

# ¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm

*Carmen Martínez Capdevila*

Prof<sup>a</sup> Titular de Derecho Internacional Público  
(Universidad Autónoma de Madrid)

---

## RESUMEN:

La celebración del Tratado de Prüm se toma como punto de partida para examinar la cuestión de si la inclusión en los Tratados de la UE del mecanismo de la cooperación reforzada ha supuesto la exclusión de los acuerdos *inter se* como técnica que permite a algunos Estados miembros avanzar en la integración. La tesis que se defiende es que cabe seguir recurriendo a los acuerdos *inter se*, si bien el principio de cooperación leal otorga a las fórmulas intergubernamentales un carácter residual, de *ultima ratio*, con respecto a la cooperación reforzada.

**Palabras clave:** Cooperación reforzada; Acuerdos *inter se*; Tratado de Prüm.

**Keywords:** Enhanced cooperation; *Inter se* agreements; Treaty of Prüm.

## ABSTRACT

The celebration of the Treaty of Prüm is taken as a starting point to examine whether the enhanced cooperation mechanism involves the exclusion of the *inter se* agreements, as a mean to allow some Member States to deepen their integration. The thesis sustained is that *inter se* agreements are still possible, but the principle of loyalty confers them a residual character vis-à-vis enhanced cooperation.

**Fecha recepción original:** 28 de octubre de 2011

**Fecha aceptación:** 3 de noviembre de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. ¿LA COOPERACIÓN REFORZADA COMO LÍMITE FORMAL A LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA?—A) *Los acuerdos inter se en el Derecho internacional*—B) *Los acuerdos inter se en el Derecho de la UE como fórmula para avanzar en la integración*—1. La cooperación reforzada en la UE no excluye los acuerdos *inter se*—2. El carácter de *ultima ratio* de los acuerdos *inter se* con respecto a la cooperación reforzada
  - III. REQUISITOS SUSTANTIVOS DE LOS ACUERDOS *INTER SE*
  - IV. CONCLUSIONES
-

## I. INTRODUCCIÓN

El denominado Tratado de Prüm fue firmado en esta ciudad alemana, el 27 de mayo de 2005, por siete de los entonces 25 Estados miembros que componían la UE. Su título exacto es *Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*. Los países que lo autentificaron fueron: Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria<sup>1</sup>.

Tiene como propósito intensificar la cooperación entre tales países en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, a través, básicamente, del intercambio de información sobre ADN, impresiones dactilares y registros de matriculación. Para ello los Estados se comprometen a crear unas bases de datos y a facilitar su consulta a las demás partes contratantes<sup>2</sup>.

El Tratado de Prüm guarda muchas semejanzas con los Acuerdos de Schengen, tanto que es conocido como «Schengen III» o «Schengen plus»: es un tratado internacional; fue celebrado por Estados que comparten la condición de miembros de la UE; está abierto a la adhesión de cualquier otro Estado miembro; su temática engarza con el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia; prevé la existencia de un órgano de composición intergubernamental (el Comité de Ministros) con capacidad para adoptar decisiones para la ejecución y la aplicación del Tratado; y, contempla la conclusión de futuros acuerdos, en el marco de dicho Tratado, para su ejecución administrativa, del mismo modo que hubo un Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> El texto del Tratado de Prüm puede consultarse en *BOE*, nº 307, de 25.12.2006. Nuestro país lo ratificó el 18 de julio de 2006, tras haber recabado la autorización de las Cortes Generales, *ex art.* 94.1 Constitución española (*ibid.*).

<sup>2</sup> Para un análisis del contenido material de este instrumento, v. E. ACED FÉLEZ, «Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007, pp. 65-96; C. DIETRICH PLAZA, «El Tratado de Prüm en el marco de la regulación de la protección de datos personales en la Unión Europea», *ibid.*, pp. 31-64; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, «Los datos genéticos en el Tratado de Prüm», *ibid.*, pp. 137-165; J. L. PÉREZ FRANCÉS, «Cooperación policial y judicial en el Convenio de Prüm», *ibid.*, pp. 119-136; J. C. REMOTTI CARBONELL, «Las medidas contra el terrorismo en el marco del Tratado de Prüm», *ibid.*, pp. 181-206; A. ROVIRA VIÑAS, «Los Defensores del Pueblo y la Convención de Prüm», *ibid.*, pp. 207-234; y, E. ZAMBRANO GÓMEZ, «La regulación de los ficheros policiales en España y su tratamiento en la Convención de Prüm: la perspectiva de las autoridades nacionales de protección de datos», *ibid.*, pp. 167-180.

<sup>3</sup> Esta última previsión, contenida en el art. 44, dio lugar al *Acuerdo de ejecución administrativo y técnico del Tratado de Prüm*, firmado el 5 de diciembre de 2006 en Dresde.

A pesar de que desde una perspectiva material pudiera considerarse un caso de cooperación reforzada (un grupo de Estados miembros deseaban profundizar en su relación, asumiendo compromisos ulteriores a los derivados del Tratado CE y del TUE), formalmente no puede ser visto así, ya que no fue fruto de la puesta en práctica de las disposiciones relativas a la cooperación reforzada contenidas en dichos Tratados. J. ZILLER habla del Tratado de Prüm como una «verdadera», desde el punto de vista de su contenido, y «falsa», porque no se utilizaron los mecanismos *ad hoc*, cooperación reforzada<sup>4</sup>.

El Tratado de Prüm es una experiencia *parcialmente* superada, puesto que una parte sustancial de su contenido terminó recogiendo en una Decisión del antiguo tercer pilar, integrándose de este modo en el acervo de la UE.

A este respecto, hay que comenzar señalando que los Estados contratantes concibieron el Tratado de Prüm como una especie de «ensayo», en el que participarían sólo una avandilla de países (ellos) y cuyo régimen posteriormente se incorporaría al marco jurídico de la UE, siendo así, en principio, de aplicación a todos los socios<sup>5</sup>. De acuerdo con esta previsión, en junio de 2008 el Consejo aprobó, por iniciativa de 15 Estados miembros, la *Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza*<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> «El Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007, pp. 21-30, p. 22.

<sup>5</sup> De conformidad con el art. 1.4: «Como máximo tres años después de la entrada en vigor del presente Tratado, se pondrá en marcha una iniciativa para trasladar las disposiciones del mismo al marco jurídico de la Unión Europea, sobre la base de una valoración de la experiencia realizada en la ejecución del mismo, previo acuerdo con la Comisión Europea o a propuesta de la Comisión Europea y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». La existencia del Tratado de Prüm como acuerdo *inter se* tenía, pues, ya desde su génesis, un carácter transitorio.

<sup>6</sup> *DOUE*, nº L 210, de 6.8.2008, p. 1.

De los 15 Estados miembros que presentaron la iniciativa: ocho habían ya ratificado el Tratado de Prüm, que se encontraba entonces vigente para ellos (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Austria, Finlandia y Eslovenia); uno, lo había firmado y estaba pendiente de ratificarlo (Países Bajos); cuatro habían manifestado su intención de adherirse a él (Italia, Portugal, Suecia y Rumanía); y, dos no tenían ningún tipo de vinculación con este instrumento (Bulgaria y Eslovaquia). Al contrario que estos últimos, Hungría, que había manifestado su intención de adherirse al Tratado de Prüm, no suscribió, en cambio, la iniciativa.

Sobre el proceso de gestación de la Decisión 2008/615/JAI, v. A. BAR CENDÓN, «El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007, pp. 235-273, pp. 237-240; y, M. BURGESS, «The Prüm Process: Playing or Abusing the System?», *European Security Review*, nº 34, 2007, 4 pp., p. 2.

En la misma fecha, 23 de junio de 2008, el Consejo adoptó la *Decisión 2008/616/JAI relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI* (*DOUE*, nº L 210, de 6.8.2008, p. 12), que establece las disposiciones normativas comunes necesarias para la ejecución administrativa y técnica de esta última y que está basada en el Acuerdo de ejecución administrativo y técnico del Tratado de Prüm, anteriormente mencionado.

Para finalizar señalemos que, a través de un acuerdo internacional (*Acuerdo entre la*

Según se declara en el primer considerando, su finalidad era incorporar los aspectos esenciales de las disposiciones del Tratado de Prüm en el ordenamiento de la UE, en una operación que nos trae a la memoria la realizada con el acervo Schengen.

Sin embargo, el Tratado de Prüm no se encuentra *totalmente* superado. Por un lado, en la vertiente relativa a la lucha contra la migración ilegal, sigue estando plenamente vigente. Si bien en su momento los Estados barajaron, según lo previsto, volcar su contenido en un acto de Derecho derivado del entonces título IV del Tratado CE, lo cierto es que todavía no se ha dado ese paso<sup>7</sup>; sin que, por otra parte, la UE haya adoptado normas en las materias relativas a la inmigración abordadas por el Tratado de Prüm que hubiesen venido a desplazar a las contenidas en este instrumento<sup>8</sup>.

Por otro lado, también continúan vigentes las disposiciones relativas a la cooperación transfronteriza para la lucha contra el terrorismo y la delincuencia que no quedaron recogidas en la Decisión 2008/615/JAI, por falta de acuerdo (así la previsión de que, en caso de urgente necesidad, los agentes de una Parte pudieran, sin mediar previa autorización de la otra Parte, cruzar la frontera común para adoptar en la zona próxima a la frontera las medidas provisionales necesarias para evitar un peligro inminente para la vida o la integridad física de las personas<sup>9</sup>) o por pertenecer al ámbito del primer pilar (previsiones relativas a los escoltas de seguridad en los vuelos<sup>10</sup>), y sobre las que la UE tampoco ha legislado posteriormente.

*Unión Europea e Islandia y Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular, en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular, en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y de su anexo –DOUE, nº L 353, de 31.12.2009, p. 3–*), se ha extendido a Islandia y Noruega la aplicación de las principales disposiciones de las Decisiones JAI aludidas.

<sup>7</sup> A. BAR CENDÓN considera que ello obedece a la divergencia existente entre el método intergubernamental del Tratado de Prüm y el método comunitario, que no se dio en la transición de Prüm al título VI del TUE en su versión anterior al Tratado de Lisboa («El Tratado de Prüm...», *op. cit.*, p. 240).

<sup>8</sup> El art. 47.1 estipula que las disposiciones del Tratado que nos ocupa «sólo serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea», explicitando que la subordinación a este último ordenamiento no se limita al Derecho existente en el momento de la firma de Prüm, sino que se extiende *pro futuro*: «Si en el futuro», dispone la disposición aludida, «la Unión Europea adoptara normas que puedan afectar al ámbito de aplicación del presente Tratado, las disposiciones correspondientes del presente Tratado dejarán de aplicarse en beneficio del Derecho de la Unión Europea». Al punto que, continúa diciendo el precepto, «[l]as Partes Contratantes podrán modificar o reemplazar las disposiciones del presente Tratado a la luz de las nuevas disposiciones del Derecho de la Unión Europea».

<sup>9</sup> Art. 25 del Tratado de Prüm. A propósito de la especial oposición del Reino Unido a la inclusión en la Decisión 2008/615/JAI de esta disposición, v. *Prüm: An Effective Weapon Against Terrorism and Crime?*, House of Lords, European Union Committee, 18th Report of Session 2006-07, publicado el 9.5.2007.

<sup>10</sup> Arts. 17 y 18 del Tratado de Prüm.

Así pues, el Tratado de Prüm, que fue celebrado por tiempo indefinido (art. 52.1) y no ha sido denunciado, ni ha terminado por otros motivos, pervive y sigue en parte operativo en las relaciones entre los Estados partes en él. En este sentido, la Decisión 2008/615/JAI, antes aludida, proclama que: «para los Estados miembros afectados, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la presente Decisión en lugar de las disposiciones correspondientes contenidas en el Tratado de Prüm. *Todas las demás disposiciones del Tratado de Prüm seguirán siendo de aplicación entre las Partes contratantes en el Tratado de Prüm*» (art. 35.1; énfasis añadido)<sup>11</sup>.

La vigencia parcial del Tratado de Prüm nos permite tomarlo como punto de partida para reflexionar acerca de la posibilidad de que los Estados miembros de la UE recurran a la celebración de acuerdos *inter se* en lugar de activar las disposiciones en materia de cooperación reforzada como forma de poner en pie una integración diferenciada. Pese a que en los últimos meses hemos asistido (¡por fin!) a la aplicación de tales disposiciones<sup>12</sup>, no hay que descartar que se pueda producir una nueva utilización del mecanismo intergubernamental de los acuerdos *inter se*.

## II. ¿LA COOPERACIÓN REFORZADA COMO LÍMITE FORMAL A LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA?

### A) Los acuerdos *inter se* en el Derecho internacional

El Derecho internacional admite que algunas de las partes en un tratado multilateral celebren entre sí un acuerdo con el objeto de modificarlo en sus relaciones mutuas. De conformidad con el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (1969), la celebración de un acuerdo semejante depende, si el tratado multilateral de referencia no contiene estipulaciones al respecto, de que: (i) el acuerdo modificativo no afecte al disfrute de los derechos que corresponden a las demás partes en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y, (ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. Además, desde el punto de vista formal, las partes interesadas han de notificar a las demás

<sup>11</sup> En términos similares se pronuncia la Decisión 2008/616/JAI, de ejecución de la Decisión 2008/615/JAI, con respecto a las disposiciones del Acuerdo de ejecución del Tratado de Prüm (art. 22).

<sup>12</sup> El Consejo ha autorizado recientemente dos cooperaciones reforzadas: una, en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Decisión 2010/405 –DOUE, nº L 189, de 22.7.2010, p. 12–), que se tradujo en la adopción del Reglamento 1259/2010 (DOUE, nº L 343, de 29.12.2010, p. 10); y, otra en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria (Decisión 2011/167 –DOUE, nº L 76, de 22.3.2011, p. 53–), que todavía no ha dado su fruto y contra la que España ha interpuesto recurso de anulación por desviación de poder al recurrir a la cooperación reforzada y, subsidiariamente, por considerar que no se cumplen los requisitos necesarios para ello (as. C-274/11).

su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga<sup>13</sup>.

Apuntemos desde ya que el Tratado de Prüm cumplía y sigue cumpliendo con todos estos requisitos, que, como ha escrito A. REMIRO BROTONS, no son requisitos de validez del acuerdo modificativo concluido, sino de exclusión de la responsabilidad internacional<sup>14</sup>. Con respecto a (i), comienza declarando que la cooperación transfronteriza que con él se viene a reforzar entre los Estados parte «no afectará al Derecho de la Unión Europea» (art. 1.2), frente al que, como hemos visto, el artículo 47.1 proclama su subordinación<sup>15</sup>.

Por lo que concierne a (ii), conviene destacar que, lejos de ser incompatible con el objeto y el fin del TUE y del Tratado CE (actualmente, TUE y TFUE), el Tratado de Prüm pretende avanzar en la consecución de uno de los grandes objetivos, de antes y de ahora, de la UE, que aspira a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia (actual art. 3.2 TUE)<sup>16</sup>. Antes del Tratado de Lisboa, el artículo 29 TUE declaraba la finalidad de la acción de la UE en el marco del tercer pilar de «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad», lo que «habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo»; y, el artículo 66 Tratado CE aludía a la cooperación entre las Administraciones de los Estados miembros en materia, entre otras, de inmigración. En la actualidad los artículos 67.3 y 74 TFUE acogen previsiones similares.

Por último, consta que durante las negociaciones se mantuvo informados a

<sup>13</sup> El precepto citado dispone:

«1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
- b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:
  - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes corresponden en virtud del tratado; y,
  - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga».

A propósito del art. 41 de la Convención de Viena, v., en la doctrina más reciente, A. RIGAUX y D. SIMON, «Convention de Vienne de 1969. Article 41», en O. CORTEN y P. KLEIN (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, Bruylant, Bruselas, 2006, vol. II, pp. 1561-1587.

<sup>14</sup> *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 370.

<sup>15</sup> V. nota 8.

<sup>16</sup> F. JIMÉNEZ GARCÍA habla del «despotismo ilustrado unionista» que encarnan las «cooperaciones reforzadas extracomunitarias», como el Tratado de Prüm, y que proclaman «todo por la Unión, pero sin la Unión» («Los acuerdos internacionales de la UE y el test democrático de la Declaración de Laeken: La encrucijada convencional y las expectativas de los ciudadanos», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 9, 2005, pp. 197-224, p. 206).

todos los Estados miembros (y a la Comisión) de su devenir<sup>17</sup> y que los Estados signatarios remitieron a los demás un ejemplar del Tratado de Prüm para su información<sup>18</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, el Tratado de Prüm resulta, pues, irreprochable.

La cuestión que se suscita es si la fórmula de los acuerdos *inter se* es aplicable en el ámbito del Derecho de la UE.

## **B) Los acuerdos *inter se* en el Derecho de la UE como fórmula para avanzar en la integración**

### *1. La cooperación reforzada en la UE no excluye los acuerdos inter se*

La duda acerca de la admisibilidad de este tipo de acuerdos como técnica para avanzar en la integración europea se suscitó a raíz de la introducción de las cláusulas relativas a la cooperación reforzada. Con anterioridad nadie parecía albergar duda alguna al respecto. De hecho, en ningún momento se planteó que el Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación pudieran suponer en sí mismos una infracción de los Tratados entonces vigentes.

Una vez que el Tratado de Ámsterdam vino a insertar en el TUE y el entonces Tratado CE las previsiones sobre la cooperación reforzada es cuando surge el interrogante de si el recurso a mecanismos de integración diferenciada de naturaleza intergubernamental seguía siendo posible<sup>19</sup>.

Entre nosotros, M. URREA CORRES ha presentado las distintas posiciones de-

<sup>17</sup> P. LUIF, «The Treaty of Prüm: A Replay to Schengen?», Annual policy paper on the interrelation between internal and external security of the future Europe, D38c/Team 23, 23 pp., p. 9.

<sup>18</sup> V. doc. 10900/05, de 7.7.2005.

<sup>19</sup> Como es por todos conocido, el Tratado de Ámsterdam vino a introducir en el Tratado CE y en el título VI del TUE, dedicado a la cooperación policial y judicial en materia penal (el «tercer pilar»), distintas previsiones relativas a la cooperación reforzada. El Tratado de Niza lo extendió a la PESC, entonces regulada en el título V del TUE. A partir de ese momento, los Tratados contaron con: una serie de previsiones sobre la cooperación reforzada comunes, en el sentido de que aplicables con independencia del pilar en el que aquella se desarrollara (título VIII del TUE –arts. 43 a 45–); y disposiciones relativas a la cooperación reforzada propias de cada uno de los tres pilares (arts. 11 y 11 A Tratado CE, para la CE; arts. 27 A a 27 E TUE, para la PESC; y, arts. 40 a 40 B TUE, por lo que hacía a la CPJP).

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la regulación de la cooperación reforzada se localiza en el art. 20 TUE y en los arts. 326 a 334 TFUE. X. PONS RAFOLS considera que la estructura del Tratado de Lisboa por lo que se refiere a la cooperación reforzada «tiene un punto de ficción» («Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, coord., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 627-660, p. 641); en la misma línea, v. M. URREA CORRES, «Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39, 2008, pp. 169-190, pp. 178-179.

fendidas por la doctrina sobre este punto<sup>20</sup>. Al tiempo, esta autora se manifiesta sin ambages a favor del carácter «único, exclusivo y excluyente» del mecanismo de la cooperación reforzada en los ámbitos de competencia de la UE, reduciendo la operatividad de los mecanismos intergubernamentales a las materias en que aquélla carece de competencia<sup>21</sup>.

Desde estas posiciones, minoritarias en la doctrina, los acuerdos *inter partes* de los Estados miembros, como el Tratado de Prüm, resultarían *per se* inadmisibles, pudiendo iniciarse contra quienes participen en ellos otros tantos procedimientos por incumplimiento. Engarzando el Derecho de la UE con el Derecho internacional, la postura comentada equivaldría a sostener que la existencia del instituto jurídico de la cooperación reforzada supondría una prohibición implícita de los acuerdos *inter se*, en el sentido del artículo 41.1.b) de la Convención de Viena de 1969. Desde que el Tratado de Ámsterdam introdujera la cooperación reforzada fenómenos como fue, en su momento, Schengen no serían, pues, para ellos, válidamente repetibles.

He de confesar que no termino de compartir esta tesis.

No se trata de volver a retomar el viejo debate acerca de si las previsiones generales del Derecho internacional de los tratados son aplicables a los Tratados de la UE o si, en virtud incluso del propio ordenamiento internacional, aquéllas quedan desplazadas por las previsiones especiales de éstos<sup>22</sup>. De este debate ahora sólo quiero rememorar que constituyó la clave de bóveda en la discusión acerca de si los Tratados sobre los que se funda la UE podían ser modificados a través de un acuerdo celebrado entre todos los Estados miembros, pero sin seguir el procedimiento de revisión específicamente previsto a tal efecto en el artículo 48 TUE<sup>23</sup>.

Es verdad que la puesta en marcha de una cooperación reforzada depende del cumplimiento de una serie de requisitos materiales y procedimentales

<sup>20</sup> *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002, pp. 105-130. Con posterioridad, D. THYM ha defendido que la introducción del mecanismo de la cooperación reforzada no excluye el recurso alternativo a las cooperaciones internacionales («Europa a varias velocidades: Las cooperaciones reforzadas», en J. M. BENEYTO PÉREZ –dir.– y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS y B. BECERRIL ATIENZA –coords.–, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 571-633, p. 581); mientras que J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES se ha reafirmado en la idea contraria («La flexibilidad como instrumento básico del futuro modelo competencial de la Unión Europea», en D. J. LIÑÁN NOGUERAS –dir.– y C. LÓPEZ JURADO –COORD.–, *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, Granada, 2003, pp. 83-111, p. 94).

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Recordemos que, conforme al art. 5 de la Convención de Viena de 1969: «La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional (...), *sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización*» (énfasis añadido).

<sup>23</sup> V., *per omnia*, el debate entre M. DELIEGE-SEQUARIS («Révision des traités européens en dehors des procédures prévues», *CDE*, 1980, pp. 539-552) y J. V. LOUIS («Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés», *ibid.*, pp. 553-558).

que, por más que se hayan ido dulcificando, continúan siendo severos y que, a primera vista, no parecería de recibo que los Estados pudieran soslayarlos alegremente recurriendo a otros mecanismos de integración diferenciada. Pero hay algo que no debe olvidarse: la cooperación reforzada no es un mecanismo más de flexibilidad, es un mecanismo (el único) que se articula a través del aparato jurídico-institucional de la UE y cuyos resultados forman parte del Derecho de la UE<sup>24</sup>. Cuando se pone en marcha una cooperación reforzada quien actúa (y esto es lo singular) no son los Estados miembros, sino la Unión; de ahí, precisamente, que el artículo 20.1 TUE, al presentar este instituto jurídico, alude a su instauración «en el marco de las competencias [no exclusivas] de la Unión». Además, como decía, los actos resultantes integrarán el Derecho derivado, con la única singularidad frente a los actos que no son fruto de una cooperación reforzada de que su ámbito personal (por estatal) de aplicación se limitará a ciertos Estados (los participantes)<sup>25</sup>. En la medida en que son parte del Derecho de la UE, a tales actos les será de aplicación, sin ir más lejos, la jurisprudencia del TJUE relativa al efecto directo, la primacía o la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros incumplidores y aquel podrá controlar su legalidad y su respeto por los Estados<sup>26</sup>. Muy por el contrario, los acuerdos *inter se* son mecanismos puramente iusinternacionales y su relación con los ordenamientos internos de los Estados parte o la eficacia que desplieguen en ellos dependerá de las previsiones del Derecho nacional relativas a los tratados. Son todas las implicaciones de la cooperación reforzada lo que explica el rigor del que se la rodea.

A la vista de lo anterior, y frente a lo que sostiene la profesora M. URREA CORRES, sí que habría razones para que, pese a la existencia de otros mecanis-

<sup>24</sup> En este sentido, como ha recordado recientemente B. BECERRIL, citando a A. MANGAS MARTÍN, a J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y a D. THYM, las expresiones «*integración diferenciada*» o «*diferenciación supranacional*» resultan más felices que la expresión retenida de «cooperación reforzada» («The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the Community method», en J. M. BENEYTO –dir.–, *Unity and Flexibility in the Future of the European Union: The Challenge of Enhanced Cooperation*, CEU Ediciones, Madrid, 2009, pp. 11-22, p. 22).

<sup>25</sup> La afirmación contenida en el TUE, en su versión pre-Lisboa, de que los actos y decisiones fruto del desarrollo de una cooperación reforzada «no formarán parte del acervo de la Unión» (art. 44.1) debió siempre entenderse sólo en el sentido de que los Estados que se incorporaran posteriormente a la UE no quedarían obligados por ellos. El Tratado de Lisboa ha venido a confirmar este extremo. Tras proclamar que «los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vincularán únicamente a los Estados miembros participantes», el art. 20.4 TUE añade: «dichos actos no se considerarán acervo que deban aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión».

<sup>26</sup> A propósito de la relación entre el Derecho derivado de una cooperación reforzada y el ordenamiento nacional de los Estados miembros participantes, v. M. URREA CORRES, *La cooperación reforzada... op. cit.*, pp. 361-364.

Para otros incentivos de la cooperación reforzada, v. S. KURPAS, J. DE CLERCK-SACHSSE, J. I. TORREBLANCA y G. RICAD-NIHOUL, «De amenaza a oportunidad. Cómo conseguir que funcione la integración flexible», *Real Instituto Elcano, Documento de trabajo 25/2006*, 9 pp., pp. 7-8.

mos, el legislador comunitario incluyera en los Tratados la cooperación reforzada (argumento de utilidad o eficiencia normativa, propio del análisis económico del Derecho y del que se sirve la autora referida) y para que los Estados, pese a lo riguroso de su régimen jurídico, puedan querer utilizarla (argumento de incentivos, en la misma perspectiva de análisis y al que acude igualmente M. URREA)<sup>27</sup>.

Esos argumentos, dicho sea de paso, sí que avalarían la idea de que los Tratados sobre los que descansa la UE sólo pueden modificarse en el pleno respeto del artículo 48 TUE<sup>28</sup>. En materia de revisión de los Tratados, tanto si se sigue el procedimiento contemplado en dicho precepto como si los Estados miembros deciden unánimemente celebrar un acuerdo modificativo sin respetar los demás trámites previsto, el fruto (aquí sí) es idéntico: en ambos supuestos lo que habrá será un tratado internacional. Mientras que, insisto, los resultados que se desprenden de la instauración de una cooperación reforzada y de la celebración de un tratado entre algunos de los Estados miembros para avanzar en la integración son distintos: actos de Derecho derivado en el primer caso y tratados internacionales entre Estados en el segundo.

Concluyamos este epígrafe poniendo de manifiesto que la Decisión 2008/615/JAI a la que se llevó buena parte del contenido del Tratado de Prüm en la parte relativa a la cooperación transfronteriza en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia admite que «los Estados miembros podrán celebrar o poner en vigor acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales sobre cooperación transfronteriza, siempre que tales acuerdos o convenios permitan ampliar los objetivos de la presente Decisión» (art. 35.2.b)<sup>29</sup> y que el Tratado de Lisboa ha venido a incorporar en el título del TFUE dedicado al espacio de libertad, seguridad y justicia una nueva previsión, según la cual: «Los Estados miembros tendrán la posibilidad de organizar entre ellos y bajo su responsabilidad formas de cooperación y coordinación en la medida en que lo estimen apropiado, entre los servicios competentes de sus administraciones responsables de velar por la seguridad interior» (art. 73)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> *La cooperación reforzada...*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>28</sup> Esta idea, como es sobradamente conocido, ha sido asumida por el TJUE (STJCE de 8.4.1976, as. *Defrenne*, 43/75, apdo. 58).

<sup>29</sup> Con respecto a tales acuerdos, ese mismo art. 35 dispone que (lógicamente) «no podrán afectar a las relaciones con los Estados miembros que no sean parte en ellos» y que los Estados miembros «informarán al Consejo y a la Comisión de todo nuevo acuerdo o convenio en el sentido del apartado 2, letra b), en el plazo de tres meses a partir de su firma».

<sup>30</sup> A juicio de S. CARRERA y F. GEYER, este precepto «reafirma la limitación material del método comunitario en el campo de salvaguardia de la seguridad interior de los Estados miembros, y constituye una reminiscencia clara del [antiguo] Tercer Pilar»; estos autores vaticinan que es probable que vaya a representar una puerta abierta para iniciativas similares al Tratado de Prüm («El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea», *RDCE*, n° 29, 2008, pp. 133-162, p. 147).

## 2. *El carácter de ultima ratio de los acuerdos inter se con respecto a la cooperación reforzada*

El hecho de que la cooperación reforzada no excluya de raíz los acuerdos *inter se* no significa que carezca de toda incidencia en ellos.

A mi modo de ver, el principio de cooperación leal (hoy demasiado escondido en el artículo 4.3 TUE) otorga a las fórmulas intergubernamentales un carácter residual con respecto a la cooperación reforzada como mecanismos para profundizar en la integración<sup>31</sup>.

Recordemos que, según reza el párrafo 3º del artículo 4.3 TUE, «[l]os Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión». No estipula que los Estados miembros ayudarán al cumplimiento de la misión de la Unión, sino que ayudarán *a la Unión* al logro de su misión. De aquí se desprende que aquéllos han de favorecer la actuación de la UE frente a su propia actuación o, lo que es lo mismo, que, como ha escrito T. BALZACQ, la persecución de los objetivos de la UE «must take place within the Treaties»<sup>32</sup>. Referido a la cuestión que nos ocupa, supone que el recurso a la cooperación reforzada (protagonizada, insisto, por la UE) es prioritario con respecto a los acuerdos *inter se* (de autoría estatal). Dicho de otro modo, desde la perspectiva del Derecho de la UE, sólo cuando no pueda instaurarse la primera se podrá válidamente acudir a los segundos. Ello sin olvidar que, a su vez, la cooperación reforzada tiene carácter supletorio con respecto a la actuación de la Unión en su conjunto (art. 20.2 TUE).

Se me ocurren tres supuestos en los que no cabe la cooperación reforzada y los acuerdos *inter se* pueden operar como mecanismo de ultimísimo recurso: (i) cuando la UE carezca de competencia en la materia en la que algunos Estados o, incluso, todos ellos desean avanzar; (ii) cuando el Consejo no autorice la instauración de una cooperación reforzada; y, (iii) cuando el número de Estados miembros interesados en avanzar sea insuficiente para poder poner en práctica una cooperación reforzada.

El primero de los escenarios identificados (i) va de suyo. La cooperación reforzada sólo puede operar en ámbitos en los que la UE dispone de compe-

<sup>31</sup> Otros autores hacen de este principio la causa de su rechazo a los mecanismos de integración diferenciada situados fuera del marco de los Tratados (así, V. CONSTANTINESCO, «Les clauses de “coopération renforcée”. Le protocole sur l’application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», *RTDE*, 1997-4, pp. 751-767, p. 755; y, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada», *RDCE*, nº 3, 1998, pp. 205-232, pp. 220-221). Conforme a una tercera perspectiva, el principio de lealtad no impediría los acuerdos *inter se*, ni los reduciría a una *ultima ratio*, sino que limitaría su contenido, en el sentido de que no podrían socavar los objetivos de la UE (C.D. EHLERMANN, «Différentiation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d’Amsterdam», *RMUE*, 1997-3, pp. 53-90, p. 66; y, G. GAJA, «How flexible is flexibility under the Amsterdam Treaty?», *CMLR*, 1998-4, pp. 855-870, pp. 869-870).

<sup>32</sup> «The Treaty of Prüm and the Principle of Loyalty (art. 10 TEC)», IP/C/LIBE/FWS/2005-08, 13 Enero 2006, 7 pp., p. 2.

tencia (de alcance no exclusivo); en las materias que los trasciendan son los Estados quienes pueden actuar, adoptando medidas unilaterales o celebrando tratados internacionales con terceros o con otros Estados miembros (que es el aspecto que aquí nos interesa). En la medida en que coadyuven a la consecución de los fines de la UE, los tratados concluidos con otros Estados miembros bien podrían catalogarse como Derecho complementario, por más que su celebración no esté contemplada en el TUE o el TFUE (como sí lo estaba, en su momento, para las materias del art. 293 Tratado CE) o que no se presenten como actos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo<sup>33</sup>.

Abundando en la perspectiva competencial, no cabría, en cambio, el recurso a la «cooperación reforzada extracomunitaria» (en expresión de F. JIMÉNEZ GARCÍA<sup>34</sup>) en ámbitos de competencia exclusiva de la UE (en los que tampoco podría establecerse una cooperación reforzada), ni en ámbitos de competencia compartida cuando haya habido una previa producción normativa por parte de la Unión, con la consiguiente *preemption*. En cualquiera de estos dos supuestos los Estados carecen de competencia, lo que impide cualquier tipo de actuación por su parte<sup>35</sup>.

Señalemos asimismo que el principio de subsidiariedad no debería constituir un obstáculo para el establecimiento de una cooperación reforzada. Como es sabido, en los ámbitos de competencias de la UE de alcance no exclusivo su actuación (en el ejercicio habitual de sus competencias o en el marco de una cooperación reforzada) únicamente se permite cuando la de los Estados miembros resulta insuficiente y el objetivo de la acción pretendida puede alcanzarse mejor a escala de la Unión (art. 5.3 TUE). Esta exigencia no supondría en nuestro caso un problema, ya que el mero hecho de que los Estados miembros (todos o un número significativo) piensen en concluir un acuerdo internacional entre sí sería la demostración de que se supera el test de la subsidiariedad, requisito de la actuación de la UE.

<sup>33</sup> Aunque la inclusión (o no) de los acuerdos *inter se* de los Estados miembros en la categoría de Derecho complementario es una cuestión puramente formal, no quiero dejar de mencionar que, en su momento, la doctrina incorporó a esta categoría al antiguo Convenio de Roma sobre la ley aplicable a los contratos, que ni estaba contemplado en el art. 293 Tratado CE ni era un acto de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo.

<sup>34</sup> «Los acuerdos internacionales de la UE...», *op. cit.*, p. 206.

<sup>35</sup> En sentido contrario, v. A. MANGAS MARTÍN, quien admite la cooperación intensa entre los Estados miembros fuera del marco institucional y legal de la UE en ámbitos de competencias exclusivas de la UE, si la Unión no ha ejercido plenamente su competencia o no la ha ejercido de modo alguno («La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam», *Comunidad Europea Aranzadi*, 1998-10, pp. 27-38, p. 37). B. DE WITTE acepta igualmente los acuerdos *inter se* de los Estados miembros en materias de competencia exclusiva de la UE, cuando no son suscritos por todos ellos («Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union», en G. DE BÚRCA y J. SCOTT –eds.–, *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford/Portland, 2000, pp. 31-58, p. 42).

Por lo que hace al segundo supuesto contemplado (ii), resulta difícil acusar a un grupo de Estados de ser desleales con la Unión cuando intentaron establecer una cooperación reforzada, pero no se les autorizó a ello y optaron, entonces, por acogerse a la fórmula que les ofrece el Derecho internacional<sup>36</sup>.

A la vista del procedimiento establecido para la autorización de una cooperación reforzada (art. 329 TFUE), el fracaso puede obedecer, con carácter general, a que no se alcance en el Consejo el número de votos suficiente o, fuera del marco de la PESC, a que la Comisión decida no presentar al Consejo la propuesta de autorización necesaria o a que el Parlamento Europeo no conceda su aprobación.

Cuando son las propias instituciones de la UE las que impiden la puesta en pie de una cooperación reforzada no cabrá censurar a los Estados interesados por actuar al margen de los Tratados, en particular, no será posible argumentar que han violado el deber de cooperación leal<sup>37</sup>. A menos, claro está, que hayan sido ellos quienes hayan frustrado en el Consejo la concesión de la autorización; aunque, de puro burdo, semejante proceder resulta sencillamente inimaginable.

El tercer supuesto (iii) en el que quedaría despejada la vía para los acuerdos *inter se* se da cuando el número de Estados miembros interesados en avanzar es insuficiente para poder establecer una cooperación reforzada.

Como sabemos, la cooperación reforzada debe reunir a un número mínimo de Estados miembros, que inicialmente era la mayoría<sup>38</sup>, luego pasaron a ser ocho<sup>39</sup> y en la actualidad son nueve<sup>40</sup>. Un sector de la doctrina entiende que, mientras no se cumpla esta condición, los Estados pueden servirse de otros mecanismos de integración diferenciada distintos, pero desde el momento en que los Estados que deseen avanzar en la integración sean nueve o más las cláusulas relativas a la cooperación reforzada resultarían ineludibles<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> V., en este mismo sentido, A. MANGAS MARTÍN, «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 37; y, S. PEERS, «EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon», *European Law Review*, 2008-4, pp. 507-529, p. 528.

<sup>37</sup> Cabe aquí evocar, en el ámbito de las relaciones interinstitucionales, la STJCE de 30.3.1995, as. *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-65/93), apdos. 21-28.

<sup>38</sup> Art. 43.1.d) TUE, en su versión resultante del Tratado de Ámsterdam.

<sup>39</sup> Art. 43.g) TUE, tras el Tratado de Niza.

<sup>40</sup> Art. 20.2 TUE, posterior al Tratado de Lisboa.

<sup>41</sup> Así, H. BRIBOSIA, «Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne. Bilan et perspectives du traité d'Amsterdam», *CDE*, 2000, n° 1-2, pp. 57-115, p. 104; V. CONSTANTINESCO, «Les clauses de "coopération renforcée"...», *op. cit.*, p. 64; P. MANIN, «La "cooperation renforcée"», en VV. AA., *Le traité d'Amsterdam: réalités et perspectives*, Pedone, París, 1999, pp. 135-155, p. 143; y, J. ZILLER, «El Tratado de Prüm», *op. cit.*, p. 22. B. DE WITTE admite el recurso a los acuerdos *inter se* incluso cuando el número de Estados miembros parte supera el límite mínimo exigido para la cooperación reforzada, aunque sólo si ésta ha fracasado previamente («Old-fashioned Flexibility...», *op. cit.*, pp. 56-57).

Sobre el papel, parece claro que mientras el número de Estados interesados en profundizar sus relaciones mutuas permanezca por debajo del umbral exigido para establecer una cooperación reforzada, ésta no existe como una alternativa factible y, en consecuencia, no cabría acusar de deslealtad a los Estados miembros que, en tales circunstancias, recurrieran a la celebración de un acuerdo *inter se*; no se traiciona a la UE, por cuanto no ha lugar a la actuación de ésta, ni siquiera en el marco de una cooperación reforzada<sup>42</sup>. En sentido contrario, sería asimismo evidente, en principio, que cuando sean nueve o más los países que desean reforzar sus lazos con un objetivo coincidente con alguno de los objetivos de la UE, ya sí que es concebible la cooperación reforzada y ésta se impondría frente a otras fórmulas ajenas a los Tratados<sup>43</sup>.

A nadie se le escapa que este tercer supuesto (iii) que estamos analizando, a diferencia de los anteriores, que eran meridianos y no se prestaban a actuaciones fraudulentas, es susceptible de alentar conductas «tramposas»: un número de Estados por debajo del umbral fijado (cualquiera que sea éste) podría celebrar un acuerdo internacional, al que luego se irían adhiriendo otros Estados miembros hasta llegar a igualar o rebasar los niveles exigidos para la cooperación reforzada, pero sin que los preceptos relativos a este instituto llegaran nunca a aplicarse. Esto fue, de hecho, lo que sucedió con el Tratado de Prüm, firmado inicialmente por siete países y al que progresivamente se fueron incorporando nuevos Estados miembros.

Ahora bien, este tipo de proceder entraría dentro del fraude de ley, principio general del Derecho de la UE<sup>44</sup> cuyo respeto resulta exigible a los Estados miembros.

Analicemos ahora la legalidad del Tratado de Prüm a la luz del Derecho de la UE y, en particular, del principio de cooperación leal, de acuerdo con el planteamiento que se acaba de exponer.

Para empezar habría que comenzar constatando la existencia de una competencia (de alcance concurrente) de la CE y de la UE en las materias objeto

<sup>42</sup> Por lo demás, los acuerdos *inter se* no tienen las implicaciones que tiene la cooperación reforzada y que justifican el requerimiento de un número mínimo de Estados para ponerla en marcha. Para una valoración de esta previsión, v. URREA CORRES, *La cooperación reforzada...*, *op. cit.*, pp. 138-140 y los autores allí citados.

<sup>43</sup> M. URREA CORRES llama la atención sobre el hecho de que el Tratado de Lisboa, a diferencia del Tratado de Niza, considera de forma expresa que impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración constituyen no una condición más a cumplir por los Estados que deseen iniciar un proceso de cooperación reforzada, sino la *finalidad* (el énfasis es suyo) misma de la cooperación reforzada («Mecanismos de integración...», *op. cit.*, p. 179).

<sup>44</sup> V. Conclusiones de D. RUIZJARABO COLOMER presentadas el 17.4.1997 en el as. *EMU Tabac y otros* (C-296/95), punto 89; Conclusiones de A. LA PÉRGOLA presentadas el 16.7.1998 en el as. *Centros* (C-212/97), punto 20; y, Conclusiones de D. RUIZJARABO COLOMER presentadas el 4.9.2008 en el as. *Mirja Juuri* (C-396/07), punto 30.

del Tratado de Prüm<sup>45</sup>. Aunque C. MORINI ha sostenido que algunas de tales materias habían sido previamente objeto de normativa comunitaria y que en esos aspectos, en los que se habría producido la *preemption*, la celebración del Tratado de Prüm por los Estados miembros vulneraría el principio de cooperación leal hacia la UE<sup>46</sup>, ningún otro autor parece haber visto problemas en cuanto a la competencia de los Estados miembros para comprometerse.

El número de Estados miembros involucrados (siete de inicio) impedía, por otra parte, el recurso incluso a la fórmula más restringida de actuación de la UE, cual es la cooperación reforzada. A este respecto, se ha dicho que el que fueran siete los Estados miembros signatarios del Tratado de Prüm no fue fruto de la casualidad, sino que obedeció, antes bien, al deseo de sortear el lento y pesado procedimiento previsto para autorizar la puesta en marcha de una cooperación reforzada, que se habría tenido que activar necesariamente de haber sido uno más<sup>47</sup>. Otros autores, en cambio, describen el proceso como algo más natural, no premeditado: Alemania se dirigió en un principio a Francia, Bélgica y Luxemburgo; Holanda se interesó inmediatamente por la iniciativa, mientras que Francia declinaba por problemas de orden constitucional; Alemania habló entonces con Austria, que aceptó el ofrecimiento; durante los Consejos de Justicia y Asuntos de Interior Alemania informaba a los demás Estados miembros de los progresos de las negociaciones; *in extremis* Francia (que había solucionado sus problemas) y España se adhirieron a la iniciativa<sup>48</sup>.

En conclusión, salvo que se demostrara que el mantenimiento del número de Estados signatarios por debajo del umbral mínimo requerido para la cooperación reforzada obedeció exclusivamente al deseo de actuar al margen de este mecanismo, en principio, la celebración del Tratado de Prüm como medio (al margen de los Tratados) para avanzar en la integración no me resulta que entre en conflicto con la obligación que tienen los Estados de ayudar a la Unión en el cumplimiento de su misión y de abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de aquella<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Permítasenos hablar de «competencias» de la UE en las materias del tercer pilar en el escenario anterior al Tratado de Lisboa.

<sup>46</sup> «La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale», *Studi sull'Integrazione Europea*, 2008-1, pp. 181-201, p. 196.

<sup>47</sup> J. ZILLER, «El Tratado de Prüm», *op. cit.*, pp. 22 y 25-26.

<sup>48</sup> V. P. LUIF, «The Treaty of Prüm...», *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>49</sup> Frente a mi postura, algún autor y el propio European Union Committee de la House of Lords británica han sostenido, sin dar excesivas explicaciones, que el Tratado de Prüm o, más general, los acuerdos *inter se* implican la vulneración de este principio (v. 18th Report of Session 2006-07, cit., pp. 11-12 y los autores allí mencionados, a los que pueden sumarse también E. GUILD y F. GEYER, «Getting local: Schengen, Prüm and the dancing procession of Echternach. Three paces forward and two back for EU police and judicial cooperation in criminal matters», 4 pp., p. 4).

En otro orden de consideraciones, cabe añadir que la configuración de la cooperación reforzada como un mecanismo de aplicación prioritaria frente a los acuerdos *inter se* permite hacer frente a los problemas que, desde un análisis del Tratado de Prüm en clave más política, puso de manifiesto un sector de la doctrina<sup>50</sup>. En efecto, en su momento hubo algunos autores que criticaron este instrumento por arrinconar en su proceso de adopción y aplicación a las instituciones comunitarias (Comisión, Parlamento Europeo y Tribunal de Justicia), sin que su ausencia se viera suplida por la intervención activa de las instancias parlamentarias o judiciales nacionales. Le reprocharon igualmente que produjera «a two-level game»<sup>51</sup>, en el sentido de que introducía una jerarquía entre los Estados miembros, en la medida en que unos, los precursores, deciden y crean y luego lo abren a la participación de los inicialmente excluidos (vía adhesión) o pretenden integrarlo en el ordenamiento de la UE, pero sin permitirles modificar su contenido, pretendiendo de los recién llegados su acatamiento. También se puso de manifiesto que suponía un menoscabo para la coherencia de la acción de la UE y la confianza mutua entre todos los Estados.

### III. REQUISITOS SUSTANTIVOS DE LOS ACUERDOS *INTER SE*

Los acuerdos *inter se*, que admito en los supuestos referidos, deben satisfacer determinados requisitos desde el punto de vista de su contenido. Estas exigencias sustantivas se desprenden del artículo 41 de la Convención de Viena de 1969 y del principio de cooperación leal. Lo curioso es que, como pondré de manifiesto, coinciden con las previstas para la cooperación reforzada en los artículos 20 TUE y 326 y 327 TFUE<sup>52</sup>.

El artículo 41 de la Convención de Viena requiere, en primer lugar, que los acuerdos modificativos celebrados entre algunas de las partes en un tratado

<sup>50</sup> Así, T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA y E. GUILD, «Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats», *CEPS Working Document*, nº 234, 2006, 22 pp., esp. pp. 1-4 y 17-18; A. BAR CENDÓN, «El Tratado de Prüm...», *op. cit.*, pp. 243-244; E. GUILD y F. GEYER, «Getting Local: Schengen, Prüm...», *op. cit.*, pp. 2-4; D. KIETZ y A. MAURER, «From Schengen to Prüm. Deeper Integration through Enhanced Cooperation or Signs of Fragmentation in the EU?», *Stiftung Wissenschaft und Politik, SWP Comments*, nº 15, Mayo 2006, 5 pp., p. 3.; S. KURPAS, J. DE CLERCK-SACHSSE, J.I. TORREBLANCA y G. RICAD-NIHOUL, «De amenaza a oportunidad...», *op. cit.*, p. 5; C. MORINI, «La Convenzione di Prüm...», *op. cit.*, pp. 200-201; y, J. ZILLER, «El Tratado de Prüm», *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>51</sup> En expresión de T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA y E. GUILD, «Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm...», *op. cit.*

<sup>52</sup> Y es que, como ha escrito recientemente D. THYM, «muchas de las exigencias sustantivas establecidas en los diez mandamientos del artículo 43.a) TUE [respecto a la cooperación reforzada] son confirmaciones declarativas de principios generales del Derecho comunitario» («Europa a varias velocidades...», *op. cit.*, p. 591). En sentido similar, para A. MANGAS MARTÍN una cooperación al margen de los mecanismos institucionales está (también ella) obligada a respetar el acervo y los principios comunitarios («La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 37).

multilateral «no se refiera[n] a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto», una condición que engarza con la previsión de que las cooperaciones reforzadas no perjudicarán al mercado interior, ni a la cohesión económica, social y territorial, no constituirán un obstáculo ni una discriminación entre Estados miembros y no provocarán distorsiones de competencia entre ellos (art. 326.2º TFUE).

Esa misma disposición vienesa exige igualmente que los acuerdos no afecten a los derechos que corresponden a las demás partes en virtud del tratado multilateral o al cumplimiento de sus obligaciones, de igual modo que las cooperaciones reforzadas han de respetar las competencias, los derechos y las obligaciones de los Estados miembros que no participen en ellos (art. 327 TFUE).

La lealtad que los Estados miembros deben a la UE en el ejercicio de sus competencias tiene también una incidencia en el contenido de los acuerdos *inter se*, que no podrán socavar los objetivos de la Unión, atentar contra sus intereses o erosionar el proceso de integración. Imposible no recordar aquí que la finalidad de las cooperaciones reforzadas tiene que ser impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar la integración (art. 20.2º TUE).

Como sucede con las cooperaciones reforzadas (art. 326.1º TFUE), los acuerdos *inter se* deberán asimismo respetar los Tratados y el Derecho de la UE. Está en su propia concepción: lo que buscan los Estados con ellos es ir más lejos del Derecho de la UE, no atentar contra él; su propia finalidad postula, pues, una relación de compatibilidad con el ordenamiento jurídico a cuyos márgenes nacen. Por otra parte, en cualquiera de sus actuaciones han de respetarlo<sup>53</sup>, so pena de que su incumplimiento les pueda acarrear una condena del TJUE o les suponga ver comprometida su responsabilidad patrimonial (si se dieran las condiciones para ello).

Por último, abundando en las similitudes con las cooperaciones reforzadas verdaderas, recordemos que las falsas (esto es, los acuerdos *inter se*) tampoco podrán referirse a una materia de competencia exclusiva de la UE (art. 20.1 TUE)<sup>54</sup>.

Examinado a la luz de las condiciones apuntadas, el Tratado de Prüm no suscita la menor objeción. Recordemos lo ya dicho acerca de su contribución a la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo señero de la UE; los términos de conformidad y subordinación con los que plantea su relación con el Derecho de la UE; y, la condición de las materias cubiertas por él como ámbitos que no son competencia exclusiva de la Unión.

<sup>53</sup> V, entre los pronunciamientos más recientes del TJUE: STJ de 12.7.2005, as. *Schempp* C-403/03), apdo. 19, STJ de 12.9.2006, as. *España c. Reino Unido* (C-145/04), apdo. 78; y, STJ de 2.3.2010, as. *Rottmann* (C-135/08), apdo. 41.

<sup>54</sup> V. las consideraciones efectuadas *supra* en el epígrafe II.A).2).

Además, la cooperación que con él se instaura se abre a la adhesión de otros Estados miembros, del mismo modo que éstos pueden en cualquier momento incorporarse a una cooperación reforzada ya en marcha; es, pues, un proyecto inclusivo. Valgan aquí las palabras de S. KURPAS, J. DE CLERCK-SACHSSE, J. I. TORREBLANCA y G. RICARD-NIHOUL: «El que se considere aceptable que un número limitado de Estados miembros cooperen fuera del marco de los Tratados actuales dependerá de la posibilidad de participación que ofrezcan a otros Estados miembros y, en última instancia, de la integración de toda esa cooperación en el marco de los Tratados existentes (...). En esas condiciones, las iniciativas emprendidas fuera del marco de los Tratados pueden entenderse como etapas iniciales de una integración (flexible) más que como alternativas intergubernamentales a costa del método comunitario. No obstante, sólo podrán acogerse con agrado como “laboratorios de integración” para fomentar el aprendizaje, la innovación y la difusión de políticas si la puerta se mantiene abierta en todo momento a todos los Estados miembros, y si con su resultado se pretende proporcionar a la Comisión Europea y a otros Estados miembros normas adecuadas de armonización. Toda valoración de iniciativas emprendidas fuera del marco de los Tratados debería basarse en su grado de apertura y transparencia y la medida en que benefician a todos los Estados miembros en última instancia. Los Estados miembros que participen en esas iniciativas deberían probar desde el principio que pretenden desarrollar y reforzar el acervo comunitario y el proceso de integración, y no debilitarlo»<sup>55</sup>.

Por último no debe olvidarse que el Tratado de Prüm prevé su incorporación al acervo UE<sup>56</sup>. En opinión D. KIETZ y A. MAURER, que escriben antes de la adopción de la Decisión 2008/615/JAI, «if the Prüm Treaty’s regulations are not incorporated into the EU legal framework with a larger number of supporting States in the near future, it could inhibit, at least in the medium term, the creation of an EU-wide area of freedom, security and justice. Prüm would then not promote the integration process by pulling it along, but rather trigger further fragmentation within the EU»<sup>57</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La incorporación del acervo de Schengen en el marco de la UE y la contemporánea inclusión en los Tratados de las previsiones relativas a la cooperación reforzada generan la impresión de que los Estados miembros, en el Tratado de Ámsterdam, quisieron evitar la repetición de nuevos fenómenos

<sup>55</sup> «De amenaza a oportunidad...», *op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>56</sup> X. PONS RAFOLS ha hablado del «deslizamiento» que puede acabar produciéndose de la cooperación hacia una actuación unitaria de la UE y manifiesta su sorpresa ante el hecho de que no haya en los Tratados ninguna previsión que aborde esta hipótesis («Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas...», *op. cit.*, pp. 643-644 y 654).

<sup>57</sup> «From Schengen to Prüm...», *op. cit.*, p. 3.

de integración diferenciada entre los Estados miembros ubicados al margen, aunque en las proximidades, de los Tratados<sup>58</sup>.

La cooperación reforzada ha tardado más de diez años en estrenarse. Este retraso ha dejado (al menos por el momento) sin fundamento los temores que se manifestaron en Ámsterdam en el sentido de que la cooperación reforzada iba a generar una fragmentación excesiva en el seno de la UE, acabando con la uniformidad como rasgo característico de su ordenamiento jurídico. La tardanza en la inauguración de este mecanismo sembró igualmente la duda acerca de si la flexibilización de los requisitos sustantivos para poderlo poner en práctica y del procedimiento conducente a su autorización (flexibilización operada por los Tratados de Niza y Lisboa) no era, en realidad, un ejercicio gratuito, carente de consecuencias.

En el ínterin se celebró el Tratado de Prüm. El debate teórico acerca de la admisibilidad de los acuerdos *inter se* en el escenario post-Ámsterdam cobró así una trascendencia real.

A mi modo de ver, el Tratado de Prüm y, en general, los acuerdos *inter se* son plenamente aceptables, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como desde la perspectiva del propio Derecho de la UE. Respondiendo a la pregunta que da título al presente trabajo, considero que los acuerdos *inter se* son una *alternativa posible* a la cooperación reforzada, por cuanto que los primeros no deben entenderse excluidos por la presencia en los Tratados de las cláusulas relativas a la segunda. Lo que no son es una *alternativa equivalente*, ya que, a diferencia de los frutos de las cooperaciones reforzadas, ellos no forman parte del Derecho de la UE, con todo lo que eso supone.

Frente a quienes sostuvieron que con la celebración del Tratado de Prüm los Estados implicados buscaron burlar el engorroso procedimiento de autorización de las cooperaciones reforzadas y las condiciones sustantivas exigidas, creo interesante resaltar dos circunstancias. En primer lugar, que, pese a tener un distinto fundamento, los requisitos sustantivos a los que están sometidos los acuerdos *inter se* son prácticamente idénticos a los de las cooperaciones reforzadas; es más, el Tratado de Prüm cumple incluso con alguna condición exclusiva de estas últimas (por ejemplo, al permitir la adhesión de otros Estados miembros). En segundo lugar, conviene destacar que, en mi concepción, los acuerdos *inter se* únicamente son admisibles cuando no cabe la cooperación reforzada, bien porque estemos en un ámbito de competencias estatales, bien porque no se haya autorizado aquélla, bien porque el número de Estado interesados en avanzar en la integración se

<sup>58</sup> La cooperación reforzada ha sido presentada por la doctrina como una versión «domesticada» o «disciplinada» del fenómeno de la flexibilidad frente a las opciones «asilvestradas» existentes con anterioridad al Tratado de Ámsterdam (A. MANGAS MARTÍN, «La cooperación reforzada...», *op. cit.*, p. 38; y, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz 1998*, pp. 89-144, p. 134).

mantiene (lealmente) por debajo del umbral exigido para implicar a las instituciones de la UE.

El Tratado de Prüm ha podido poner en entredicho la afirmación de la delegación portuguesa en el Consejo Europeo de Feira, en el sentido de que las modificaciones efectuadas por el Tratado de Niza en el régimen jurídico previsto en Ámsterdam convierten la cooperación reforzada en «la mejor respuesta a la tentación que pudieran tener determinados Estados miembros de llevar a cabo otras cooperaciones al margen del Tratado, lo que perjudicaría a la coherencia de la actuación de la Unión»<sup>59</sup>. Al mismo tiempo y por paradójico que resulte, el Tratado de Prüm vuelve a revelar (como antes hiciera Schengen) un efecto positivo que este tipo de acuerdos pueden tener para la integración europea, en tanto que «ensayos» previos a la integración de su contenido en un acto de Derecho derivado de la UE, que, además, no será fruto de una cooperación reforzada, sino del ejercicio ordinario por parte de la Unión de sus competencias.

En un momento de crisis del proyecto europeo como el que vivimos en la actualidad y en el que los Estados podrían tener la tentación de articular los avances futuros a través de los mecanismos que les ofrece el Derecho internacional puede que no esté de más tener presente todas estas consideraciones.

<sup>59</sup> Cita extraída de M. URREA CORRES, *La cooperación reforzada...*, *op. cit.*, p. 99.