt* el 19 de febrero, 1997, recogiendo las declaraciones del negociador alemán en la CIG, Sr. Hoyer sobre el trabajo de la Presidencia holandesa en el campo de la flexibilidad.

Cuál de estas dos posiciones se revele acertada, y con ello el grado de contribución de la flexibilidad al proceso de integración europea, dependerá de la respuesta que finalmente reciban las cuestiones que, según acabamos de señalar, centran el debate en la CIG: las condiciones de puesta en marcha de la flexibilidad, su ámbito de aplicación, las reglas que regulen el desarrollo de las cooperaciones reforzadas una vez se pone en marcha la flexibilidad, y las que definan la relaciones entre los Estados que participen y los que no.

Algunos sostienen que la petición de una cláusula general de flexibilidad en las negociaciones de la CIG es sobre todo una amenaza para lograr avanzar más rápido todos, es decir, para que todos los Estados miembros acepten pasar la toma de decisiones por mayoría cualificada a más áreas. Se estaría incentivando a los Estados miembros que se oponen a tal extensión a suavizar sus posturas, como moneda de cambio por el rechazo de la cláusula de cooperación reforzada. Esto no es del todo cierto: con veinticinco Estados miembros la toma de decisiones por mayoría cualificada no es garantía de que se avance con facilidad, por lo menos no en la dirección que quieren los proponentes de la flexibilidad.

A pesar de ello, este razonamiento parece estar en la base de la previsión contenida originalmente en la propuesta franco-alemana según la cual la cooperación reforzada se aplicaría en principio a los ámbitos en que las decisiones se tomen por unanimidad. Esta lógica subyace igualmente al documento de la Comisión, que ve en la flexibilidad un instrumento para impedir un bloqueo del proceso de la toma de decisiones y que considera a la toma de decisiones por mayoría cualificada la expresión de una voluntad unitaria aplicable a todos (15). En efecto, cuando en un ámbito se mantiene la unanimidad es porque los Estados lo consideran de importancia esencial y no están dispuestos a quedar en minoría. La introducción de la flexibilidad permitiría salvaguardar los intereses de quienes no desean verse imponer una regulación contra su voluntad y de quienes desean progresar en ese ámbito.

Esta misma lógica está detrás de la técnica de la abstención constructiva en el segundo pilar y del hecho de que se la pretenda aplicar a las materias en que la decisión se toma por unanimidad, sin que se prevea su utilización para escapar a la aplicación de una decisión por mayoría cualificada.

---

(15) Véase la posición de la Comisión sobre flexibilidad en el número 2022 de la colección «Documentos» de la *Agencia Europe*, 29 de enero de 1997.

Sin embargo, la idea de restringir el ámbito de aplicación de la flexibilidad a las materias en que se mantenga la toma de decisiones por unanimidad no parece que vaya prosperar. De hecho se observa una tendencia creciente por parte de los defensores de la flexibilidad a resistirse a una delimitación *a priori* de su ámbito de aplicación, ya sea mediante la fijación de una lista de materias excluidas (lista negativa) o de materias en las que estaría permitida (lista positiva). De tal manera que la única limitación al juego de las cooperaciones reforzadas, en el primer pilar, vendría dada por el establecimiento de una cláusula de «no perjuicio a las libertades fundamentales del Derecho comunitario, al mercado interior y a las políticas comunes».

El criterio de la unanimidad también parece en trance de ser abandonado en lo que concierne al número de Estados necesario para desencadenar una cooperación reforzada, cobrando cada vez más respaldo la idea de requerir una mayoría de Estados a favor, aún por determinar.

En ambos casos, la garantía del respeto al orden comunitario y a los intereses de los Estados miembros en minoría sería confiada a la Comisión que emitiría un dictamen sobre la conformidad de la cooperación propuesta con los Tratados.

Paradójicamente, aunque el grado de desarrollo de la reflexión sobre la flexibilidad es menor en lo que respecta al segundo y tercer pilares, parece existir una opinión mayoritaria en favor de exigir, aquí sí, la unanimidad de los Estados miembros para que se pueda poner en marcha una cooperación reforzada. Así ocurre con las dos fórmulas de flexibilidad que se barajan en este ámbito, a saber, la abstención constructiva en el segundo pilar y la posibilidad de una entrada en vigor diferenciada de los Convenios internacionales en el tercer pilar, que siempre estaría condicionada a la existencia de un acuerdo unánime sobre el texto definitivo del Convenio.

Esta mayor rigidez para el desencadenamiento de la flexibilidad en un ámbito menos integrado que el pilar comunitario, y juzgado generalmente más propicio a las cooperaciones reforzadas, podría quizás encontrar una explicación en el hecho de que las materias objeto del segundo y tercer pilares se han considerado tradicionalmente más cercanas al núcleo duro de la soberanía estatal, así como en la ausencia de controles institucionales desarrollados como los existentes en el primer pilar que velarán por la protección de las minorías frente a la tentación de la mayoría de utilizar la etiqueta de la Unión en interés propio.

En todo caso, el aspecto político más importante y tal vez preocupante de la introducción de una cláusula general de flexibilidad es que, al crear la posibilidad de que algunos Estados miembros avancen solos en algunas áreas de la integración europea, a la larga también se otorga a estos Estados la seguridad de controlar cómo avanzan los demás en ese terreno. Los participantes en la cooperación reforzada tendrían derecho a desarrollar ellos solos un Tratado pactado por quince Estados miembros. Es decir, un pequeño círculo, posiblemente intergubernamental, estaría controlando una buena parte del futuro de la integración europea: el resto de los Estados miembros serían invitados, con el tiempo, a aceptar las normas preparadas en la cooperación reforzada, a pesar de haberse negociado a la medida de unos Estados miembros con una situación económica y social en buena medida distinta. Este fenómeno podría hacer pasar a los países fuera de la cooperación reforzada por situaciones parecidas a los procesos de adhesión de los países no fundadores de la Comunidad.

Tal situación se trata de evitar garantizando que el acceso de nuevos Estados a una cooperación reforzada en marcha se hará conforme a los mismos criterios utilizados para los participantes iniciales. Ello es, sin embargo, difícil de conjugar con el hecho de que quienes participen en una cooperación reforzada necesariamente crearán un acervo particular que se irá desarrollando y que se aplicará a todos aquellos que se unan con posterioridad, los cuales tendrán que aceptar unas normas en cuya elaboración no habrán participado.

Pero si los efectos de una cooperación reforzada tendrán vocación a ser impuestos a los participantes sobrevenidos, no van a dejar de influir tampoco en aquellos que queden fuera del círculo de participantes. Es previsible que el desarrollo del acervo comunitario «general» se vea, si no paralizado, al menos condicionado en su desarrollo por las normas que pongan en marcha los participantes en una cooperación reforzada, de manera que será más difícil avanzar en un sentido distinto al preconizado por el grupo de cabeza. Lo ocurrido en el tercer pilar en relación con los acuerdos de Schengen es un claro ejemplo de este fenómeno.

En este mismo orden de cosas, no resultaría tranquilizador para la libertad de acción de los no participantes en una cooperación reforzada, y ni siquiera para el desarrollo de la Unión en su conjunto, la posible introducción en el Tratado de una cláusula de «solidaridad política», en virtud de la cual los Estados no participantes se comprometiesen a no obstaculizar la puesta en práctica de una cooperación reforzada.

La tentación simplista al plantearse esta nueva distribución del poder en la Unión Europea a través de la flexibilidad es argumentar que se trata de confirmar lo que ya existe: con frecuencia, al hablar sobre el ejercicio del poder en la Unión Europea se simplifica y se llega a afirmar que realmente es gobernada por un directorio de gobiernos de países grandes. Sin embargo, en la práctica, tal observación no deja de ser una descripción superficial o tal vez nostalgia de un pasado ya lejano. Hoy en día, y dependiendo de en qué áreas, las instituciones europeas supranacionales (Comisión y Parlamento) tienen una influencia real en los contenidos de la legislación europea que aprueban y la influencia de los ejecutivos nacionales en estas dos instituciones no es decisiva. Igualmente, en muchas áreas del primer pilar se desarrolla un fenómeno que podemos llamar «infranacionalismo», en el que ni los Estados miembros ni las instituciones europeas son actores unificados y el poder está en manos de agentes sin lealtades nacionales o europeas (16). La flexibilidad sería entonces no una revelación de algo que está oculto pero se sabe, sino un intento sin garantías de éxito para volver a controlar el poder en la Unión Europea por parte de los ejecutivos de los Estados miembros, lo cual en todo caso ilustra la profundidad a la que ha llegado el proceso de integración europea y no deja de plantear problemas de legitimidad e incluso de eficacia.

Siguiendo con este razonamiento, no es de extrañar que para controlar los resultados de la cooperación reforzada y desde este núcleo extenderlos paulatinamente al resto de la UE, los proponentes de la flexibilidad dificulten la introducción del actual *modus operandi* comunitario en las cooperaciones reforzadas y prefieran en estos recintos una Comisión y un Parlamento Europeo sin poderes sustantivos y un Tribunal de Justicia bastante al margen [la Comisión ha manifestado su deseo de que las cooperaciones reforzadas se hagan por los procedimientos «más comunitarios posibles» (17) pero la Comisión tiene voz y no voto en la CIG]. Este peligro se trata de conjurar introduciendo un criterio de paralelismo en la toma de decisiones entre la cooperación reforzada y las reglas del Tratado en la materia corres-

(16) Véase los trabajos sobre la evolución de la distribución de poder en la UE y el alcance tanto del Supranacionalismo como del Infranacionalismo de J. WEILER *et al.*, «The European Democratic Critique: Five Uneasy Pieces», *Harvard Law School*, Jean Monnet Working Paper núm. 1/95, y de J. M. de AREILZA CARVAJAL, «Sovereignty or Management: The Dual Character of Supranationalism Revisited», *Harvard Law School*, Jean Monnet Working Paper núm. 2/95.

(17) Véase el *Boletín de la Agencia Europea*, 23 de enero, 1997, núm. 3889, p. 2.

pondiente, de tal manera que el papel de cada institución y la mayoría necesaria fueran los mismos en uno y otro marco. A la larga, sin embargo, se puede hasta prever que la Comisión defendiese más el interés de los participantes en la cooperación reforzada por encima del interés comunitario, para ganarse la confianza de los países que harían «avanzar» las distintas áreas de la integración europea, en vez de bloquearlas o desarrollarlas muy gradualmente y al paso del más lento.

Es fundamental recordar que, en el plano político, la integración europea se basa en equilibrio entre países grandes y pequeños, y entre más y menos desarrollados. La ampliación en ciernes modificará estos equilibrios, que de hecho son cambiantes, pero se hará a través de una negociación aceptada por todos. Con la flexibilidad (eso sí, una vez que la cláusula sea aceptada por todos) ya no hay que acomodar todas las diferencias, tal vez porque no se pueda, pero se corre el riesgo de provocar divisiones entre países dentro y fuera de las cooperaciones reforzadas, lo que a su vez podrían alimentar reacciones nacionalistas muy fuertes en algunos Estados miembros (18).

La flexibilidad también plantea específicamente en el primer pilar serios problemas, jurídicos, financieros e institucionales una vez se intenta describir cómo funcionaría en la práctica, algo que por ahora no han hecho sus proponentes. Con la flexibilidad, en un sólo ámbito institucional podrían convivir dos tipos de procedimiento y dos tipos de normas aplicables a las mismas áreas. Dada la interdependencia entre determinadas políticas de la Comunidad, habría una penosa negociación continua sobre la delimitación de áreas competenciales del núcleo duro, así como sobre la financiación de estas políticas (19). Además, hay países dispuestos a avanzar en ciertos ámbitos y no en otros, lo cual llevaría hacia una Euro-

---

(18) Una buena muestra de la reacción de los euro-escépticos ante este potencial peligro se puede encontrar en el artículo de B. ANDERSON, «Chancellor Kohl says he wants a flexible Europe. But he does not mean it», *The Spectator*, 2 de noviembre, 1996. ANDERSON señala que la flexibilidad serviría para que un núcleo duro de países controlase de hecho a través de la flexibilidad el trabajo de las instituciones europeas así como el presupuesto de la UE, y para que tomase decisiones sobre política monetaria que acabarían siendo aceptadas por los países fuera del núcleo duro.

(19) Véase el comentario de J. ELORZA en el que reclama que las políticas de cohesión económica y social queden fuera de la aplicación de la flexibilidad, al estar basadas en un objetivo y un principio de la Unión Europea e introduce la idea de que existe un «acervo financiero» que debe respetarse, *op. cit.*

pa a la carta, de una complejidad operativa enorme (20). Cabe incluso pensar en la posibilidad de puesta en marcha paralela de más de una cooperación reforzada sobre una misma materia. Piénsese por ejemplo en la cooperación medioambiental para proteger diferentes zonas específicas de la Comunidad.

Desde un punto de vista jurídico, es fundamental recordar que el éxito del Derecho comunitario radica en que lo aplican los jueces nacionales como un Derecho uniforme y supremo y que crea derechos que los individuos pueden invocar ante tribunales nacionales. Esto ha sido reconocido por los ordenamientos jurídicos nacionales, de tal modo que se ha llegado a afirmar que el paradigma del derecho comunitario ya no sería el derecho internacional sino el federal o constitucional (21). El Derecho creado por la cooperación reforzada o bien quedaría desplazado en muchas ocasiones por el comunitario o bien habría que atribuirle unas características aún más federales, lo cual no se conseguirá fácilmente en todos los países participantes en la cooperación reforzada. Esta posible reacción negativa puede extenderse a la futura recepción del Derecho comunitario mismo en dichos Estados miembros.

Si se consiguiera la primacía del Derecho de la cooperación reforzada en los Estados participantes sobre el comunitario correríamos el peligro de fragmentar el mercado interior, al crear normas distintas aplicables a unos pocos que dificultarían la libre circulación y la competencia (22). Si se dejase sin resolver la cuestión de la primacía y se intentase la convivencia de ambos derechos, cada uno en su ámbito de competencia, habría grandes dificultades para delimitar estos ámbitos (y para decidir quién

---

(20) Véase el artículo de B. TONRA, en el que se insiste en esta idea, «False Promise of Flexibility», *Challenge 96 (IGC Intelligence Service)*, Issue 11, november-december 1996, p. 7.

(21) Para justificar esta afirmación, véase el artículo de K. LENAERTS, «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, p. 220 y, por supuesto, el ensayo de J. WEILER sobre la evolución del paradigma jurídico-político comunitario, «The Transformation of Europe», *op. cit.*

(22) Según la Agencia Europe, el actual Presidente del Parlamento Europeo, J. M. GIL-ROBLES, advirtió de este peligro en su primera intervención en una sesión de la Conferencia Intergubernamental, en la que pidió diversas restricciones y cautelas para codificar con éxito la flexibilidad, que él prefiere llamar «integración reforzada», véase lo recogido el 20-21 de enero, 1997 por el *Boletín de la Agencia Europe*, núm. 3887, p. 3.

lo haría) y además, enseguida escucharíamos acusaciones de dumping social, ambiental, etc., contra los países fuera de las cooperaciones reforzadas, sin normas «avanzadas» al respecto. Por eso, la solución más coherente con el objetivo declarado de la flexibilidad de favorecer el desarrollo de la integración europea sin menoscabar el acervo existente consistiría en un reconocimiento expreso de qué el Derecho particular de las cooperaciones reforzadas cederá, en caso de conflicto, ante el Derecho general de la Unión.

## V. CONCLUSIONES

Para insertar en el TUE una cláusula de flexibilidad en el primer pilar es necesario la aprobación de todos los Estados miembros, conforme al artículo N. De no ser así, los países interesados en promover el núcleo duro no tendrían más opción que crear entre ellos un Tratado separado, con instituciones distintas y su propio Derecho. La puesta en práctica de esta posibilidad de hacer fuera de la UE lo que no puedan hacer dentro tendría el inconveniente serio de que los países promotores no podrían aprovechar la «imagen de marca» de la UE, ni la fuerza de su Derecho, aplicado por los jueces nacionales y con primacía frente al Derecho nacional y frente a los pactos entre Estados miembros posteriores a los Tratados comunitarios. De hecho, se encontrarían ante una posible falta de competencia jurídica para establecer acuerdos entre ellos sobre materias que ya hubieran sido objeto de regulación por parte de la Comunidad.

Por eso, parece que los promotores de la cláusula general de flexibilidad tendrán que acomodar los puntos de vista de otros Estados miembros menos entusiastas y demostrar cierta «flexibilidad» ellos mismos. El comisario M. Oreja ha destacado que al principio la flexibilidad se consideraba una revolución, que permitiría la creación de un núcleo duro de estados que crearían la Unión Política, pero que con el tiempo «se ha reducido un poco su importancia, conforme a la potencialidad real de dicho procedimiento» (23).

Al final, el debate sobre la flexibilidad en la CIG, en especial en lo que concierne a su inclusión en el ámbito comunitario, se tiene que centrar en las posibles garantías para que existiendo la posibilidad de flexi-

(23) *Boletín de la Agencia Europe*, 23 de enero, 1997, núm. 3889, p. 3.

bilidad cree el menor número posible de problemas políticos, jurídicos, institucionales o financieros.

El primer tipo de garantía tiene que ver con la puesta en marcha de la flexibilidad. Si se exige la unanimidad, se pone en manos de cada Estado un veto sobre el contenido de cada cooperación reforzada y no solo de su desencadenamiento. Si se exige un número mínimo de Estados, habría posibilidad de formar una minoría de bloqueo. Otra posibilidad es erigir a la Comisión en guardián de los intereses de la Comunidad en su conjunto, pero ello no será siempre necesariamente así, si los promotores de una cooperación reforzada la convencen de que pretenden avanzar en la integración, aun en perjuicio a corto plazo del conjunto. Por ello podría ser conveniente añadir además otra salvaguardia, la posibilidad de que todo Estado miembro pudiera pedir un dictamen previo al Tribunal de Justicia sobre la conformidad de la cooperación reforzada con los Tratados.

La segunda garantía consiste en excluir de la lista de materias susceptibles de flexibilidad en el primer pilar todas aquellas en las que hoy en día no desea que se avance sin el consentimiento de todos o de la mayoría cualificada de los Estados miembros, por ejemplo las materias relacionadas con el mercado interior o la ciudadanía (24).

En tercer lugar, las garantías deben establecerse en el *modus operandi* de las cooperaciones reforzadas. Se pueden limitar los supuestos de toma de decisiones por mayoría dentro de la cooperación reforzada, de modo que un Estado pueda entrar en ella para proteger sus intereses mediante la regla de la unanimidad. Igualmente, cabe intentar regular al máximo en las eventuales disposiciones del Tratado de la CE sobre flexibilidad el papel de la Comisión y del Parlamento Europeo en la toma de decisiones de la cooperación reforzada, mediante el principio de paralelismo y el del Tribunal de Justicia en la interpretación de sus consecuencias jurídicas, para

---

(24) Véase el artículo de J. LIPSIUS en el que se defiende la idea de la flexibilidad siempre que se excluya de un «tronco común» de políticas comunitarias básicas, «La CIG de 1996», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, juillet 1995.

El Comisario M. Oreja pidió también esta limitación material del ámbito de aplicación de la flexibilidad, que excluiría las cuatro libertades excepto en lo relativo a la comunitarización de disposiciones del tercer pilar concernientes a la libertad de circulación de las personas, véase el *Boletín de la Agencia Europe*, 23 de enero, 1997, núm. 3889, p. 3.

Igualmente el Embajador de España ante la UE, J. ELORZA ha subrayado la necesidad de preservar un «tronco común» de la aplicación de la flexibilidad a los tratados comunitarios, véase J. ELORZA, *op.cit.*

asegurar un equilibrio de poderes y un respeto a los Tratados semejante al del ámbito general comunitario.

En el segundo y tercer pilar no son tan necesarias estas salvaguardas y de hecho pueden ser las materias adecuadas para experimentar las ventajas y riesgos de la flexibilidad, ya que existen precedentes claros y el derecho que emana de ambos pilares no tiene *a priori* las características del derecho comunitario.

En fin, una cuarta garantía tendría que ver con la salvaguarda de los derechos de los Estados no participantes en la cooperación reforzada. El medio más evidente para lograr esa salvaguarda sería la exigencia de unanimidad para el desencadenamiento de una cooperación reforzada. A falta de ello, debería en todo caso reconocerse el derecho de los no participantes a tomar parte en las deliberaciones del Consejo cuando actúe en el marco de una cooperación reforzada, así como su facultad para recurrir ante el Tribunal de Justicia para que este se pronuncie sobre la compatibilidad de las reglas derivadas de una cooperación reforzada con los derechos que los no participantes tienen en virtud de los Tratados.

La flexibilidad en el primer pilar debería quedar restringida a un ámbito relativamente pequeño y su puesta en marcha y desarrollo sometida a unas garantías que aseguren el respeto a los equilibrios políticos y la arquitectura jurídica existente. Incluso la flexibilidad en el ámbito comunitario sería poco necesaria si el ritmo de las negociaciones para la ampliación acaba siendo lento y los períodos transitorios que se establezcan son largos, si entran un número elevado de países en la tercera fase de la UEM y, sobre todo, si la CIG acierta a resolver algunos de los problemas de legitimidad y eficacia en el funcionamiento de las instituciones comunitarias por una vía distinta a la flexibilidad (p.ej., extensión de la toma de decisiones por mayoría combinada con nuevos mecanismos de protección de minorías, mayor transparencia o más eficaz limitación de competencias).

Un apunte final: una vez concluida la CIG, la flexibilidad puede que sea utilizada propagandísticamente por los más variados participantes en el proceso de integración para ensalzar las virtudes de las nuevas reglas del juego negociadas estos meses. Pero no tiene sentido presentar la flexibilidad como una panacea. Lo que sucedió con el ambiguo principio de subsidiariedad durante la ratificación de Maastricht, que parecía un remedio para contentar a todos, federalistas y euroescépticos, y luego ha sido un principio arrinconado en el día a día de la Comunidad, es una buena enseñanza. Los que estudiamos las realidades políticas e institucionales que

explican la aparición en el escenario europeo de la flexibilidad, o participamos en ellas, tenemos que atender al verdadero debate pendiente de la Unión, el que versa sobre los fines y no sólo sobre los medios de la integración europea (25).

#### RÉSUMÉ

La question de la flexibilité ou coopération renforcée est devenue l'un des points clé de la conférence intergouvernementale pour la révision des traités.

Bien que on puisse déceler des précédents de flexibilité dans l'ordre juridique de la communauté, notamment depuis la révision des traités de 1991, les propositions sur la table de la conférence sont d'une toute autre ampleur en ce qu'elles configurent la flexibilité comme une voie d'action ordinaire dans l'Union.

L'instrument de la flexibilité ou coopération renforcée est présenté par ses défenseurs, notamment la France et l'Allemagne, comme un moyen indispensable pour faire progresser l'intégration européenne face à l'hétérogénéité croissante de l'Union, mais elle renferme aussi un potentiel inquiétant de division au sein de l'Union.

Que la flexibilité s'avère être une source d'intégration ou de division va dépendre du dessein final des règles qui régiront son déclenchement, son domaine d'application, son fonctionnement et les rapports entre les états participants à une coopération renforcée et ceux qui resteront dehors, y compris les conditions dans lesquelles y pourront rejoindre les premiers.

#### ABSTRACT

The debate on flexibility or closer cooperation, has become a key issue in the Intergovernmental Conference that negotiates the reform of the Treaties.

Although there are some precedents of flexibility in the legal order or the Community, specially since the 1991 reform, the current proposals to include flexibility in the new Treaties are of a different kind, since flexibility would become an alternative way of action in the Union.

This instrument of flexibility or closer cooperation is hailed by its defenders, notably by France and Germany, as indispensable for the future progress of European integration, given the growing differences inside the Union. But it also has a worrying potential to further divisions inside the Union.

Whether flexibility becomes a source of integration or of division will depend on the final design of its rules. That's why it is worth debating the rules and guarantees for launching a closer cooperation, on its domain of application, on its functioning and on those that should govern the relationship between inside and outside member states, including the conditions to join an already established closer cooperation.

---

(25) Véase el ensayo de J. WEILER desarrollando esta idea, «Fin-de-Siècle Europe», *Europe After Maastricht: an Ever Closer Union?*, op. cit., 203-216.