

LA NUEVA NATURALEZA DE LA (DES)UNIÓN EUROPEA: FLEXIBILIDAD Y CRISIS DE INTEGRACIÓN

MARÍA AMPARO ALCOCEBA GALLEGO

Profesora Titular de Derecho internacional público
Universidad Carlos III de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 58
Abril – Junio 2016
Págs. 47 – 80

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES PREVIAS: PRECISIONES CONCEPTUALES Y FÓRMULAS DE FLEXIBILIDAD. III. EL *NUEVO* RÉGIMEN PARA EL REINO UNIDO EN LA UNIÓN EUROPEA. 1. *La permanencia del Reino Unido al margen de la UEM*. 2. *La Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa excepto Reino Unido*. 3. *Prestaciones sociales y libre circulación (Sección D)*. IV. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECISIÓN DE LOS JEFES DE ESTADOS Y DE GOBIERNO REUNIDOS EN EL SENO DEL CONSEJO EUROPEO. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El devenir del proceso de construcción europea ha hecho de la flexibilidad un elemento inherente a este. La integración diferenciada, esto es, la posibilidad de que un grupo de Estados miembros utilice los procedimientos, mecanismos e instituciones de la Unión para dotarse de un sistema normativo a aplicable sólo a ellos se ha convertido en un elemento esencial del proyecto europeo de integración. Sin embargo, su afectación a elementos esenciales del proceso de integración y la quiebra del proceso como creador «de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» confirmada en el Consejo Europeo de los días

ABSTRACT: Flexibility has become an essential element in the European integration process. Differentiated integration implies that a group of member states can use the proceedings, mechanism and institutions of the EU to create a unique set of rights and obligations that will be applied only to them. Differentiated integration has been used to break the hard core of the integration process and, as a consequence, has impacted negatively in the integration process. The Decision of the Heads of State or Government meeting within the European Council, taken on February 2016 concerning a new settlement for the United Kingdom

17 y 18 de febrero permiten plantear que asistimos a una crisis de identidad del modelo existente y a una refundación implícita de éste cuyos contornos, eso sí, todavía no están nada claros.

Efectivamente, la reorientación estatalista del proceso de integración junto con la quiebra de elementos hasta entonces esenciales, algunos de ellos a través de la integración diferenciada, se ha visto confirmada por el pasado febrero. Es lamentable, además, que tal confirmación se haya hecho por la *puerta trasera*, a través de una decisión de Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del consejo con objeto de satisfacer las *preocupaciones* británicas y no a través de una revisión del tratado (aunque con la expectativa de su incorporación en ese momento). Es evidente que la Unión ha dejado de tener ese carácter transitorio, no permanente, destinado a la consecución de una mayor integración entre los Estados miembros, esto es, una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos.

PALABRAS CLAVE: Flexibilidad, Integración Diferenciada, United Kingdom, Unión cada vez más estrecha, núcleo duro, proceso de integración, Regresión, nueva naturaleza de la integración europea.

within the European Union, has confirmed this concept. This could represent a re-founding of the existing integration process and its original leitmotiv of «creating an ever closer union among the peoples of Europe».

KEYWORDS: Flexibility, Differentiated integration, United Kingdom, closer union, hard core, integration process, new nature of the European integration process.

Fecha de recepción del original: 20 de marzo de 2016

Fecha de aceptación: 4 de mayo de 2016

I. INTRODUCCIÓN

El Consejo Europeo celebrado los pasados 18 y 19 de febrero de 2016 ha adoptado una serie de disposiciones que, con objeto de satisfacer las *preocupaciones* británicas dentro de la Unión Europea, *pretenden* en esencia *particularizar* o *flexibilizar* (aún más) el estatuto jurídico de este Estado miembro dentro de la Unión¹.

La historia de la integración europea es la historia del conflicto entre los objetivos y necesidades de la integración, de un lado, y las posibilidades y voluntades de los Estados miembros, por otro lado. Han sido varias las ocasiones en que cuestiones de política interna en algunos Estados miembros y/o visiones divergentes del proyecto europeo han condicionado e incluso transformado el devenir de la Unión Europea, llevando a *flexibilizar* o *particularizar*, en un intento conciliador, los derechos y obligaciones

1. Tales preocupaciones fueron puestas de manifiesto en una carta dirigida por el Primer Ministro británico, David Cameron, al Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, el 10 de noviembre de 2015 (Vid. la carta en www.gov.uk). El origen de dicha misiva se encuentra en la promesa electoral del Primer Ministro británico de celebrar un referéndum sobre la permanencia de Reino Unido en la Unión Europea en caso de ganar las elecciones de 2015. La carta del Presidente al Consejo Europeo en respuesta a las cuestiones planteadas por el Reino Unido puede consultarse en www.europa.council.eu.

de algunos Estados miembros en su interior. Ya ocurrió con ocasión del Tratado de Maastricht y los casos de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca; también con el Tratado de Amsterdam y los mismos Estados miembros; o después con el Tratado de Lisboa y Reino Unido, Irlanda y Polonia. No obstante, todos estos casos tienen un elemento común que los diferencia del actual: todas las *preocupaciones* de esos Estados miembros y sus pretendidas *flexibilizaciones*, se plantearon ante el nacimiento un nuevo Tratado de la Unión Europea que suponía profundizar y crear una Unión más estrecha entre los Estados miembros. Las *pretendidas particularidades* para el Reino Unido acordadas los pasados 18 y 19 de febrero se han planteado sobre un Tratado preexistente, en vigor, y cuyo consentimiento en obligarse por él ya había prestado este Estado miembro.

Es cierto que no es la primera vez que un Estado miembro *plantea* una *flexibilización* de su estatuto jurídico dentro de la Unión Europea ante un compromiso de Derecho originario ya adquirido². Pero sí es la primera vez que tal *flexibilidad* permite replantear abiertamente la naturaleza de la Unión Europea.

El objeto de las próximas páginas es ofrecer algunas reflexiones sobre la relevancia para la Unión Europea de algunas de las disposiciones acordadas por el Consejo Europeo los pasados 18 y 19 de febrero en relación con el Reino Unido. Se trata, en particular, de un lado, de considerar el impacto que el contenido de una flexibilización como la acordada para este Estado miembro en su estatuto jurídico dentro de la Unión Europea, puede tener en la naturaleza de ésta; de otro lado, se trata de determinar la naturaleza y alcance del acto en virtud del cual se acuerda tal flexibilización y su idoneidad al respecto. Para ello, partiremos del concepto de integración diferenciada y sus distintas fórmulas como mecanismo conciliador entre capacidades y voluntades de los Estados miembros en la Unión. En segundo lugar, trataremos de determinar si las disposiciones acordadas suponen, desde el punto de vista material, algún tipo de flexibilización adicional en los derechos y/o obligaciones del Reino Unido dentro de la Unión, alguna modificación de su estatuto jurídico actual (sus novedades) y, en su caso, sus consecuencias. Con este objetivo será necesario contextualizar tales contenidos en el marco de la integración diferenciada dentro de la UE. En tercer lugar, en caso de que tales contenidos impliquen algún tipo de modificación, analizaremos cuál es el alcance de las disposiciones en virtud de las cuáles se ha adoptado, esto es, en qué medida ofrecen garantía jurídica para su materialización.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS: PRECISIONES CONCEPTUALES Y FÓRMULAS DE FLEXIBILIDAD

A lo largo de la historia de la integración europea, conciliar las capacidades y voluntades de los Estados miembros para avanzar en la integración e incluso para mantener el nivel de integración alcanzado, se ha mostrado tan necesario como complicado.

La solución conciliadora ha supuesto, desde el Tratado de la Unión Europea de 1992, flexibilizar los derechos y obligaciones de los Estados miembros (esto es,

2. Piénsese en el caso de Suecia y su compromiso respecto de la UEM o la desvinculación de Reino Unido respecto de la UEM.

particularizar su condición jurídica dentro de la Unión) con una característica frente a la tradicional diversificación de derechos y obligaciones entre Estados miembros: no todos los Estados miembros hacen idéntica transferencia de competencias o, haciéndola, no se hace efectiva para todos al mismo tiempo. Es lo que se ha denominado una integración diferenciada.

La integración diferenciada es la posibilidad, para un grupo de Estados miembros, de utilizar los mecanismos, procedimientos e instituciones de la Unión Europea para dotarse de un sistema normativo aplicable sólo a ellos. Puede resultar paradójico que precisamente el mayor hito en el proceso de profundización de la integración europea hasta la fecha, el Tratado de Maastricht en 1992, haya sido también el que haya abierto la puerta a una fragmentación en la Unión, a una flexibilización en los derechos y obligaciones de los Estados miembros a través de la integración diferenciada³. Sin embargo, quizás la paradoja no es tal: la integración diferenciada se ha convertido en inherente al proceso de integración. *Avanzar, exige diferenciar*⁴.

Existen dos modelos de integración diferenciada: integración diferenciada en el tiempo e integración diferenciada en el espacio⁵.

3. Tratados posteriores la han mantenido y ampliado.
4. Cuestión distinta es, como veremos, cuando la integración diferenciada se ha utilizado con objeto de generar una regresión en la integración.
5. Sobre esta cuestión he realizado un análisis detallado en el trabajo *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. No obstante, existe una más que abundante bibliografía dedicada a las fórmulas de flexibilidad dentro de la Unión y su análisis general. De entre ellas, y sin ánimo de ser exhaustivo, *vid.*, por ejemplo, ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «La integración diferencia en el Tratado de Lisboa, o la ampliación de la Europa a la Carta». En FERNÁNDEZ LIESA, C. (et. alii.). *El Tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 311-310; AREILZA CARVAJAL, J. M^ª.; DASTIS QUECEDO, A., «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?». *RDCE*. 1997, núm. 1, vol. 1, pp. 9-28; BENEYTO, J. M. (Dir.), *Unidad y Flexibilidad en el futuro de la UE: el desafío de las cooperaciones reforzadas*. Madrid: 2010, Biblioteca nueva, 168 pp.; CURTIN, D., «The constitutional structure of the union: a europe of bits and pieces», *CMLR*, pp. 17-69, 1993, núm. 30; DE LA SERRE, F.; WALLACE, H., *Les coopérations renforcées: une fausse bonne idée?* Paris: Groupement d'études et recherches «Notre Europe». 1997, 48 pp.; EHLERMANN, C. D., «How flexible is community law? An unusual approach to the concept of "two speeds"». *Michigan Law Review*. Vol. 82, núm. 5, April, may 1984, pp. 1274-1293; «Différenciation accrue ou uniformité renforcée?». *RMUE*. 1995, núm. 3, pp. 191-219; GAJA, G., «How flexible is flexibility under the Amsterdam Treaty». *CMLR*. 1998, núm. 35, pp. 855-870; GRABITZ, E.; LANGEHEINE, B., «Legal problems related to a proposed "two-tier system" of integration within the European Community». *CMLR*. 1981, vol. 18, pp. 33-48; INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES. UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES, *La différenciation dans l'Union Européenne*. Journée d'Études. Bruxelles 10 décembre 1994. Bruxelles: IEE, ULB, 1995; LABAYLE, H., «Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées (lère. partie: les principes)». *Europe. Jurisclasseur*. 1998, núm. 3, pp. 4-7; «Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées (2ème. partie: les principes)». *Europe. Jurisclasseur*. 1998, núm. 4, pp. 4-7; LANGEHEINE, B.; WEINSTOCK, U., «Graduated Integration: a modest path towards progress». *JCMS*. 1985, núm. 3, vol. 23, pp. 185-197; MAILLET, P.; VELO, D. (Ed.), *L'Europe à géométrie variable. Transition vers l'intégration*. Paris: L'Harmattan, 1994; MAILLET, P., «Convergence et géométrie variable. L'organisation du

fonctionnement de l'Union Européenne diversifiée est à repenser». *RMCUE*. 1995, núm. 386, pp. 145-159; MANIN, Ph.; LOUIS, J. V. (Dir.), *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*. Paris: A. PEDONE, 1996; MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «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, pp. 63-84; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada», *RDCE*, núm. 3, 1998, pp. 205-232; «La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: una modificación necesaria», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 218, 2003, pp. 95-109; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos. Estudios. Julio 1998; PONS RAFOLS, X., «Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión». En MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*. Iustel, Madrid, 2008, pp. 627-660; «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», *RDCE*, 2001, pp. 149-196; STUBB, A. C. G., «A categorization of Differentiated Integration». *JCMS*. 1996, núm. 2, vol.34, pp. 283-295; «The 1996 Intergovernmental Conference and the management of flexible integration». *Journal of European Public Policy*. 1997, núm. 1, vol. 4, pp. 37-55; TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation in European Union Law*. Hart Publishing: Oxford, 1999; URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid: COLEX, 2002; «Integración y (des)integración en la Unión Europea». *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008. 169-190; WIMMER, T., *Vers una Europe à la Carte après Maastricht? Analyse des dérogations à l'acquis communautaire*. Bruxelles: Presses Interuniversitaires Européennes et College d'Europe, 1995. También han sido analizadas abundantemente por la doctrina cuestiones específicas y manifestaciones concretas de esa flexibilidad. *vid.*, por ejemplo, ALCOCEBA GALLEGO, A., «El limitado control del Tribunal de Justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España E Italia C. Consejo)». *RGDE*, núm. 31, 2013; «Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo». *RGDE*. Núm. 19, 2009; «Sobre las limitaciones de Europa a la Carta en materia Schengen: Comentario a las sentencias del TJCE de 18 de diciembre de 2007. Ass. C-77/05 y 137/05, Reino Unido vs. Consejo». *RGDE*. Vol. 16, 2008; «Del acervo comunitario y otras pizzas: contribución de la integración diferenciada a la transformación del acervo». *RDCE*. 2003, núm. 14, pp. 97-140; «Entre la irreversibilidad jurídica y la reversibilidad política: la negativa de Suecia a incorporarse a la tercera fase de la UEM». *RDCE*. 1997, núm. 2, vol. 1, pp. 623-638; BREVIGNON, L., «Justice et affaires interieures: une construction communautaire à deux étages». *Les Cahiers du Gerse*, 1997, núm. 2, pp. 101-106; BRIBOSIA, H., «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace». *RMUE*. 1998, núm. 1, pp. 27-54; CONSTANTINESCO, V., «Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionalité». *RTDE*. 1997, núm. 4, pp. 751-767; CULLEN, D., «Variable geometry and overlapping circles: in search of a suitable model for justice and home affairs». En BIEBER, R.; MONAR, J. (Eds.), *Justice and home affairs in the European Union. The development of the third pillar*. Bruselas: European University Press, 1995, pp. 65-91; CURTIN, D., «The Schengen Protocol: Attractive model or poisoned chalice». *Statewatch*. 1997, mayo-junio, p. 19; DE ZWAAN, J. W., «Opting in and opting out of rules concerning the free movement of persons: problems and practical arrangements». *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 1998, vol. 1, pp. 109-124; DEN BOER, M., «Justice and home affairs cooperation in the Treaty on European Union: more complexity despite communitarization». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997, núm. 4, pp. 310-316; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Flexibilité et Politique Étrangère et de Sécurité Commune de l'Union Européenne». En *Melanges en hommage à M. Waelbroeck*. Bruselas: Bruylant, 1999, pp. 1139-1159; MONAR, J., «Schengen and flexibility in the Treaty of Amsterdam: Opportunities

El primer modelo, es el de integración diferenciada en el tiempo. Ese modelo tiene su origen en la falta de capacidad objetiva de un Estado miembro para asumir efectivamente, en un momento dado, la profundización que significa un determinado objetivo con el que se ha comprometido a participar igual que los demás. Existen, en este caso, dos grupos de Estados miembros. Un primer grupo formado por Estados miembros capaces y deseosos de progresar en la Unión, y un segundo grupo formado por Estados miembros deseosos pero de momento incapaces, que les seguirán posteriormente. Todos ellos persiguen el mismo objetivo y se comprometen jurídicamente en el mismo grado asumiendo jurídicamente una determinada profundización de la Unión. Por eso, si bien tal compromiso no se hace efectivo al mismo tiempo para todos los Estados sino en momentos diferentes, trasladarse de un estadio a otro de integración es una obligación jurídica, no una opción. A este modelo responde la tercera fase de la UEM (al margen de Reino Unido y Dinamarca).

El segundo modelo, es el de integración diferenciada en el espacio. Este modelo tiene su origen en que no todos los Estados miembros están igualmente dispuestos a avanzar en el proceso de integración o incluso a mantener el nivel de integración alcanzado. Se trata, no ya de una cuestión de capacidad sino de voluntad: 1. no todos los Estados miembros asumen jurídicamente idénticos objetivos y compromisos, por lo que no todos los Estados realizan idéntica transferencia de competencias y se comprometen en el mismo grado dentro de la Unión; 2. se asume como posible desde su nacimiento una integración diferenciada permanente, puesto que su finalización no depende de la llegada de un plazo o del cumplimiento de ciertas condiciones, sino de la voluntad de participar en el nivel de integración superior. Lo que en la integración diferenciada en el tiempo es una obligación, en la integración diferenciada en el espacio es una opción; 3. un sistema de integración diferenciada en el tiempo siempre lo es en el espacio, puesto que durante un periodo de tiempo (determinado o no) existen varios grupos de Estados en distintos niveles de integración. Sin embargo, el sistema integración diferenciada en el espacio no lo es necesariamente en el tiempo, en cuanto que cambiar de nivel de integración es una opción y no una obligación. Precisamente por eso, la integración diferenciada en este caso *puede ser* permanente, aunque no necesariamente: no se descarta que *voluntariamente* se vayan realizando los cambios de nivel. En este sentido, y sólo en éste, un sistema de integración diferenciada en el espacio *puede serlo* en el tiempo. A este modelo obedecen las cooperaciones reforzadas o la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Todos estos modelos tienen como característica común y esencial que se integran en el Derecho originario, ya sea en el articulado de los distintos Tratados, ya sea Protocolos anejos a ellos. Entre los primeros se encuentran las denominadas

and risks of differentiated integration in EU Justice and Home Affairs». En DEN BOER, M. (Ed.), *Schengen, judicial and Policy coordination*. Maastricht: EIPA, 1997, pp. 9-28; URREA CORRES, M., «La Política (común) de Seguridad y Defensa en el Tratado de Lisboa: la eficacia como objetivo, la flexibilidad como instrumento y la ambición como propuesta», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010, pp. 91-120; «La aplicación de la integración diferenciada en la Política Exterior y en la Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea», *Cuadernos Aragoneses de Economía*, núm. 1-2, 2012, pp. 85-99.

cooperaciones reforzadas (artículos 20 TUE, 326 y ss. TFUE), la abstención constructiva (artículo 31 TUE), la cooperación estructurada (artículo 42 TUE), y el respeto al carácter específico de la política de seguridad y defensa de algunos Estados miembros (artículo 42). Entre los Protocolos se encuentra el Protocolo nº 15 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Protocolo nº 16 sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca, el Protocolo nº 17 sobre Dinamarca, el Protocolo nº 19 sobre el Acervo Schengen integrado en el marco de la UE, el Protocolo nº 20 sobre la aplicación del artículo 26 TFUE al Reino Unido e Irlanda, el Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, el Protocolo núm. 21 sobre la posición de Dinamarca, y el Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales a Polonia y a Reino Unido.

Todos estos modelos se han construido integrándose en el Derecho originario. Sólo a través de esta formulación es posible desprender efectos jurídicos en el sentido de autorizar la flexibilidad de los derechos y obligaciones de los Estados miembros en la Unión; esto es, autorizar a un grupo de Estados miembros para utilizar los procedimientos, mecanismos e instituciones de la Unión para dotarse de un sistema normativo aplicable sólo a ellos.

Sin embargo, la complejidad derivada de los plazos y la dificultad de articular una renegociación de los Tratados, unido a razones de oportunidad política interna en los Estados miembros, ha llevado en ocasiones a la búsqueda de fórmulas alternativas más rápidas que, sin embargo, carecen de efectos jurídicos por sí mismas. Es lo que ocurrió en el caso del Compromiso de Edimburgo en 1992 y en el caso de Irlanda en 2009 que también he tenido ocasión de analizar en trabajos previos⁶. Incluso en una ocasión, un Estado miembro ha optado, simplemente, por no cumplir con los compromisos jurídicos adquiridos, *flexibilizando unilateralmente* sus obligaciones dentro de la UE; en esta ocasión, razones de oportunidad política y de sostenimiento del propio proyecto europeo son las que han evitado su denuncia. Es el caso de Suecia y la Unión Monetaria⁷.

III. EL NUEVO RÉGIMEN PARA EL REINO UNIDO EN LA UNIÓN EUROPEA

De entre las distintas disposiciones abordadas por el Consejo Europeo de los días 18 y 19 de febrero, me voy a detener en la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea. En coherencia con el objeto de este trabajo, me referiré exclusivamente a aquellas de sus disposiciones que, en mi opinión, tienen por objetivo ahondar en la especificidad del Reino Unido dentro de la UE y/o pueden afectar a la

6. Vid. ALCOCEBA GALLEGO, M. A., *Fragmentación... op. cit.*, pp. 136 y ss.; ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «Irlanda...», *op. cit.*

7. Vid. ALCOCEBA GALLEGO, M. A., *Fragmentación... op. cit.*, pp. 128 y ss.

naturaleza de la Unión⁸. Algunas de ellas resultan ser efectivamente explicitaciones o aclaraciones y, sí que es cierto que, en ese sentido, podríamos atribuirles como virtud su contribución a facilitar la interpretación de los Tratados (*vid.* Preámbulo de la Decisión). Otras, por el contrario, rozan ese límite e incluso me atrevería a afirmar que lo superan: no sólo suponen una modificación de las disposiciones de Derecho originario, sino que resultan contrarias a principios básicos y esenciales de la Unión, a su *núcleo duro*. Quizás por ello, conscientemente el Consejo Europeo se apresura a afirmar ya en el segundo párrafo de sus Conclusiones, que lo acordado es *plenamente compatible* con los Tratados.

1. LA PERMANENCIA DEL REINO UNIDO AL MARGEN DE LA UEM

En este ámbito, las disposiciones acordadas por la Decisión resultan ser simplemente explicitaciones o (si se prefiere) aclaraciones relativas al funcionamiento de una Unión monetaria en la que no participan todos los Estados miembros; ya sea porque no cumplen con las condiciones objetivas para ello por el momento, ya sea porque voluntariamente, en aras de una autorización jurídica prevista en un Protocolo anejo al Tratado, han decidido no participar en ella. Tales disposiciones no aportan nada en especial puesto que: 1. parte de lo recogido ya aparece en las disposiciones de tales Protocolos, y particularmente en el Protocolo n.º 15 sobre Reino Unido; 2. su contenido es el inherente al tipo de flexibilidad o integración diferenciada que opera en este ámbito para el Reino Unido; 3. precisamente por esto, su contenido es prácticamente idéntico a las condiciones para la puesta en marcha de una cooperación reforzada (*vid.* artículos 20 TUE y 326 y ss. TFUE).

El modelo de flexibilidad para Reino Unido en materia de Unión Económica y monetaria, aplicable desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, es un modelo de *integración diferenciada en el espacio*. El Reino Unido en aras del Protocolo 15 no está jurídicamente obligado a incorporarse a la tercera fase de la UEM en ningún momento, sino que tal incorporación depende de su voluntad (previo cumplimiento, claro está, de los criterios objetivos para ello⁹).

Atendiendo estrictamente a las disposiciones del Protocolo, la permanencia del Reino Unido al margen de la Tercera fase de la UEM se traduce en la no aplicación a este Estado miembro de determinadas disposiciones del Tratado y las derivadas de él¹⁰. Incluso tales excepciones exceden de las previstas para Dinamarca (que también está jurídicamente autorizada a permanecer voluntariamente al margen de la UEM) en la medida en que Reino Unido no asume el objetivo de UEM¹¹. Siguiendo con el Protocolo, las únicas instituciones de la Unión que ven alterado su funcio-

8. De ahí que opte por no referirme a las disposiciones sobre competitividad o las *precisiones* sobre el veto de los Parlamentos nacionales en aplicación del principio de subsidiariedad.

9. *Vid.* artículo 9 del Protocolo.

10. *Vid.* artículos 3 a 8 y 10 del Protocolo.

11. Compárense ambos Protocolos y véase, muy especialmente, cómo el Protocolo relativo al Reino Unido señala que a este Estado miembro no le será aplicable el artículo 119.2 TFUE, que se refiere a la consecución del objetivo de unión monetaria.

namiento como consecuencia de esta integración diferenciada son el Consejo y el Banco Central Europeo. Esto significa que, por ejemplo, mientras Reino Unido permanezca al margen de la Tercera fase de la UEM, su derecho de voto en el Consejo queda suspendido en la adopción de actos que no le son aplicables por su condición jurídica particular¹², sin perjuicio de poder participar en las deliberaciones (nada parece impedirlo)¹³. En relación con la financiación de la UEM, y aunque en principio los Estados que no participan en la tercera fase no desembolsarán el capital suscrito para el BCE, el artículo 8c) del Protocolo británico establece la contribución del Banco de Inglaterra a los costes operativos del Banco Central Europeo.

Veamos ahora qué contenidos ofrecen al respecto las disposiciones acordadas por el Consejo Europeo de los pasados 18 y 19 de febrero y presentes en la Sección A de la Decisión destinada a la Gobernanza Económica:

- Las medidas cuyo objetivo es llevar más lejos la Unión Económica y monetaria, son voluntarias para los Estados cuya moneda no es el euro si bien están abiertas a su participación.
- Los Estados miembros que no participan en una mayor profundización de la UEM no la obstaculizarán, la facilitarán, sin perjuicio de que tal profundización respetará sus derechos y competencias.
- Tanto instituciones como Estados miembros garantizarán la coherencia entre ambas *perspectivas* dentro de la Unión¹⁴, la igualdad de todos Estados miembros, el funcionamiento de los mecanismos de la Unión, así como condiciones de competencia equitativas y la integridad del mercado interior.
- Sobre esta última idea se insiste al afirmar que todos los actos jurídicos directamente relacionados con el funcionamiento de la zona euro deben, no sólo respetar el mercado interior, la cohesión económica y social y no suponer discriminación para el intercambio entre los Estados miembros, sino que deben respetar los derechos, obligaciones y competencias de los Estados miembros que permanecen al margen de la UEM. Al mismo tiempo, también se recoge la obligación, para los Estados miembros al margen del Euro, de no impedir la aplicación de actos jurídicos directamente relacionados con el funcionamiento de la zona euro y de abstenerse de adoptar

12. Artículo 7 del Protocolo.

13. *Vid.* artículo 6 del Protocolo sobre Reino Unido y artículo 1 Protocolo sobre Dinamarca. Sin embargo, sí resulta sorprendente e incomprensible que Reino Unido (y también Dinamarca) tenga derecho a participar en la modificación de los Estatutos del SEBC, incluidos aquellos artículos que no le resultan aplicables, lo que no dejar de ser paradójico, pues permanece voluntariamente al margen del objetivo fundamental al que estas disposiciones contribuyen. *Vid.* en este sentido LOUIS, J. V., «A legal and institutional approach for building a monetary union», *CMLR*, 1998, n° 1, vol. 35, p. 65.

14. La cursiva es mía.

medidas que puedan poner en peligro la consecución de los objetivos de la UEM. Ello implica, lógicamente que: 1.– en caso de adoptar medidas urgentes y de crisis, orientadas a salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro, no existirá responsabilidad presupuestaria alguna para los Estados miembros que se encuentran fuera de la moneda única. En caso de que, para abordar este tipo de situaciones, se recurriera al presupuesto de la UE, habrán de establecerse mecanismos para el reembolso íntegro; 2.– la adopción de estas medidas para los Estados miembros ajenos al euro, deberá asumirse por ellos mismos (salvo que se incorporen a los otros mecanismos de la zona Euro –siempre abiertos–).

- El Derecho sobre la Unión bancaria sólo será aplicable a los Estados miembros del Euro (salvo acuerdo previo de cooperación sobre supervisión prudencial). En todo caso, habrán de preservarse siempre condiciones de competencia equitativas
- Las reuniones informales de los ministros de los Estados miembros cuya moneda es el Euro, respetarán los poderes del Consejo y del resto de instituciones de la Unión, teniendo en cuenta que: 1.– en el Consejo, todos los Estados miembros coordinan sus políticas económicas; 2.– teniendo en cuenta que en materia monetaria no todos los Estados miembros tienen derecho de voto en la medida en que no participen del Euro.

Como podemos ver, las disposiciones acordadas en materia de «Gobernanza Económica» no aportan ninguna novedad respecto a lo que ya aparecía en el Protocolo del Reino Unido. No responden sino al funcionamiento *natural* de la integración diferencia en el espacio que nació en relación con la moneda única con ocasión del Tratado de Maastricht en 1992.

Efectivamente, en un sistema de integración diferenciada en el espacio, no todos los Estados miembros se comprometen en idéntico grado en la Unión y no todos realizan la pertinente transferencia de competencias o ésta no se hace efectiva para todos los Estados miembros mientras no lo quieran. En consecuencia, el Derecho que nace de esa mayor integración mediante este modelo no es único para todos los Estados miembros y, consecuentemente, carece de una única significación y fuerza obligatoria. Como ya he dicho en alguna ocasión, la ausencia de un contenido, aplicación e interpretación uniformes de este Derecho en todos los Estados miembros de la Unión, no es una exigencia inherente a la consecución de objetivo alguno de la Unión sino, simplemente, el resultado de la voluntad de sólo algunos Estados miembros de utilizar el sistema de la Unión para la consecución de un objetivo entre ellos. El objetivo no es ya un objetivo de la Unión en sentido estricto sino el objetivo de algunos Estados miembros en su interior. La uniformidad en el contenido, aplicación e interpretación de ese Derecho en todos los Estados miembros en el futuro no depende del cumplimiento de ciertas condiciones objetivas, sino de su voluntad de obligarse por tal Derecho realizando la pertinente transferencia de competencias o, según el caso, participando efectivamente en el nivel de integración superior del que aquél es expresión. El Derecho de esta mayor integración al no ser un

Derecho uniforme en su contenido y, consecuentemente, ni en su significación, ni aplicación, carece de los elementos básicos del Derecho de la Unión que aseguran su triple uniformidad y unidad: igualdad de atribución de derechos soberanos a la Unión por todos los Estados miembros de ésta, efectividad de la transferencia de competencias para todos los Estados miembros, aparato institucional único, obligatoriedad del Derecho para la totalidad de los Estados miembros de la Unión, primacía, aplicabilidad directa y efecto directo de este Derecho sobre los ordenamientos internos de todos los Estados miembros, responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por el incumplimiento de ese Derecho y función del sistema jurisdiccional previsto.

Las instituciones de la Unión están concebidas para la consecución de sus objetivos, objetivos asumidos por la *totalidad* de los Estados miembros. La acción de las instituciones de la Unión no responde sino a la efectividad de las competencias atribuidas por *todos* los Estados miembros en determinadas materias para la consecución de tales objetivos. La función de las instituciones en el marco de una profundización en la Unión por sólo algunos Estados miembros, susceptible de prolongarse indefinidamente, no es la consecución de objetivos de la Unión, sino la consecución de determinados objetivos de tales Estados miembros en su interior. Habida cuenta de que la existencia de objetivos comunes es el *prius*, *fundamento*, *campo de acción y de aplicación de la Unión*¹⁵, desde el momento en que en un determinado ámbito no existen objetivos de la Unión, ésta no existe y, en consecuencia, tampoco instituciones de la Unión. Desde el momento en que los Estados miembros no tienen idénticos objetivos y, consecuentemente, no realizan idéntica transferencia de competencias a la Unión o esta transferencia no se hace efectiva para todos ellos, las instituciones de la Unión carecen del presupuesto para su existencia.

De todo esto se desprende que el sistema jurídico e institucional de la profundización de sólo algunos Estados miembros en la Unión, no puede ser considerado de la Unión *stricto sensu* o *en sentido material*, sino sólo *lato sensu* o *en sentido formal* por desarrollarse en su interior.

Mediante una integración diferenciada en el espacio, los Estados miembros que así lo quieren trasladan sus objetivos a una estructura de la Unión adaptada a la no participación en ella de todos los Estados miembros. Supone la creación de un *sistema de integración* dentro del sistema de integración de la Unión ya existente, un *subsistema de integración*, una *Unión Europea en el interior de la Unión Europea* existente, integrada en ella, pero ni sus instituciones ni su Derecho son de la Unión *stricto sensu*. Se trata de un subsistema de integración, una sub-Unión Europea en el interior de la Unión Europea, que puede multiplicarse por tantos ámbitos como aquéllos en los que se establezca. El efecto de la introducción de esta integración diferenciada en la Unión ha sido el de convertir a la Unión Europea como Comunidad de Derecho en una Comunidad de Comunidades de Derecho; una Comunidad en cuyo interior existen varias Comunidades de Derecho.

15. Vid. CONSTANTINESCO, L., «La spécificité du droit communautaire». RTDE, 1966, núm. 2, p. 15.

Este sistema de integración diferenciada cuenta, pues, con todas las características del sistema de la Unión. En este sentido, este sistema de integración está *asimilado* al de la Unión, es una réplica de él¹⁶, desarrollado en su interior y, en consecuencia, en su respeto, subordinado a él¹⁷.

Estas características en el funcionamiento (coherencia, subordinación al acervo existente, particularidades en el Consejo, respeto en los derechos y obligaciones de unos y otros Estados miembros, sistema normativo aplicable sólo a algunos Estados miembros, etc.) son también las que se encuentran en la esencia de los artículos 20 TUE y 326 y ss. TFUE para las cooperaciones reforzadas.

De acuerdo con lo que acabamos de comentar, queda claro que las disposiciones acordadas por la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo los pasados 18 y 19 de febrero, en materia de gobernanza económica, no implican ninguna novedad respecto del estatuto jurídico particular previamente existente para el Reino Unido; no sólo son plenamente coherentes con él, sino que son su consecuencia¹⁸.

2. LA UNIÓN CADA VEZ MÁS ESTRECHA ENTRE LOS PUEBLOS DE EUROPA EXCEPTO REINO UNIDO

El proceso europeo de integración ha tenido desde su origen (y al menos hasta ahora) una naturaleza evolutiva y dinámica, no regresiva, que siempre ha aparecido en los textos de Derecho originario¹⁹.

-
16. En este sentido *vid.*: BRIBOSIA, H., «De la subsidiarité à la coopération renforcée». En LEJEUNE, Yves (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 59; *Id.*, «Différentiation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam». *CDE*. 2000, núm. 1-2, p. 71; TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation...*, *op. cit.*, p. 63.
 17. *Vid.* BRIBOSIA, H., «De la subsidiarité...», *op. cit.*, p. 63; AREILZA CARVAJAL, J. M.; DASTIS QUECEDO, A., «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?». *RDCE*. 1997, núm. 1, vol. 1, p. 25.
 18. Cosa distinta es que sea necesario repensar el modelo en el sentido de concretar las fórmulas existentes. Un estudio detallado sobre la *geometría variable* en el marco de la moneda única y la necesidad de repensar el modelo, concretando sus fórmulas de funcionamiento, puede verse en CHOPIN, T; DARMÉ C.; RICHARD, S., «E(M)U and the United Kingdom: one or several Europe(s)?». *European Issues*, n° 381, 2016.
 19. 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 Européennes». *RCADI*. 1992, 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 y Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 37). PETIT, M., por su parte, considera la *irreversión* como uno de los presupuestos del Tratado («Traité d'Amsterdam. Ambition et réalisme». *RMUE*. 1997, núm. 3, p. 26). Para SIMON, D., «... le système communautaire comporte par sa nature même une dimension de "création continue"»

Ya en el Primer párrafo del Preámbulo del TCE los Estados miembros se mostraban decididos a utilizar la Comunidad para crear una *unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*. La expresión *cada vez más* sugería precisamente un proceso dinámico, en movimiento²⁰ y ha venido sirviendo a una interpretación teleológica de los Tratados en su totalidad²¹. 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, desde 1992 hasta la actualidad, se ha venido autodefiniendo 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»²², después de afirmar en los párrafos primero y último del Preámbulo la *formación de la integración europea por etapas*.

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 communautaire*. Paris: PUF, 1998, p. 57). Se refiere este autor a LAGRANJE, M. en relación con la expresión *création continue* y también a LECOURT, R. En opinión de LAGRANJE, 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 LAGRANJE, 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 CAPI BADIA, J. M.: «La construcción comunitaria 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).

20. BIEBER, R; JACQUÉ, J. P.; WEILER, J. H. H. (Dir.) «Introduction» En *An ever closer union. A critical analysis of the draft Treaty establishing the European Union*. Luxembourg: OPOCE, 1985, p. 8; A juicio de LECOURT, R. el Derecho de la entonces Comunidad era «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 le Marché commun*. Geneve: IUHEI, 1970, p. 68).
21. Vid. en este sentido BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*. Hart: Oxford, 2012, pp. 52 y ss.; TAJADURA, J., *El futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa*. Comares: Granada, 2010, p. 110; BOUZA GARCIA, L., «Espagne: éviter un Brexit». En CHOPIN, T; LEQUESNE, C., (Dir.), *Brexit... , op. cit.*, p. 29.
22. «... 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...», *op. cit.*, p. 67).

De modo más específico, el carácter evolutivo de la construcción europea también se ha plasmado en otras disposiciones del TUE como por ejemplo aquellas que otorgaban al entonces pilar comunitario la vocación de ir absorbiendo progresivamente los otros dos pilares que conformaban la Unión Europea (PESC y CPJP)²³, o las que suponían la *comunitarización* del acervo de Schengen²⁴.

Esta naturaleza evolutiva y dinámica del proceso de integración exigiría, como consecuencia, que los elementos configuradores del nivel de integración existente en un momento dado en la Unión sólo pudieran ser modificados siempre que su revisión generara una mayor integración, una profundización; sólo cuando se realizara en sentido progresivo, nunca regresivo²⁵. De otro modo, se produciría una *desintegración*, no una *integración*.

Ahora bien: esta consideración de la naturaleza evolutiva de la construcción europea como esencial a esta e inherente su naturaleza, ha sufrido, desde 1992 una serie de *agresiones* que aparecen en el propio Derecho originario, y que, junto a la pretendida desvinculación expresa del Reino Unido de la «integración cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» adoptada el pasado febrero, nos llevan a pensar muy seriamente que estamos asistiendo a un replanteamiento del proceso de integración hasta el punto de que, quizás implícitamente, estemos asistiendo a una refundación de éste, a una alteración de su naturaleza.

La primera ocasión en que el Derecho originario autoriza una reversión de los compromisos jurídicos previamente adquiridos dentro de la Unión Europea (Comunidad Europea de entonces) es en 1992. A través del entonces Protocolo núm. 11 anejo al TUE (actual núm. 15) se legalizó formalmente un *opt-out*, del Reino Unido en materia monetaria susceptible de ser, de otro modo, un incumplimiento unilateral de Derecho comunitario. Este Protocolo legalizó en ese momento una reversión unilateral del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos en materia de UEM; en particular, su desvinculación completa con este objetivo²⁶. Mientras el TCEE contemplaba la UEM como uno de sus objetivos, con el que se comprometía la totalidad de los Estados miembros, sin admitir que su realización pudiera lograrse sin la participación *per sempre* de alguno(s) de ellos, en el TUE de 1992 ocurría precisamente lo contrario: no todos los Estados miembros asumían este compromiso y se concebía

23. Vid. ISAAC, G., «Le “pilier” communautaire de l'Union Européenne, un “pilier” pas comme les autres». *CDE*. 2001, n° 1-2, pp. 78-86.

24. Piénsese al respecto en la revisión de los Tratados que supuso el Tratado de Amsterdam.

25. De esta opinión parecen DA CRUZ 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 à la révision des Traités Communautaires?», *CDE*, 1993, n° 29, p. 33). En el mismo sentido parece también CURTI GIALDINO, C., «Some reflections on the *acquis communautaire*». *CMLR*, 1995, n° 32, p. 1114.

26. Sin embargo, no existe un reconocimiento expreso de este *opt-out*, sino implícito, que se deduce del establecimiento de un *opt-in* para este Estado miembro.

la posibilidad de realizar una UEM sin la participación permanente de todos los Estados miembros, tal y como podía desprenderse del Protocolo comentado. Según el Protocolo, el Reino Unido (a diferencia de lo que ocurría con Dinamarca) quedaba completamente desvinculado del objetivo UEM²⁷. Así, a partir de la entrada en vigor del nuevo Tratado de 1992, la UEM con la participación de todos los Estados miembros corría el riesgo de no realizarse. La permanencia del Reino Unido al margen de la UEM podía prolongarse en el tiempo de forma indefinida e incluso hacerse permanente: la exclusión del Reino Unido de la UEM dependía de la propia voluntad del Estado miembro y, secundariamente, del cumplimiento de las condiciones objetivas necesarias. En consecuencia, el nuevo Tratado modificó el objetivo UEM en un modo incompatible con su configuración anterior: el objetivo UEM según había aparecido en el TCEE podría no realizarse. La nueva UEM ya no sería necesariamente comunitaria. La reversión para el Reino Unido de los compromisos jurídicos previamente adquiridos en materia UEM, entendida como la desvinculación discrecional y permanente para este Estado miembro de tal objetivo, resultaba del todo incompatible con esa naturaleza evolutiva de la construcción europea. Como consecuencia, se produjo una *desintegración* (aunque parcial): con el nuevo Tratado se produjo una marcha atrás, una regresión de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos en materia de UEM, se *desintegró* el objetivo comunitario de UEM y, por ello, parte de la Comunidad. Una regresión en el sistema de integración que, aunque fuera sólo mínimamente, conseguía abrir la primera grieta en la naturaleza del entonces proceso de integración.

La segunda ocasión tiene lugar con el Tratado de Amsterdam. Su entonces Protocolo núm. 3 (todavía hoy en vigor como Protocolo nº 20) sobre la aplicación de determinados aspectos del antiguo artículo 14 TCE (actual 26 TFUE) autorizaba a Irlanda y al Reino Unido a mantener los controles sobre sus fronteras para verificar el derecho de entrada en su territorio de toda persona proveniente de otro Estado miembro que se beneficiara del Derecho comunitario o del Derecho relativo al Espacio Económico Europeo, o bien de cualquier otro acuerdo internacional que vinculara a la Comunidad en ese momento al respecto (artículo 1 Protocolo). El Protocolo negaba expresamente que el entonces artículo 14 TCE, cualquier otra disposición TCE o TUE, su desarrollo, o cualquier acuerdo internacional celebrado por la Comunidad y sus Estados miembros con uno o más terceros Estados, pudiera significar para Reino Unido una abolición de los controles en sus fronteras (artículo 1 Protocolo). En consecuencia, para Reino Unido el mercado interior comunitario no incluiría la existencia de una frontera exterior común y la libre circulación en su interior de todas las personas, sino sólo de las nacionales. Exigir el mantenimiento de los controles fronterizos entre los Estados miembros equivale a negar el mercado interior incluso en una concepción que restrinja la libre circulación a los nacionales de los Estados miembros, pues resulta imposible establecer controles sobre los nacionales de terceros países sin establecer también controles sobre

27. Vid. Artículo 2 Protocolo. Como ya he dicho *Supra*, esta es una diferencia fundamental en el estatuto jurídico entre Dinamarca y Reino Unido, aunque ambos queden fuera de la Unión monetaria.

los nacionales comunitarios para poder determinar su identidad. Limitar la libre circulación de personas a los nacionales de los Estados miembros exige el establecimiento en las fronteras de controles para verificar la nacionalidad de tales personas, algo que resulta plenamente contradictorio con el establecimiento de un espacio sin fronteras interiores²⁸. La negativa de Reino Unido era, por tanto, una negativa *de principio* sobre parte del contenido del mercado interior que terminaba negando éste, dado que la libre circulación de todas las personas en el interior de la Comunidad es un elemento fundamental en él. El Protocolo superaba la simple explicitación de una consecuencia para estos Estados miembros de su permanencia al margen del entonces nuevo Título IV TCE (incluido el Acervo Schengen); se convertía en un *opt-out* en relación a la libre circulación de personas y, en definitiva, en relación al objetivo de mercado interior pleno: la letra de este Protocolo haría formalmente conforme a Derecho una aplicación materialmente *contra legem* del viejo artículo 14 TCE, en favor de Reino Unido e Irlanda²⁹. Esto, que se traducía para ellos en una derogación de ese artículo sobre la libre circulación de personas y les permitía mantener los controles fronterizos con otros Estados miembros³⁰, significaba un paso atrás en esta materia tal y como estaba prevista hasta entonces³¹. De nuevo, un Protocolo autorizaba el ejercicio formal de un *opt-out* por parte de dos Estados miembros, de una reversión sobre los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos por ellos, ligados a la consecución de un mercado interior que incluía la libre circulación de *todas* las personas en su interior, nacionales comunitarios y nacionales no comunitarios³². A esta conclusión coadyuva-

28. LOBKOWICZ, W., «Quelle libre circulation des personnes en 1993?» *RMC*. 1990, n° 334, p. 96.

29. TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation...*, *op. cit.*, p. 77.

30. BRIBOSIA, H., «Liberté, sécurité et justice...», *op. cit.*, p. 47. En el mismo sentido KERCHOVE, G. («Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines: Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures»). En DEN BOER, M.; GUGGENBÜHL, A.; VANHOONACKER, S., *Coping with flexibility and legitimacy after Amsterdam*. London: European Institute of Public Administration, 1998, p. 199), LABAYLE, H. («Un espace de liberté, de sécurité et de justice». *RTDE*. 1997, núm. 4, p. 841) y PETIT, M. («The Treaty of Amsterdam». *Harvard Law School Working Paper*, 1998, núm. 2, p. 8).

31. Vid. CRIVAT, L., «L'Union après le Traité d'Amsterdam. Des États-Unis d'Europe à l'Europe à la Carte». *L'Europe en formation*. 1998, núm. 308, pp. 54-55; MONAR, J., «Schengen and flexibility...», *op. cit.*, p. 22; STUBB, C. G. A., *The Amsterdam Treaty and Flexible integration: a preliminary assesment*. IPSA, Seminar Brussels 10-12 July 1997, p. 22; SIMAËYS, J. Y. van; CARLIER, J. Y., «Le nouvel espace de liberté Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice». En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam...*, *op. cit.*, p. 260.

32. Algunos autores han justificado las particularidades de estos Estados miembros por su insularidad (O'KEEFFE, D., «Non-accession to the Schengen Convention: The cases of the United Kingdom and Ireland». En PAULY, A. (Dir), *Schengen en panne*. Maastricht: EIPA, 1994, pp. 147-148); otros lo consideran superfluo (vid. TOTH, A. G., «The legal effects of the Protocols of the Protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark». En HEUKELS, T.; BLOKKER, N.; BRUS, M. (Eds.), *The European Union after Amsterdam. A legal analysis*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 250). Sobre las razones del Reino Unido para mantenerse al margen de la libre circulación de personas

ba, además, el Protocolo núm. 4 (actual Protocolo núm. 21) sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.

En tercer lugar, podemos también plantearnos si la Carta de Derechos Fundamentales *Diferenciada* implica una regresión. El Tratado de Lisboa ha otorgado carácter jurídico vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales. Sin embargo, según el Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales, el Título IV de la Carta no crea derechos defendibles en justicia ni en Reino Unido ni en Polonia, salvo que su legislación interna los contemple. Es cierto que no todos los Derechos fundamentales tienen idéntico alcance y que la particularidad establecida para estos Estados miembros se extiende a derechos tales como información y consulta de los trabajadores en la empresa; negociación y acción colectiva, protección en caso de despido injustificado; el de acceso a un servicio gratuito de colocación; condiciones de trabajo justas y equitativas; protección del trabajo infantil; conciliación de la vida familiar y laboral; seguridad social y servicios sociales; protección sanitaria. Sin embargo, esa diferencia no resulta relevante en mi opinión. Lo relevante es que los Derechos fundamentales constituyen uno de los elementos del núcleo duro de la integración europea, de su acervo esencial. Así se desprende no sólo de los numerosos documentos políticos que han venido impregnando la actividad comunitaria en este ámbito desde su creación, sino de la propia jurisprudencia del TJCE y la letra del Derecho originario³³. Como ya he señalado en alguna ocasión los Derechos fundamentales forman parte del «núcleo material» de la Unión, son parte integrante de su acervo esencial, del contenido imprescindible inherente a su propia identidad, de su núcleo duro, sin el cual la Unión Europea quedaría desnaturalizada, completamente adulterada³⁴. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, tal y como enuncia el artículo 2 TUE. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea se fragmenta en uno de sus elementos básicos. Además, no deja de resultar paradójico que *ad intra* la Unión Europea se fragmente en este ámbito al tiempo que su acción exterior «se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación», fomentando la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. Como acertadamente se ha afirmado, se han dinamitado los fundamentos mismos de la Unión³⁵; *dinamitando* el proceso de integración estamos también, lógicamente, ante una regresión.

en la Comunidad *vid.* WIENER, A., «Forging flexibility-the british “no” to Schengen». *Arena Working Paper*. 2000, nº 1, pp. 2-7.

33. *Vid.* ALCOCEBA GALLEGO, M. A., *Fragmentación y Diversidad...*, *op. cit.*, pp. 162 y ss.
34. *Vid.* ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «La integración diferenciada en el Tratado de Lisboa...», *op. cit.*, pp. 316 y 317.
35. TAJADURA, J., «Derechos Fundamentales e integración europea». *Estudios de Deusto*. Vol. 58/1, Enero-junio 2010, p. 285. Efectivamente, como acertadamente señalan los Prof.

En trabajos anteriores siempre he mantenido que la transferencia de competencias efectuada por los Estados miembros a la Unión Europea constituye también uno de los elementos esenciales del sistema de integración, integrando lo que he denominado acervo esencial de la Unión Europea, parte de su *código genético*³⁶. La transferencia de competencias es parte de las particularidades del método de integración que, desde el punto de vista jurídico, ha constituido el armazón jurídico-institucional que ha conferido al sistema una coherencia y cohesión que se proyecta sobre Estados miembros y particulares para la consecución de los objetivos establecidos. Concretamente, la transferencia de competencias forma parte de los elementos jurídico-formales esenciales del sistema. Los Estados miembros han venido dotando a la hoy Unión Europea (antes Comunidad Europea), mediante un Tratado internacional, de una serie de competencias que ellos venían ejerciendo de forma soberana. La Unión Europea disfruta hoy de importantes competencias legislativas, ejecutivas y judiciales tradicionalmente vinculadas a la soberanía de los Estados. La transferencia de competencias por los Estados miembros a las instituciones ha sido un fenómeno esencial del sistema jurídico de la Unión. Tal y como ha afirmado el TJCE, los Estados miembros, al crear una Comunidad dotada «de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad (...) han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos (...)»³⁷. Además, el TJCE se ha encargado de destacar 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»³⁸. Si a esto sumamos el carácter evolutivo y dinámico de la Unión Europea, su carácter no regresivo para crear una «unión

TAJADURA y QUESADA, «al mismo tiempo que en el articulado se proclama el pleno valor jurídico de la Carta de Derechos, en los Protocolos quiere negarse la fundamentalidad jurídica de los mismos en la medida en que se prevé su no aplicación, su no vinculación, esto es su inexistencia, en relación con dos Estados» (...)Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en la Unión Europea, ésta parece quedar fragmentada en uno de sus elementos básicos (constitucionales): los Derechos Fundamentales. Y semejante fragmentación es incompatible *per se* con el concepto mismo de integración. La supervivencia de la Unión Europea como una auténtica Comunidad de Derecho, como una comunidad de valores, exige la vinculación plena de todos los Estados a la Carta de Derechos. Si, por el contrario, aceptamos que determinados Estados queden desvinculados de ella, conscientemente o no, estamos dinamitando los fundamentos mismos de la Unión». «La prehistoria y la historia del Derecho constitucional europeo (Ensayo del paralelismo con el derecho constitucional nacional)». *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 2015, p. 46.

36. Vid. los detalles en ALCOCEBA GALLEGO, M. A., *Fragmentación ...*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

37. STJCE de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, *Van Gend & Loos...*, *cit.*, p. 23.

38. *Ibid.*

cada vez más estrecha entre los pueblos europeos», podríamos decir que el compromiso adquirido por cada uno de los Estados miembros con la Unión es, en principio, y desde la óptica exclusiva del método de integración, definitivo e irreversible. Sin embargo, el Tratado de Lisboa ha introducido en el artículo 48 TUE la posibilidad de que mediante una revisión del Tratado, los Estados miembros puedan desposeer a la Unión de las competencias transferidas y puedan, de esta manera, recuperarlas. Concretamente, este artículo recoge que los proyectos de revisión de los Tratados podrán, entre otros, estar encaminados a incrementar o reducir las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados. De este modo, el nuevo Tratado abre la puerta a la renacionalización de competencias, con la única (y nada desdeñable) justificación de la voluntad de los Estados miembros, cuando inicialmente se concibieron como una atribución definitiva. Un futura renacionalización de competencias supondría, sin duda, una marcha atrás, una regresión en la integración alcanzada hasta ese momento y, por tanto, una alteración de la Unión tal y como ha venido siendo concebida hasta entonces como sistema de integración. Sobre esta cuestión insiste innecesariamente la Decisión del pasado 19 de febrero cuando señala que «las competencias atribuidas por los Estados miembros a la Unión pueden modificarse, bien para aumentarlas, *bien para reducirlas*, únicamente a través de una revisión de los Tratados realizada con el acuerdo de todos los Estados miembros³⁹». Insiste también de manera redundante a mi entender sobre el ejercicio de las competencias, en la medida en que el propio Tratado y la jurisprudencia del TJUE ya lo han dejado suficientemente claro: las competencias de las instituciones, son competencias de atribución, cuyo ejercicio ha de hacerse conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁴⁰. En esta misma línea cabe referirse a la opción que recoge el artículo 50 del TUE sobre retirada de la Unión para los Estados miembros que lo deseen. La retirada puede producirse de dos maneras: 1.– previa celebración de un acuerdo internacional entre la Unión y el Estado miembro de que se trate; 2.– pasados dos años (salvo que el Consejo Europeo ampliara el plazo) desde que el Estado miembro en cuestión notificara su deseo de hacerlo al Consejo. De nuevo, en mi opinión, esta posibilidad introduce una alteración fundamental en la naturaleza de la Unión, poco compatible con la previamente existente, tendente a la creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.

A estas todas estas posibles *regresiones*, hemos de sumar la que aparece en la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo el pasado 18 de febrero sobre la relación del Reino Unido con la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», recogida en la Sección C denominada Soberanía. La Decisión acuerda, «habida cuenta de su situación específica conforme a los Tratados», que ha de incorporarse a los Tratados el reconocimiento de que el Reino Unido no está comprometido con una «mayor integración política» en el seno de la Unión. Tal reconocimiento, sigue la Decisión, «se incorporará a

39. La cursiva es mía.

40. Vid. artículo 5 TUE.

los Tratados con ocasión de su próxima revisión», «a fin de aclarar que las referencias a una Unión cada vez más estrecha no se aplican al Reino Unido». Esa *regresión* vendría confirmada además por la propia fórmula utilizada al respecto por David Cameron en su carta de noviembre de 2015 a Donald Tusk: «I want to end Britain's obligation to work towards an “ever closer unión” as set out in the Treaty»⁴¹. El planteamiento es «poner fin» a esa obligación para el Reino Unido. Y así se ha asumido por la Decisión.

Hay quien piensa que la integración diferenciada existente en la Unión ya abre esta posibilidad y que se trata de una medida esencialmente simbólica que no tendría consecuencia jurídicas prácticas sobre el estatuto del Reino Unido⁴². Es cierto que a través de la integración diferenciada, aquellos Estados que los desean pueden avanzar en el proceso de integración mientras los demás quedan en un estadio inferior. Efectivamente, tal y como ya señaló el Consejo Europeo de 14 de junio de 2014 ante la inquietud británica planteada sobre el futuro desarrollo de la UE, «una Unión cada vez más estrecha permite distintas vías de integración para los distintos países, al permitir a los que desean ahondar en la integración avanzar, al tiempo que respeta el deseo de los que no quieren seguir profundizando más»⁴³. La propia Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo señala que existen «distintas vías de integración [en la UE] para los diferentes Estados miembros, permitiendo a los que desean ahondar en la integración avanzar, al tiempo que respeta el derecho de los que no desean seguir ese rumbo». No obstante, hay una diferencia fundamental entre la integración diferenciada y la letra de lo que específicamente se recoge en la Decisión sobre la no aplicación al Reino Unido de las referencias a una Unión cada vez más estrecha: la integración diferenciada constituye un mecanismo de funcionamiento interno de la Unión respecto de la consecución concreta de objetivos, competencias y políticas preestablecidas en los Tratados; por el contrario, la Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, el progreso de la integración, constituye elemento esencial de esta, de su construcción; desvincularse de ello es desvincularse de la concepción misma del proceso europeo de integración y no de elementos concretos de su funcionamiento. De ahí su relevancia⁴⁴.

41. *Op. cit.*

42. *Vid.* SCOTT, A., «L'Écosse et le référendum sur l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union Européenne». En CHOPIN, T.; LEQUESNE, C. (Dir.). *Brexit: un compromis possible entre le Royaume-Uni et les états membres de l'UE?* Fondation Robert Schumann, 19 octobre 2015, p. 16.

43. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-79-2014-INIT/es/pdf>.

44. Efectivamente, tal y como ha señalado TUKIN, F., «... it touches upon the core principles of the Union as defined in Article 2 TEU. The Heads of State or Government declare in their statement that «the references to an ever closer union among the peoples are [...] compatible with different paths of integration being available for different Member States and do not compel all Member States to aim for a common destination. Although this confirms differentiated integration as a viable and accepted principle of European integration, it also loosens the common integration framework. This does not only represent a peculiar situation that some call “surreal” it also could provide grounds for a

3. PRESTACIONES SOCIALES Y LIBRE CIRCULACIÓN (SECCIÓN D)

Lo primero que sorprende de esta Sección D de la Decisión, relativa a «Prestaciones sociales y Libre Circulación» es la perspectiva. La perspectiva que se asume es, exclusivamente, la del Reino Unido. No se subraya el derecho de los trabajadores de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de la Unión sin discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 45 TFUE), ni el derecho de libre circulación y no discriminación de los ciudadanos europeos (artículo 18 TFUE), ni la prohibición de «toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados» (artículo 21 de la Carta de Derechos fundamentales) junto con la enorme construcción jurisprudencial al respecto. No es ese el punto de partida. Por el contrario, la Sección D de la Decisión tiene como punto de partida y enfatiza el *derecho* de los Estados miembros a limitar tales derechos. Ni siquiera se hace referencia a su relevancia económica e implicaciones en el marco de la realización del mercado interior. No hay ni una breve referencia a su esencialidad en la realización del mercado interior. En la Decisión, el trabajador/ciudadano de los Estados miembros se contempla prácticamente como una carga para el Estado receptor, considerado como posible defraudador en potencia y quizás también amenaza potencial para la seguridad de aquél; además, el leitmotiv del desplazamiento del trabajador a un Estado miembro y no a otro resulta ser *la prestación social* a obtener en el Estado de residencia⁴⁵.

Esta perspectiva me parece especialmente grave, además, no sólo ya sólo por el propio marco de la construcción europea (adali de los derechos fundamentales) y el ejercicio de derechos específicos en su interior, sino porque en un momento como el actual, los ciudadanos vivimos una doble merma de nuestros derechos fundamentales: la que ejerce por sí misma el terrorismo internacional, y la que se pone en marcha desde nuestros Estados para hacerle frente en aras de la seguridad.

Ante esas *inquietudes* la Decisión prevé que la Comisión presente una propuesta de modificación del Reglamento 883/2004 y del Reglamento 492/2011.

El Reglamento 883/2004 es un Reglamento sobre coordinación de los sistemas de seguridad social⁴⁶. Su objetivo es que, a través de dicha coordinación, queden garantizados en este ámbito determinados principios como igualdad de trato, determinación de la legislación aplicable, mantenimiento de los derechos adquiridos y la colaboración administrativa entre los organismos de seguridad social de los Estados miembros, con el fin de facilitar a los trabajadores y sus

loose “*Europe à la carte*” integration in the future». («Brexit or No Brexit? Political and Institutional Implications of an EU without the UK». *IAI Working Papers*, n° 7, March 2016, p. 16).

45. En ello abunda, además, el texto de la Declaración de la Comisión Europea sobre cuestiones relacionadas con el abuso del derecho de libre circulación de personas (Anexo VII. de las Conclusiones del Consejo Europeo). Si esta es la perspectiva ante los propios, no debe sorprendernos en absoluto la reacción de la Unión Europea ante la actual crisis de los refugiados.

46. DO L 166 de 30 de abril de 2004.

familiares no sólo el ejercicio de sus derechos sino también el cumplimiento de sus obligaciones. Entre estas reglas de coordinación se encuentra la *exportabilidad* de las prestaciones familiares, lo que incluye las prestaciones por hijo a cargo. Esto significa que el derecho de un trabajador que desarrolla su actividad en un Estado miembro a recibir una prestación por hijo, no se ve reducida o mermada por el hecho de que su hijo resida en otro Estado miembro. Es la actividad profesional que desarrolla el trabajador la que le otorga el derecho a la prestación con independencia del Estado miembro de residencia de sus descendientes. Sin embargo, con la modificación prevista por la Decisión, se pretende que tal prestación se pueda indexar (se pueda cuantificar) por el Estado miembro respecto al que causa su derecho el trabajador teniendo en cuenta el nivel de vida y el nivel de las prestaciones por hijo en el Estado miembro de residencia del hijo⁴⁷. Con independencia de las reivindicaciones (políticamente legítimas) de algunos Estados miembros y del debate latente sobre esta *exportabilidad*⁴⁸, lo cierto es que, así descrito, la indexación de la prestación según *las condiciones del Estado miembro en el que reside el hijo* tiene como efecto una *discriminación* del trabajador en razón de la *residencia de su descendiente*; y esto no parece muy acorde con el principio de no discriminación e igualdad de trato⁴⁹.

Por otro lado, esta pretendida modificación tiene dos efectos muy relevantes. El primero de ellos, expresamente previsto, es que resultará aplicable, no sólo a las nuevas peticiones formuladas una vez que la pretendida modificación entre en vigor, sino que a partir de 2020, será aplicable a todas las prestaciones por hijo ya existentes. En cierto modo estamos ante una medida con efectos retroactivos sobre derechos adquiridos y preexistentes. En segundo lugar, aunque se señala que «No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema

47. Vid. Declaración de la Comisión Europea sobre la indexación de las prestaciones por hijos exportables a los Estados miembros distintos de aquel en el que reside el trabajador. (Anexo V de las Conclusiones del Consejo Europeo).

48. Vid. en este sentido las referencias que realiza al respecto PANIZO ROBLES, A., «Equal treatment in the EU? Bye, bye» (La incidencia en seguridad social de la Decisión del Consejo Europeo sobre nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea). CEF, febrero 2016.

49. Como acertadamente se ha señalado, «nada se dice sobre si esa menor cuantía de las prestaciones que va a recibir un trabajador, en función de los hijos a cargo residentes en el Estado de origen, va a tener algún efecto en las cotizaciones abonadas al sistema o, en su caso, en los impuestos que abone en el Estado de residencia. Porque de no tener ninguna incidencia, resultará que dos trabajadores que trabajen en un mismo Estado y estén afiliados a un mismo sistema de seguridad social, tengan una retribución semejante, acrediten las mismas cargas familiares y paguen unas cotizaciones sociales o unos impuestos de igual importe, van a recibir diferentes prestaciones de seguridad social por el hecho del lugar de residencia de esos hijos, lo cual no puede calificarse como un resultado que esté muy acorde a los principios de igualdad de trato y no discriminación en razón de nacionalidad, establecidos en el Derecho originario de la UE (el Tratado de la Unión o el TFUE), así como en el Derecho derivado (como es el Reglamento 883/2004 o las Directivas sobre igualdad de trato, entre otras)». (PANIZO ROBLES, A. *op. cit.*).

de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensivo a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación», convendría subrayar que no es intención *ahora*. Nada impide que esa *intención* aparezca en el futuro, no ya sólo para las pensiones sino para otras prestaciones. Sólo el Parlamento y el TJUE tienen en su mano impedir todas estas modificaciones. Va a depender de la interpretación que hagan, en esencia, del Derecho originario y de los objetivos previstos en los Tratados.

Por su parte, el Reglamento 492/2011 es un Reglamento sobre libre circulación de trabajadores dentro de la Unión⁵⁰. Es cierto que el Derecho originario⁵¹, derivado⁵² y la jurisprudencia del TJUE⁵³ admiten restricciones o limitaciones al principio de no discriminación e igualdad de trato en la Unión. La novedad de la pretendida modificación sobre el Reglamento 492/2011 se encuentra en la posibilidad de que un Estado miembro establezca limitaciones, no ya sobre nacionales no activos de otros Estados miembros, sino sobre trabajadores nacionales de otros Estados miembros. La modificación supone la posibilidad de que, a petición de un Estado miembro, se active un «mecanismo de alerta y garantía» a través del cual el Consejo pueda autorizar a tal Estado miembro la restricción de prestaciones no contributivas a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros ante «situaciones de flujos de entrada de trabajadores de procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un periodo prolongado», hasta el punto de afectar «a aspectos esenciales de su sistema de seguridad social, incluido el propósito primario de su sistema de prestaciones vinculadas al ejercicio de una actividad profesional, o que da lugar a dificultades graves y con probabilidades de persistir en su mercado laboral o que generan una presión excesiva para el funcionamiento adecuado de sus servicios públicos». Con independencia de que los términos en los que se plantea la modificación requerirían de precisión con objeto de limitar la discrecionalidad del Consejo en la aplicación⁵⁴, la pretendida modificación, tal

50. DO L 141 de 27 de mayo de 2011.

51. Vid. artículos 18 TFUE y ss.

52. Vid., por ejemplo, la Directiva 38/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158 de 30 de abril de 2004).

53. Vid., por ejemplo, STJUE 11 de noviembre de 2014, As. C-333, *Caso Dano*; STJUE de 25 de febrero de 2016, C-299/14, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen/Jovanna GARCÍA-NIETO y otros*; STJUE, de 15 de septiembre de 2015, As.C-67/14, *Alimanovic*. Sobre estas cuestiones pueden consultarse, entre otros, CAICEDO CAMACHO, N., «La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?». *REAF*, 19, abril 2014, pp. 96-143; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE». *La Ley Unión Europea*. Diciembre 2015.

54. Piénsese, por ejemplo, en la «magnitud excepcional», en el concepto de «prolongado» para el periodo de flujo de entrada, en los aspectos que con considerados «esenciales» de un

y como aparece descrita en la Decisión, plantea de nuevo (al igual que le modificación del Reglamento 883/2004 antes comentada) algunas dudas serias y razonables sobre su compatibilidad de nuevo con los principios de igualdad de trato y no discriminación.

No podemos dejar de mencionar cuán *comprehensiva* es la Comisión Europea con la *excepcional* afluencia de trabajadores a Reino Unido procedentes de otros Estados miembros; tanto, que en su Declaración relativa al mecanismo de salvaguardia a que hace referencia el apartado 2, letra b), de la sección D de la Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea (Anexo VI de las Conclusiones), *avala* la utilización de este mecanismo por parte de este Estado miembro *con plena expectativa de su aprobación*. Del texto de la Declaración de la Comisión, parece desprenderse que el Reino Unido podría, dada su *situación excepcional*, hacer uso de esa situación de emergencia, incluso antes de su autorización por el Consejo, dando por hecho que lo autorizará⁵⁵.

Estas dudas sobre la compatibilidad de las revisiones propuestas con el Derecho originario son las que podrían hacer fracasar la pretendida modificación del Reglamento 883/2004 y el Reglamento 492/2011 en dos frentes: el primero de ellos, en el Parlamento Europeo, y el segundo, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- La modificación del Reglamento ha de hacerse siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. No sería descabellado pensar que el Parlamento Europeo, adalid de la protección de los derechos fundamentales, del cumplimiento del Derecho originario y los objetivos de la Unión y de los más profundos valores de esta, vete dicha modificación⁵⁶.

sistema de seguridad social o la «presión excesiva» para el funcionamiento adecuado de los servicios públicos. *Vid.* en este sentido también PANIZO ROBLES, A., *op. cit.*

55. De esta afirmación surgen también otras dudas: ¿podrá el Reino Unido hacer uso de ese mecanismo, dada la excepcionalidad de su situación, incluso antes de que vea la luz la revisión de la Directiva, con las implicaciones jurídicas que eso conlleva? O por el contrario ¿asume el Reino Unido que deberá esperar, al menos, a la modificación de la Directiva?

56. El pasado 18 de febrero, en un discurso ante el Consejo Europeo, el Presidente del Parlamento Europeo, el Sr. Schulz, manifestaba lo siguiente: «Si la libre circulación plantea problemas prácticos sobre el terreno, es preciso abordarlos. Pero las soluciones no pueden aplicarse a costa de discriminar a los ciudadanos de la UE. Y, por supuesto, son los Estados miembros los que deben decidir cómo desean estructurar sus regímenes de prestaciones y sistemas de seguridad social a través de su legislación nacional. La Comisión se compromete ahora a proponer un «mecanismo de salvaguardia» si los ciudadanos del Reino Unido votan a favor de permanecer en la UE. Este «mecanismo de salvaguardia» significaría que dos trabajadores, ambos ciudadanos de la UE, que paguen los mismos impuestos y hagan el mismo trabajo, durante un cierto tiempo no percibirían lo mismo. Permítanme que lo diga alto y claro: el Parlamento Europeo combatirá la discriminación entre ciudadanos de la UE. La no discriminación y la igualdad de trato son principios fundamentales de nuestra Unión. Celebramos que se haya propuesto el procedimiento legislativo ordinario,

- Suponiendo que la modificación se materializara, el TJUE podría tener que pronunciarse sobre la validez de dicha medida a través de una cuestión prejudicial⁵⁷.

IV. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECISIÓN DE LOS JEFES DE ESTADOS Y DE GOBIERNO REUNIDOS EN EL SENO DEL CONSEJO EUROPEO

De acuerdo con lo que acabamos de ver, el contenido de algunas de las disposiciones acordadas los pasados 18 y 19 de febrero, suscita dudas razonables con su compatibilidad con el Derecho originario que exigirían su revisión para evitarlo. Incluso ya antes, el sólo anuncio de las preocupaciones británicas parecía indicar ese camino para buena parte de la doctrina científica, aún conscientes de la imposibilidad de UE tal revisión se llevara a cabo antes del referéndum británico⁵⁸.

El conjunto de disposiciones acordadas por el Consejo Europeo los pasados 18 y 19 de febrero relativas al Reino Unido y la Unión Europea (Parte I de las Conclusiones) está integrado por: a) una Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea (Anexo 1), b) una Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre un Proyecto de Decisión del Consejo sobre disposiciones específicas relacionadas con la gestión eficaz de la Unión bancaria y las consecuencias de la mayor integración de la zona euro (Anexo 2): c) una Declaración del Consejo Europeo sobre competitividad (Anexo 3); cuatro Declaraciones de la Comisión Europea (Anexos 4 a 7). Según el texto de las Conclusiones, todo el conjunto «será efectivo el día en que el Gobierno del Reino Unido informe al secretario general del Consejo de que el Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea».

La clave del conjunto se encuentra en la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido

pero seguramente entenderá que ningún parlamento del mundo puede pronunciarse por anticipado sobre el resultado de su labor legislativa. El Parlamento Europeo se compromete a encontrar junto con el Consejo soluciones constructivas que resuelvan de una manera justa los problemas que plantee la libre circulación de personas». También en el Pleno del Parlamento Europeo de 24 de febrero de 2016 algunos Eurodiputados manifestaron sus dudas sobre estas pretendidas modificaciones (*Vid.*, por ejemplo, las intervenciones de Gianni PITELLA y Rebecca HARMS).

57. Claro, que esto tampoco es demasiado reconfortante cuando uno piensa en todo lo que le puede costar a una particular llegar a este punto...
58. Avanzándolo, BORGES, L. MENON, A., «Essentiel mais inutile: renégocier les termes de l'adhésion britannique à l'UE». En CHOPIN, T.; LEQUESNE, C. (Dirs.). *Brexit:...*, *op. cit.* p. 11. En el mismo sentido, en la misma obra, *vid.* también, FABBRINI, S., «Italie: des marges de négociation limitées», p. 27 y CHOPIN, T., «Brexit: un "fair deal" entre Londres et ses partenaires européens?», p. 39. Igualmente, PIRIS, J.-C., «Constitutional pathways: which institutional and constitutional adjustments for the United Kingdom? En WITTE, B.; GRANT, Ch.; PIRIS, J.-C., *United Kingdom's Renegotiation of its Constitutional Relationship with the EU: Agenda, Priorities and Risks*. European Parliament. Directorate general for internal policies policy department c: citizens' rights and constitutional affairs. Constitutional affairs. December 2015, pp. 18-19 (<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>).

en la Unión Europea (Anexo 1), puesto que el resto de textos anexos toman este como referencia. No es la primera vez que, ante las dificultades de proceder a una revisión de los Tratados conforme al procedimiento previsto para satisfacer las *preocupaciones* de un Estado miembro, los Jefes de Estado y de Gobierno optan por esta fórmula. Ya lo hicieron en 1992 ante las inquietudes de Dinamarca y en 2009 ante las de Irlanda.

Sobre esta Decisión del pasado febrero, los Jefes de Estado y de Gobierno declaran que «otorga garantía jurídica de que se han abordado las cuestiones que preocupan al Reino Unido», que es «totalmente compatible con los Tratados», «jurídicamente vinculante y puede modificarse o derogarse solo de común acuerdo por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea» e insiste, de nuevo, en que «sólo surtirá efecto el día en que el Gobierno del Reino Unido informe al Secretario general del Consejo de que Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea». Para finalizar, señala que «si el resultado del referéndum en el Reino Unido fuera su salida de la Unión Europea, dejará de existir» ese conjunto de disposiciones. Estas afirmaciones merecen algunas consideraciones de carácter técnico-jurídico del mismo calado que las que se hicieron en su momento para Irlanda y Dinamarca.

En primer lugar, conviene recordar que los únicos mecanismos capaces de modificar el Derecho originario vigente son los previstos en el artículo 48 TUE⁵⁹. Y este

59. Nadie pone en duda a día de hoy la exclusividad del procedimiento previsto por el Tratado de la UE para su revisión. Si bien el sistema de normas que caracteriza el Derecho de la Unión se funda en Tratados internacionales, estos han constituido una Comunidad de Derecho que se rige por sus propias normas, ajenas en su mayoría al Derecho internacional público y al Derecho de los Estados miembros, en la que ni sus instituciones ni los Estados miembros pueden disponer de tal Derecho como mejor les parezca (STJCE de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Parti écologiste Les Verts vs. Parlement Européen*, Rec. 1986, pág. 23). Así pues, «el Tratado, aun celebrado como Convenio internacional, es la carta constitucional de una Comunidad de Derecho» (Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de diciembre de 1991..., *cit.*, pág. 21). La imposibilidad de revisar el Tratado conforme a las normas del Derecho internacional público tiene su origen, pues, en la autonomía del Derecho que da a luz respecto del Derecho internacional público. Puesto que tal Derecho no está a disposición de los Estados miembros ni de sus instituciones, una revisión de la Norma Fundamental que lo origina, el Tratado, sólo puede hacerse por los mecanismos de revisión expresamente previstos por él mismo, con exclusión de los mecanismos de Derecho internacional público y de cualesquiera otros que explícita o implícitamente puedan tener como objetivo una revisión. La especificidad de este Derecho, concretamente en sus manifestaciones de primacía y la particular función del TJCE como garante de aquél, son la causa de la exclusividad del procedimiento de revisión previsto por el Tratado tanto expresa como implícitamente. *Vid* en este sentido, a título de ejemplo, STJCE de 8 de abril de 1976, as. 43/75, *Gabrielle Defrenne vs. Sabena*, Rec. 1969, págs. 57-58; el Dictamen del TJCE 1/92 de 10 de abril emitido con arreglo al párrafo 2º del apartado 1 del artículo 228 del TCEE en relación al 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. 1992; STJCE de 6 de abril de 1995, as. acum. C-241/91 P y C-24/91 P, *Redio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications LTD (ITP) vs. Comisión*; (Rec. 1995, pág. 86); STJCE de 3 de febrero de 1976, as. 59/75, *Pubblico Ministero vs. Flavia Manghera et autres*, Rec. 1976, págs. 19

caso, esta Decisión, no obedece a ninguna de las fórmulas previstas al respecto. Por tanto, esta Decisión no tiene la capacidad de revisar, por sí misma, el Tratado en vigor. De hecho, la propia Decisión parece reconocer implícitamente tal imposibilidad al afirmar que *deseando resolver* las cuestiones planteadas por el Reino Unido en su carta de noviembre de 2015, la intención de los Jefes de Estado y de Gobierno es «*aclarar determinados temas de particular importancia para los Estados miembros de forma que dicha aclaración tenga que tomarse en consideración como un instrumento para la interpretación de los Tratados*». Además la Decisión parece emplazar a una revisión del Tratado al indicar que las Secciones A y C del documento «se incorporará(n) en lo sustancial a los Tratados en el momento de su próxima revisión de acuerdo con las correspondientes disposiciones de los Tratados y los respectivos requisitos constitucionales de los Estados miembros».

Por ello, y ante lo comedido de los Jefes de Estado y de Gobierno al respecto, resulta más que sorprendente la Declaración de la Comisión Europea sobre el mecanismo de salvaguardia a que hace referencia el apartado 2, letra b), de la sección D de la Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, cuando afirma que «estaría justificado que el Reino Unido activase el mecanismo [de emergencia] con plena expectativa de obtener aprobación [para ello]». Dicho de otro modo, el Reino Unido podría estar autorizado, antes de la modificación de la Directiva 492/2011, a utilizar el mecanismo de emergencia que se prevé con la futura modificación. Olvida la Comisión que la modificación de la Directiva necesita el beneplácito del Parlamento y que podría ocurrir que el Reino Unido pusiera en marcha un mecanismo de emergencia con la expectativa de una aprobación que nunca se produciría en el Consejo porque la revisión sería vetada por el Parlamento⁶⁰. Además, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no parece que dicha Declaración sea capaz de modificar jurídicamente una Directiva ni la jurisprudencia del TJUE. Eso sí, tampoco es realista pensar que un Estado miembro o la Comisión vayan a denunciar un incumplimiento del Reino Unido al respecto.

y 21; STJCE de 29 de marzo de 1979, as. 231/78, Comisión vs. Royaume Uni, Rec. 1979, párs 11 y 12; Dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977 del TJCE emitido con arreglo al párrafo 2º del apartado 1 del artículo 228 del TCEE en relación al Proyecto de acuerdo relativo a la instauración de un Fondo Europeo de inmovilización de la navegación interior, Rec. 1977, párs. 12 y 14; STJCE de 6 de octubre de 1976, as. 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como vs. Dunlop AG*, Rec. 1976, párs. 9 y 11; Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996 emitido con arreglo al entonces artículo 228 del TCE relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Rec. 1996, párs. 29 y 30.

60. En este sentido *vid.* GOULARD, S., «Royaume-Uni/Union européenne: des relations clarifiées ou un marché de dupes?», p. 2. (<http://www.sylviegoulard.eu/wp-content/uploads/2016/02/1304NoteUK-FR-FINAL.pdf>). De hecho, algunos Diputados europeos ya manifestaron sus dudas respecto de la compatibilidad de la Sección C de la Decisión en el Pleno del Parlamento Europeo celebrado el pasado 24 de febrero. (Sirva como ejemplo la intervención del Sr. PITELLA <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/es/plenary/video?debate=1456323563458>).

Pero quizás sí sería posible que planteado un caso ante un órgano jurisdiccional británico, se eleve una cuestión prejudicial...

En segundo lugar, parece claro que no es un acto del Consejo Europeo sino un acto adoptado de manera conjunta por los máximos responsables de cada uno de los Estados miembros. Si hubiera sido un acto del Consejo Europeo (que integra también al Presidente de la Comisión y la participación en los trabajos del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad) se habría denominado así. De hecho, uno de los Anexos (el Anexo número 3), se denomina expresamente como acto del Consejo Europeo, en particular como Declaración del Consejo Europeo. Además, el texto explicita que la Decisión sólo puede derogarse de común acuerdo por los propios Jefes de Estado y de Gobierno.

En tercer lugar, en lo que se refiere a su naturaleza jurídica y sus efectos, la Decisión resulta *a priori* un acto, cuanto menos, ambiguo⁶¹ y controvertido⁶². Probablemente es así de forma deliberada al tener que hacer converger de manera rápida voluntades e intereses divergentes entre los Estados miembros. De hecho a la finalización del Consejo Europeo, François Hollande relativizaba el contenido del texto al señalar que «il n'y a pas de révision prévue prochaine des traités. Et lorsqu'il y aura un jour, je ne sais pas quand d'ailleurs, une révision des traités, ces dispositions qui ont été aujourd'hui précisées seront à ce moment-là intégrées dans le processus. Mais d'ici là, il n'y aura pas de révision des traités, ce qui était une position que je voulais absolument faire respecter»⁶³; por el contrario, James Cameron lo ponía en valor al afirmar que «the Council was also clear that the treaties will be changed in 2 vital respects. To incorporate the new principles for managing the relationship between countries inside and outside the eurozone and to carve the UK out of ever closer union»⁶⁴. Para el primero, los puntos acordados habrán de integrarse en el marco de una futura revisión, lo que incluye una negociación, pero nada de lo acordado supone *a priori* que se vayan a incorporar tal cual en la próxima revisión; para el segundo, el compromiso alcanzado implica que la próxima revisión de los Tratados incluirá lo acordado tal cual. Las palabras del Presidente del Consejo, Donald Tusk, afirmando ante el Pleno del Parlamento Europeo el 24 de febrero que «El acuerdo alcanzado es vinculante e irreversible, se ajusta a los Tratados y no puede anularse en el Tribunal de Justicia», no viene sino a incrementar la confusión. ¿Es un acto de Derecho internacional público? ¿Es un acto de Derecho de la Unión? ¿Cuál es su alcance? ¿En qué medida este acto condiciona el contenido de la revisión futura del Tratado?

61. GOULARD, S., «Royaume-Uni/Union européenne...», *op. cit.*, p. 1.

62. POPTCHEVA, E. M.; EATOCK, D. *The UK's 'new settlement' in the European Union Renegotiation and referendum*. European Parliament. European Parliamentary Research Service. February 2016, p. 21. (<http://www.europarl.europa.eu/thinktank>).

63. *Vid.* <http://www.rpfFrance.eu/oui-je-suis-pour-une-europe#III-Conference-de-presse-de-Francois-Hollande-a-l-issue-du-Conseil-europeen-nbsp>.

64. *Vid.* <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-statement-following-european-council-meeting-19-february-2016>.

Como ya hemos indicado anteriormente, no es la primera vez que se hace uso de la figura de la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo para intentar dar solución a pretensiones individuales de algunos Estados miembros; ya ocurrió con Dinamarca en 1992 y con Irlanda en 2009⁶⁵. Aunque no resulta una cuestión pacífica comparto la opinión de la doctrina que ha considerado que este tipo de actos constituyen un Acuerdo político, no normativo, carente del núcleo esencial del *Pacta sunt servanda*, y no sometido ni a Derecho internacional público ni a Derecho de la Unión Europea⁶⁶.

Si consideráramos el acto atendiendo exclusivamente a Derecho internacional público tal y como hace el Servicio Jurídico del Consejo, esta Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo, equivaldría a un Tratado internacional simplificado celebrado al amparo del artículo 11 Cv. Viena sobre derechos de los Tratados 1969. Y mediante el cual «Member States agree on a joint interpretation of certain provisions of the EU Treaties and on principles and arrangements for action in related circumstances»⁶⁷. Con esta consideración, no se haría necesaria ronda alguna de prestación formal del consentimiento en cada Estado miembro. De hecho, la Sección E de la Decisión señala expresamente cuándo la Decisión surtirá efecto, sin hacerlo depender del depósito de instrumento de ratificación alguno, sino de la simple notificación al Secretario General del Consejo de que Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea. Es perfectamente coherente con la consideración de la Decisión como Tratado internacional que, en las Conclusiones del Consejo Europeo, se afirme que el texto de la Decisión «otorga garantía jurídica de que se han abordado las cuestiones que preocupan al Reino Unido» y que la Decisión es «jurídicamente vinculante».

-
65. Sobre los casos específicos de Dinamarca e Irlanda pueden consultarse, entre otros, ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «Irlanda...», *op. cit.*; BARRETT, G., «Ireland's Lisbon Treaty Guarantees Examined». *Irish Time*. 30 June 2009; CURTIN, D.; VAN OOIK, R., «Denmark and the Edinburgh Summit: Maastricht without tears». En O'KEEFFE, D.; TWOMEY, P. (Eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*. London, New York, Chichester, Brisbane, Toronto, Singapore: Wiley Chancery Law, 1994, pp. 349-365; GLISTRUP, E., «Le Traité de l'Union européenne: la ratification du Danemark». *RMUE*, núm. 374, pp. 9-16; HOWARTH, D., «The compromise on Denmark and the Treaty on the European Union: a legal and political analysis». *CMLR*, 1994, núm. 4, vol. 31, pp. 765 y ss.; IIEA. *Lisbon: The Irish Guarantees Explained*, Institute of International and European Affairs. Dublin, Ireland, June 2009. INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES. UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES. *La Communauté Européenne avant Edimburgo*. Journé d'Études. 21 novembre 1992. Bruxelles: IEE, ULB, 1992; LAURSEN, F., «Denmark and the Ratification of the Maastricht Treaty», LAURSEN, F.; VANHOONACKER, S. (Eds.). *The Ratification of the Maastricht Treaty*. Maastricht: EIPA, 1994, pp. 147-180; MANGAS MARTIN, A., «Dinamarca y la Unión Europea». *La Ley*. 23 de julio de 1993, pp. 1-5; MILLER, V., *The Treaty of Lisbon after the second Irish Referendum*. Research Paper, 9/75. 8 October, 2009.
66. Vid. MANGAS MARTIN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2010, p. 197.
67. *Op. cit.*, p. 3. De esta misma opinión, PEERS, S., «The final UK/EU renegotiation deal: legal status and legal effect». *EU Law Analysis*. 21 febrero 2016. El pasado 23 de febrero Reino Unido registró la Decisión como Tratado internacional en Naciones Unidas (<http://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-un-idUKKCN0VX2VO>).

Sin embargo, esta consideración obvia, en mi opinión, cuestiones fundamentales vinculadas al ordenamiento jurídico de la Unión Europea en cuanto que esta Decisión se enmarca en el proceso de integración europeo, cuyas particularidades y especificidades jurídicas condicionan la conclusión del párrafo precedente. Pero también obvia consideraciones sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros.

En primer lugar, es cierto que el Derecho internacional público distingue entre la celebración de Tratados en forma simplificada y en forma solemne. Aunque ambas fórmulas de celebración son perfectamente válidas en Derecho internacional público, no debe olvidarse que «la distinción entre tratados celebrados en «forma solemne» y tratados celebrados en «forma simplificada» tiene su fundamento actual en las disposiciones de Derecho (constitucional) interno de cada Estado. Cada orden jurídico interno debería, en efecto, regular claramente la distribución de competencias entre sus poderes ejecutivo y legislativo en la materia de formación y manifestación de la voluntad del propio Estado en obligarse definitivamente por los diferentes Tratados internacionales»⁶⁸. En la medida en que la conclusión de un Tratado es un atributo de la soberanía del Estado al tiempo que una manifestación del ejercicio de ésta, son sus normas de Derecho interno las que determinan el modo concreto en que debe realizarse. Si el contenido de la Decisión es efectivamente el de comprometer la revisión de un Tratado en el futuro, alterando la naturaleza misma del proceso de integración en el sentido que hemos visto unas líneas antes, y abriendo la puerta a una *reinterpretación* de principios tales como la no discriminación y la libre circulación de personas, en favor de su restricción⁶⁹, no parece muy adecuado, al menos en el caso español, que no haya seguido el procedimiento en forma solemne. Alguien podría decir que en el futuro, cuando se revise efectivamente el Tratado y se introduzcan en su letra estas modificaciones, se utilizará el procedimiento solemne y podrá existir así esa subsanación, de modo que se trataría simplemente de un acto de *naturaleza transitoria*⁷⁰. Pero entonces, ¿qué garantía tienen los ciudadanos británicos de que efectivamente lo que van a votar en referéndum el próximo 23 de junio se va a incorporar efectivamente en los Tratados si, de acuerdo entonces con el procedimiento interno previsto a partir de la futura revisión, los Parlamentos internos lo objetan y, por tanto, no se produce la ansiada prestación del consentimiento de algún Estado miembro? ¿Y en aquellos casos en

68. MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público. Parte General*. Madrid: Trotta, 2005, p. 309.

69. Por no mencionar el poder de los Parlamentos nacionales y la aplicación del principio de subsidiariedad que también aparecen en la Decisión y a los que no me he referido en este trabajo por considerar que exceden del objeto inicialmente señalado.

70. Resultan interesantes en este sentido las reflexiones al respecto de PALOMARES AMAT, M., «Las Decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular, transitoriamente, la participación en la Unión Europea de nuevos Estados surgidos de la separación de Estados Miembros» REAF, núm. 17, abril 2013, pp. 146-183, especialmente pp. 171-173.

los que los Parlamentos nacionales veten el derecho derivado en el sentido acordado en el texto? ¿Acaso entonces denunciará Reino Unido a tales Estados miembros por incurrir en incumplimiento y, por tanto, responsabilidad internacional en aplicación del Derecho internacional público?

En segundo lugar, considero que igual que ya ocurriera con los casos de Dinamarca e Irlanda, este tipo de actos no encuentra fundamento en los Tratados⁷¹. Sin embargo, a diferencia de lo que pretendió hacerse con los casos de Irlanda y Dinamarca, la letra de la Decisión, por sí misma, no pretende introducir cambios directamente en el Tratado ni incorporar Protocolo alguno; sino que su objetivo es comprometer a los Estados miembros en una revisión futura del Tratado con un determinado contenido. Ahora bien, considerar que se trata de un Tratado internacional en forma simplificada que tiene por objetivo comprometer a los Estados en una revisión futura del Tratado de la Unión con un determinado contenido, supone, en cierto modo, un *fraude* en el procedimiento de revisión. Me explico: se celebra un Tratado internacional para revisar otro con un determinado contenido en el futuro, cuando el procedimiento es precisamente el contrario: es la revisión de los Tratados la que debe desembocar en un Tratado internacional. La celebración de un Tratado internacional con el objetivo de predeterminar el contenido de un Tratado de la Unión Europea posterior no parece muy conforme con el procedimiento de revisión de los Tratados de la Unión, en la medida en que éste exige participación de las instituciones y la celebración de una Conferencia Internacional⁷². No puede quedar jurídicamente predeterminado *a priori* a través de un pretendido Tratado internacional celebrado en forma simplificada el futuro contenido de un Tratado de la Unión Europea. No se estaría respetando el procedimiento prescrito para ello que, según el TJUE es el único capaz de revisar el Tratado⁷³. Efectivamente, tal y como muy acertadamente se ha señalado «The problem with this idea is precisely that point: making it a “promise” legally binding would actually transform it into the equivalent of an actual Treaty change: only the date of entry into force would remain to be decided. Such a Treaty change could not, therefore, be adopted in violation of the procedure set out in Article 48 TEU as well as of requirements of the national Constitutions of the member States»⁷⁴.

El pretendido efecto de vincular jurídicamente para el futuro a todos los Estados miembros con el contenido de la Decisión de modo que no puedan desvincularse de ello en el momento en que haya de producirse una revisión de los Tratados o una modificación del Derecho derivado es sólo una fórmula para reforzar el compromiso político de los Estados miembros ante una futura revisión del Tratado y en el Consejo ante las modificaciones previstas en materia de libre

71. Vid. MANGAS MARTIN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 197.

72. Lógicamente estoy considerando únicamente el procedimiento ordinario de revisión por ser este el que, vistas las modificaciones a introducir, habría de utilizarse en este caso.

73. Vid. *Supra*, nota al pie núm. 58.

74. PIRIS, J-C., op. cit., p. 22.

circulación y prestaciones sociales. Se trata de intentar ofrecer a Reino Unido una mayor garantía del cumplimiento futuro de esos compromisos. No obstante, en mi opinión, por las razones ya comentadas, se trata de un compromiso político que no resulta jurídicamente oponible.

En todo caso, la Decisión sí tiene la virtud de servir a la interpretación de los Tratados. No en vano es un acto adoptados por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros. El texto de la Decisión indica que es intención de los Jefes de Estado y de Gobierno que el texto adoptado sirva «como un instrumento para la interpretación de los Tratados». Esta afirmación debe vincularse con el pronunciamiento del TJUE en el caso *Rotmann* al señalar que la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo los días 11 y 12 de diciembre de 1992 debía ser tomada en consideración como instrumento de interpretación del Tratado⁷⁵. Claro está, siempre y cuando su contenido resulte compatible con el de los Tratados⁷⁶.

Otra cuestión que se ha de mencionar es la referida en el punto 4 de la Parte I de las Conclusiones: «si el resultado del referéndum en el Reino Unido fuera su salida de la Unión Europea, *dejará de existir* el conjunto de disposiciones» adoptadas para responder a las preocupaciones del Reino Unido. *¿Dejará de existir?* ¿Una Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y que pretende ser *jurídicamente vinculante* puede *dejar de existir* en función del resultado de un referéndum en un Estado miembro? Pero, además, ¿cómo encaja esa afirmación con la hecha inmediatamente antes según la cual la Decisión adoptada sólo puede derogarse o modificarse de común acuerdo por los Jefes de Estado o de Gobierno? Lejos de ser un error de traducción⁷⁷, parece más bien un *despiste*... Probablemente, lo que quiere decirse es que no surtirá efectos, no que deje de existir. La inexistencia de las disposiciones tal y como se plantea no es posible.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El devenir del proceso de construcción europea ha hecho de la flexibilidad un elemento inherente a este. La integración diferenciada, esto es, la posibilidad de que un grupo de Estados miembros utilice los procedimientos, mecanismos e instituciones de la Unión para dotarse de un sistema normativo a aplicable sólo a ellos se ha convertido en un elemento esencial del proyecto europeo de integración. En estos momentos, la construcción del proyecto europeo pasa por esta flexibilidad. Sin ella, es imposible.

Es evidente que, contemplada aisladamente, la integración diferenciada tiene la virtud de permitir avanzar en el proceso de integración, salvando las dificultades que

75. STJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottmann vs. Bayern*, As. C-135/08, FJ 40.

76. *Vid.* en este sentido POPTCHEVA, E. M.; EATOCK, D., «*The UK's...*», *op. cit.*, p. 22 (<http://www.europarl.europa.eu/thinktank>).

77. Las versiones en inglés, francés e italiano hacen el mismo tiempo de afirmación sobre la inexistencia.

entraña la divergencia de intereses y voluntades de los Estados miembros dentro de la Unión. Y además, es perfectamente compatible con él en la medida en que respete los elementos esenciales del proceso de integración⁷⁸.

Sin embargo, el número creciente y el hecho de que en ocasiones afecte a elementos esenciales del proceso de integración exigen una visión de conjunto. Cuando se contempla el conjunto se observa efectivamente una peligrosa multiplicación de las excepciones, de las flexibilidades de los derechos y obligaciones de los Estados miembros dentro de la Unión que afectan a lo que tradicionalmente se consideraba su núcleo duro; lo quiebran y, en ese sentido, generan (en mayor o menor medida) una cierta regresión en la integración. Nos encontramos ante un modelo que, en aras de la flexibilidad, quiebra elementos esenciales del sistema como los derechos fundamentales, el sistema de atribución de competencias, la permanencia en la Unión e incluso la naturaleza dinámica y evolutiva del proceso. La cuestión clave estriba entonces en determinar si existe un límite a dicha flexibilidad o, dicho de otro modo, ¿cómo de *flexible* puede ser el proyecto europeo?

Hasta ahora, la admisión de una regresión en la integración, de una *marcha atrás*, no resultaba jurídicamente admisible desde los postulados integracionistas⁷⁹. Una regresión en el sistema de integración, significaba una alteración regresiva de la naturaleza de la construcción europea incompatible con ella. Dicho de otro modo, la preservación del carácter evolutivo exigía respetar el nivel de integración previamente establecido y determinado por los objetivos a cuya consecución ha estado destinada la construcción europea según el Derecho originario y los elementos estructuradores de carácter formal y material constituidos para alcanzarlos. Quizás por ello, la quiebra de la naturaleza evolutiva y dinámica del proceso, las regresiones, se habían hecho hasta ahora de modo discreto o soslayado y afectando a cuestiones puntuales.

Sin embargo, la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo el pasado febrero, reconociendo expresamente la desvinculación del Reino Unido del compromiso de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» es francamente relevante al respecto. Aunque no resulte jurídicamente vinculante no se puede obviar la preocupación británica y la voluntad política de los actuales Jefes de Estado y de Gobierno de satisfacerla en el futuro. Por primera vez se reconoce abiertamente que la Unión Europea puede no tener una naturaleza evolutiva y dinámica en el futuro. Parece que la Unión Europea ha dejado de ser un proyecto dinámico y evolutivo.

Parece claro que, con el reconocimiento expreso, las flexibilizaciones que antes eran excepciones articuladas con ocasión de una puntual negativa de un Estado

78. Vid. ALCOCEBA GALLEGO, M., *Fragmentación...*, *op. cit.*, especialmente pp. 43 y ss. *vid. también* enumerando los *límites constitucionales* a la flexibilidad, PIRIS, J.-C., *op. cit.*, pp. 28 y 29.

79. Vid. sobre la interpretación preexistente 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.

miembro a profundizar, pueden convertirse ahora en uno de los elementos identitarios de la Unión al revisar profundamente el principio de «Unión cada vez más estrecha entre los pueblos Europa». Desde luego, la flexibilidad es perfectamente compatible con los Tratados. Es evidente, como ya he dicho, que es la única fórmula posible para hacer converger voluntad y capacidad de los Estados miembros. Aunque resultará crucial su establecimiento en los Tratados, la novedad abierta con esta Decisión no puede desdeñarse: se asume *a priori* que los Estados miembros de la Unión Europea, no asumen un futuro común en su construcción⁸⁰. Antes se partía de lo común para excepcionar; ahora el punto de partida, en caso de materializarse, sería que no existe ese futuro común. La perspectiva es completamente diferente de lo que existe actualmente con consecuencias notables:

- En la medida en que se excepcione el carácter evolutivo y dinámico del proceso de integración, resultaría del todo ya cuestionable su consideración como esencial.
- Si ya no resultara esencial, las regresiones en el proceso de integración, no sólo no dejarían de ser ajenas a su naturaleza sino que resultarían compatibles con ella.
- Podemos confirmar que el proyecto de integración europeo tal y como lo entendíamos hasta ahora se desnaturizaría, se quebraría y, por tanto, se transformaría; estaríamos ante una reconversión del proyecto.

En definitiva, asistimos a una crisis de identidad del modelo existente y a una refundación de éste cuyos contornos, eso sí, todavía no están nada claros. La reorientación estatista del proceso de integración junto con la quiebra de elementos hasta entonces esenciales, algunos de ellos a través de la integración diferenciada, se ha visto confirmada por la Decisión del pasado febrero. Es lamentable, además, que tal confirmación se haya hecho por la *puerta trasera*, a través de una Decisión de Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo y no a través de una revisión del Tratado (aunque se hace con la expectativa de su incorporación en ese momento).

Es evidente que la Unión se está alejando de ese carácter transitorio, no permanente, destinado a la consecución de una mayor integración entre los Estados miembros, esto es, una *unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*. Veremos si finalmente se materializa en una futura revisión del Tratado y si las instituciones *materializan* el Derecho derivado al que la Decisión se refiere⁸¹.

80. Nada parece impedir que en el futuro puedan incorporarse otros Estados miembros además de Reino Unido a esta excepción.

81. Este trabajo fue entregado a la editorial dos meses antes de la celebración del referendun sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea. La opción ganadora del Brexit no hace sino ahondar en la necesidad de redefinir el proyecto común europeo, la idea de integración, y en la necesidad de anclarlo a fundamentos sólidos y comunes sin excluir una operatividad flexible en algunas cuestiones.