

# LA TOMA DE DECISIONES EN EL ÁMBITO DE LA PESC: LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA COMO ALTERNATIVA A LA UNANIMIDAD

MARIOLA URREA CORRES

*Doctora en Derecho*

*Profesora Asociada de Derecho Internacional Público*

*y Relaciones Internacionales*

*Universidad de La Rioja*

## SUMARIO

I. ASPECTOS GENERALES. II. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA: CONCEPTO Y FINALIDAD. III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA. 1. Ámbito de aplicación: *la unanimidad en la PESC*. 2. La manifestación (formal) de la abstención. 3. La abstención constructiva y la «minoría de bloqueo». IV. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA Y LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS. 1. El principio de «solidaridad mutua». 2. La abstención constructiva y la (no) previsión de un mecanismo de «*opting in*». V. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA Y LA FINANCIACIÓN DE LA PESC. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. ASPECTOS GENERALES

La flexibilidad no ha sido nunca un concepto ajeno al fenómeno de integración europea. De hecho, desde sus orígenes —y especialmente, en cada uno de los procesos de adhesión sufridos por la Comunidad Europea— los Tratados constitutivos han

previsto mecanismos de flexibilidad tanto en el Derecho originario como en el Derecho derivado que han permitido, bajo determinadas condiciones, la aplicación diferenciada del Derecho Comunitario Europeo.

Sin embargo, fue probablemente el Tratado de Maastricht quien dio realmente el primer paso hacia la fragmentación del ordenamiento jurídico comunitario. Así, la previsión del denominado Protocolo Social «a catorce»<sup>1</sup> y, especialmente, la Unión Económica y Monetaria en tanto que una de las fórmulas más «sofisticadas»<sup>2</sup> de flexibilidad, revolucionaron, en palabras de DUFF, el proceso de integración europea<sup>3</sup>, haciendo del Tratado de la Unión Europea un laboratorio de integración diferenciada<sup>4</sup> rendido ya entonces a la geometría variable<sup>5</sup>.

El Tratado de Amsterdam, por su parte, aunque también implicó la cancelación de episodios relevantes de flexibilidad como el establecido en el Protocolo Social<sup>6</sup> ha contribuido, en la línea seguida por el Tratado de Maastricht, a incrementar los sustancialmente. Así, el Tratado de Amsterdam incorpora junto al original mecanismo de la cooperación reforzada<sup>7</sup>, interesantes fórmulas de flexibilidad tanto en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común.

Por lo que respecta al presente trabajo, limitaremos nuestro objeto de estudio a uno de los dos mecanismos de flexibilidad que el Tratado de Amsterdam estableció para el ámbito de la PESCA<sup>8</sup>, a saber, la abstención constructiva<sup>9</sup>. Para ello abordaremos el

<sup>1</sup> McGLYNN, C.: "Opting-out of Community Social Policy: Some Legal, Practical and Political Consequences", en EHLERMANN, C.D. (ed.): *Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, Ed. Bundesanzeiger, Colonia, 1999, pp. 85-99

<sup>2</sup> Así la califica CLOOS, J.: "Les coopérations renforcées", *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, nº 441, septiembre, 2000, pp. 512-515, especialmente, p. 513. Para MISSIROLI se trata de un importante precedente; MISSIROLI, A.: *CFSP, defense and flexibility*, p. 6.

<sup>3</sup> DUFF, A.: "Britain and Europe. The different relationship", en WESTLAKE, M. (ed.): *The European Union beyond Amsterdam. New Concepts of European Integration*, Ed. Routledge, Londres, 1998, pp. 34-46, especialmente, p. 40.

<sup>4</sup> MANIN, P.: *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*, Ed. Pedone, París, 1984.

<sup>5</sup> REMIRO BROTONS, A.: "Consideraciones sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996", *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-110, febrero, 1996, pp. 7-18, especialmente, pp. 8-9.

<sup>6</sup> ILLESCAS ORTIZ, R.: "La política social. La integración del Protocolo «a 14»", en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam. Análisis y Comentarios*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 234-239, especialmente, pp. 234-239.

<sup>7</sup> URREA CORRES, M.: *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Ed. Colex, Madrid, 2002 (en prensa).

<sup>8</sup> El segundo mecanismo de flexibilidad establecido por el Tratado de Amsterdam es aquel que permite la aplicación provisional de aquellos acuerdos internacionales celebrados entre la Comunidad y terceros Estados u organizaciones internacionales cuya entrada en vigor queda condicionada al cumplimiento de las exigencias de los procedimientos constitucionales de los Estados participantes (artículo 24 del TUE). Para profundizar en su análisis puede consultarse la siguiente bibliografía de referencia DASHWOOD, A.: "External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty", *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, pp. 1019-1045, especialmente, pp. 1038-1041; DES NERVIENS, P.: "Les relations extérieures", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 4/1997, pp. 93-104, especialmente, pp. 97-98; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J.: "El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3/1998, pp. 79-110, especialmente, 92-93; HAFNER, G.: "The Amsterdam Treaty and the treaty-making power of the European Union. Some critical comments", en *Liber Amicorum Prof. Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, pp. 257-284, especialmente, pp. 267-283; PÉREZ

estudio del concepto y la finalidad del nuevo mecanismo de adopción de decisiones (II), así como un análisis de los requisitos que exigen su puesta en funcionamiento (III). Con todo, su estudio quedaría incompleto si no profundizáramos en dos cuestiones fundamentales. La primera, la relativa a la articulación de las relaciones entre los Estados que han aprobado y, consecuentemente, quedado sometidos a un acto legislativo en el ámbito de la PESCA y aquéllos otros que permanecen al margen del mismo por haber recurrido al mecanismo de la abstención constructiva (IV). La segunda cuestión a analizar, es aquélla que analiza la influencia de este mecanismo de adopción de decisiones en el sistema de financiación establecido para la PESCA (V). El trabajo concluye en torno a unas siempre útiles consideraciones finales (V).

## II. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA: CONCEPTO Y FINALIDAD

El mecanismo de la abstención constructiva, también llamado abstención activa<sup>10</sup> o abstención positiva<sup>11</sup>, permite a aquellos Estados no interesados en quedar vinculados por una normativa concreta permanecer al margen de la misma mediante la abstención, sin que ello implique, no obstante, el ejercicio de un derecho de veto que impida al resto de Estados adoptar para sí la regulación de que se trate. Es decir, como apunta WILDE D'ESTMAEL, "le membre qui s'abstient lors d'un vote n'est pas tenu d'appliquer la décision adoptée, mais il accepte que celle-ci engage l'Union"<sup>12</sup>.

La abstención constructiva como mecanismo de adopción de decisiones está claramente inspirada en mecanismos similares utilizados por instituciones de otras organizaciones internacionales como la OCDE<sup>13</sup>, el Consejo de Europa<sup>14</sup>, o la propia

GONZÁLEZ, M./STOFFEL VALLOTTON, N.: "La cuestión de la naturaleza jurídica de la Unión: el problema de la personalidad jurídica", en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 187-200, especialmente, pp. 195-200; TIZZANO, A.: "La personnalité internationale de l'Union européenne", *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1998, pp. 11-40, especialmente, pp. 25-28.

<sup>9</sup> Si bien la declaración nº 27 al TUE ya preveía la posibilidad de adoptar medidas conforme al mecanismo de la abstención constructiva, el Tratado de Amsterdam ha venido a incluirla, por primera vez, dentro del propio Derecho originario.

<sup>10</sup> BOIXAREU CARRERA, A.: "Los grandes principios inspiradores del Tratado de Amsterdam", en FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (coord.): *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 19-48, especialmente, p. 42.

<sup>11</sup> En este sentido se han manifestado, entre otros, DES NERVIENS, P.: *loc. cit.* ("Les relations extérieures"), p. 98; EHLERMANN, C.D.: "Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam", *Revue du Marché Unique Européen*, nº 3, 1997, pp. 53-90, especialmente, p. 81; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: "La Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea en la perspectiva de la reforma de 1996", *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-111, marzo, 1996, pp. 5-13, especialmente, p. 9; VIDERT, F.: *Structured flexibility in the European Union*, European Policy Forum, Londres 1996, p. 18; WILDE D'ESTMAEL, T.: "La réforme de la politique étrangère et de sécurité commune", en LEJEUNE, Y. (ed.): *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 365-381, especialmente, p. 378.

<sup>12</sup> WILDE D'ESTMAEL, T.: "La réforme de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune", en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit.* (*Le Traité d'Amsterdam...*), p. 378.

<sup>13</sup> HAGUENAU-MOIZARD, C.: "Le Traité d'Amsterdam: une négociation inachevée", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 417, abril, 1998, pp. 240-252, especialmente, p. 242.

<sup>14</sup> Para TUYTSCHAEVER la abstención constructiva se inspira en los llamados "partial agreements" del Consejo de Europa admitidos a partir de 1951 mediante una Resolución del Comité de Minis-

Comunidad Europea (art. 205.3 TCE)<sup>15</sup>, en virtud de los cuales las abstenciones manifestadas por uno o varios Estados no impiden la adopción de decisiones por unanimidad. Únicamente el voto negativo de cualquiera de los Estados supone el ejercicio efectivo del derecho de veto<sup>16</sup>.

Con todo, el mecanismo de la abstención constructiva, a diferencia del método utilizado hasta ahora por la propia Comunidad Europea<sup>17</sup>, permite al Estado que hace uso de ella no quedar vinculado por la normativa aprobada siempre que éste cualifique su abstención mediante la adopción de una declaración formal (23.2 del TUE). Sólo en éste último supuesto resulta, pues, adecuado hablar de abstención «constructiva» en sentido estricto<sup>18</sup> ya que la decisión finalmente adoptada mediante este mecanismo vincula a la Unión.

La finalidad que se pretende con la inclusión de este nuevo método de adopción de decisiones no es otra que flexibilizar la entrada en vigor de parte del Derecho Comunitario Europeo entre los Estados miembros permitiendo la aplicación no uniforme y, consecuentemente, también «diferenciada» de las obligaciones generadas en el ámbito de la PESC<sup>19</sup>. Así, en un contexto en el que, como afirman DEHOUSSE<sup>20</sup> y EHLERMANN<sup>21</sup>, las decisiones en el ámbito de la PESC son presas de los efectos

tros del Consejo de Europa. En virtud de la citada Resolución los representantes de los Estados miembros en el Consejo de Ministros decidieron por unanimidad admitir la abstención de los Estados participantes en una decisión. En dicho supuesto la decisión se entenderá aprobada sólomente por los Estados que han manifestado su voto a favor; TUYTSCHAEVER, F.: *Differentiation in European Union Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1999, especialmente p. 86.

<sup>15</sup> En este mismo sentido se han pronunciado, entre otros, DASHWOOD, A.: *loc. cit.* (“External relations provisions of the Amsterdam...”), p. 1034; DE ZWAAN, J.: “Community dimensions of the second pillar”, en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, pp. 179-193, especialmente, p. 184; MURPHY, D.T.: “The European Union’s Common Foreign and Security Policy: It is Not Far From Maastricht to Amsterdam”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1998, pp. 871-913, especialmente, p. 903; STUBB, A.: “Negotiating Flexible Integration in the Amsterdam Treaty”, en NEUNREITHER, K./WIENER, A. (eds.): *European Integration after Amsterdam. Institutional dynamics and prospects for democracy*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 153-174, especialmente, p. 157; REGELSBERGER, E./JOPP, M.: “Und sie bewegt sich doch! Die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik nach den Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages”, *Integration*, 4/1997, pp. 255-263, especialmente, p. 260.

<sup>16</sup> MILNER, F./KÖLLIKER, A.: *How to make use of Closer Cooperation?. The Amsterdam Clauses and the Dynamic of European Integration*, Working Paper, Comisión Europea, Cellule de prospective, especialmente, p. 15, nota 30.

<sup>17</sup> BRIBOSIA, H.: “Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d’Amsterdam”, *Cahiers de Droit Europeen*, n° 1-2/2000, pp. 57-115, especialmente, p. 84, nota al pie 68.

<sup>18</sup> HAFNER, G.: “The Amsterdam Treaty and the Treaty-making power of the European Union”, en *op. cit.* (*Liber Amicorum Prof. Ignaz Seidl-Hohenveldern*), p. 279. En similar sentido TUYTSCHAEVER, F.: *op. cit.* (*Differentiation in European Union ...*), p. 87.

<sup>19</sup> De esta misma opinión es LIÑÁN NOGUERAS al haber sido uno de los primeros en calificar la abstención constructiva como un mecanismo de “flexibilización de obligaciones”; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “La política Exterior y de Seguridad Común”, en MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 366.

<sup>20</sup> DEHOUSSE, F.: “La Conférence Intergouvernementale après la reunion de Rome”, *Journal de Tribunaux*, n° 5839, abril, 1997, pp. 265-268, especialmente, p. 267.

<sup>21</sup> EHLERMANN, C.D.: *loc. cit.* (“Différenciation, flexibilité, coopération renforcée:...”), p. 81.

paralizantes de la unanimidad<sup>22</sup>, conviene, por tanto, buscar las fórmulas para si no eliminarla, al menos, atenuarla<sup>23</sup>, o, en su caso, reducir el efecto negativo<sup>24</sup>.

En suma, se trata, efectivamente, de buscar un paliativo a la regla de la unanimidad<sup>25</sup> con el que hacer más flexible el proceso de toma de decisiones en la PESC articulando para ello fórmulas que puedan sortear o reducir, el riesgo de en el Consejo. Con este propósito surge con el Tratado de Amsterdam y se mantiene en el de Niza<sup>26</sup> la abstención constructiva como mecanismo corrector<sup>27</sup> del principio de unanimidad y, consecuentemente, una alternativa al derecho de veto<sup>28</sup>.

### III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA

Para que el mecanismo de la abstención constructiva funcione en los términos en que ha sido creado y produzca los resultados perseguidos por los Estados deben concurrir todas y cada una de las siguientes circunstancias. Debe tratarse de una decisión en el ámbito de la PESC que requiera ser aprobada por unanimidad en el seno del Consejo (1); Además, en el momento de procederse a la votación, algún Estado debe manifestar su voluntad de abstenerse mediante una declaración formal en los términos planteados al efecto por el propio Tratado (2). Finalmente, el número de Estados que manifiesten la voluntad de abstenerse no debe superar una minoría de bloqueo que el propio Tratado fija en un tercio de votos ponderados conforme el artículo 205 del TCE (3).

#### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA UNANIMIDAD EN LA PESC

La abstención constructiva sólo podrá ser utilizada en aquellos ámbitos de la PESC que requieran ser aprobados mediante unanimidad en el Consejo. Así queda

---

<sup>22</sup> Así lo ponen de manifiesto MOUTON, J.D./CHARPENTIER, J.: “La Politique Étrangère et de Sécurité Commune”, en MANIN, Ph.: *La révision du Traité sur l’Union Européenne perspectives et réalités*, Ed. Pedone, París 1996, pp. 113-122, especialmente, p. 114.

<sup>23</sup> LA SERRE, F./ WALLACE, H.: *loc. cit.* (“La coopération renforcées:...” p. 15. En similar sentido TEBBE, G.: “Whether One Likes It or Not: Flexibility in CFSP”, en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, Ed. Institut Européen d’Administration Publique, Maastricht, 1998, pp. 169-173, especialmente, p. 170.

<sup>24</sup> NOVI, C.: “Le novità del Trattato di Amsterdam in tema di politica estera e di sicurezza comune”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2-3/1998, pp. 433-479, especialmente, p. 447.

<sup>25</sup> DASHWOOD, A.: “The Common Foreign and Security Policy”, en USHER, J. (ed.): *The State of the European Integration. Structure, Enlargement and Economic Union*, Ed. Longman, Londres, 2000, pp. 42-57, especialmente, p. 49; GRILLER, S./DROUTSAS, D.P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M.: *The Treaty of Amsterdam. Facts, Analysis, Prospects*, Ed. Springer, Viena, Nueva York, 2000, p. 410.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ RAMONS, B.: “La Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea tras el Tratado de Niza”, *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5/2001, pp. 821-834.

<sup>27</sup> BERMEJO GARCÍA, R.: “La Política Exterior y de Seguridad Común y el Tratado de Amsterdam”, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, nº 3, 1998, pp. 3-20, especialmente, p. 12.

<sup>28</sup> BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* (“Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne...”), p. 84.

expresamente establecido por el propio Tratado cuando advierte que “las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirá la adopción de las decisiones” del presente título para las que el Consejo requerirá unanimidad.

A pesar de que la mayoría de la doctrina se ha manifestado de forma prácticamente unánime en este mismo sentido<sup>29</sup>, sin embargo, no han faltado opiniones tan relevantes como la de EHLERMANN que lo ha hecho en otro sentido. Así, para el citado autor “en principe, rien ne devrait s’y opposer, puisque l’abstention lors d’un vote est possible également lors de l’adoption de décisions à la majorité qualifiée”<sup>30</sup>.

Sin embargo, al margen de la opinión manifestada por EHLERMANN, creemos poder afirmar que la abstención constructiva no podrá ser alegada en el ámbito de la mayoría cualificada. A nuestro juicio, resulta absurdo que una decisión adoptada por mayoría cualificada y que vincula, por tanto, a todos los Estados miembros —hayan votado éstos a favor o en contra de la misma—, admitiera que la simple abstención de un Estado, acompañada, eso sí, de una declaración formal, tuviera como efecto que el citado Estado miembro no quedara vinculado por la regulación comunitaria aprobada.

Para reformar nuestro argumento conviene precisar que respecto de las decisiones en el ámbito de la PESC que deban ser adoptadas por mayoría cualificada ha sido el propio Tratado el que ha optado por otra solución distinta a la abstención constructiva<sup>31</sup>. En este sentido, el Tratado también permite la defensa por los Estados miembros de sus intereses nacionales al “resucitar”<sup>32</sup> o “codificar”<sup>33</sup> una variante del

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, MILNER y KÖLLIKER manifiestan de forma tajante que “qualified abstention is an option which only applies to decisions which have to be taken unanimously”; MILNER, F./KÖLLIKER, A.: *op. cit.* (*How to make use of Closer Cooperation?...*), p. 15. En similar sentido DASHWOOD, A.: *loc. cit.* (“External relations provisions of the Amsterdam...”), p. 1034; DE ZWAAN, J.: “Community dimensions of the second pillar”, en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, pp. 179-193, especialmente, p. 184; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J.: *loc. cit.* (“El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: ...”), p. 88; GALLET, B.: *La Politique étrangère commune*, Ed. Economica, París, 1999, p. 117; HAFNER, G.: “The Amsterdam Treaty and the treaty-making power of the European Union. Some critical comments”, en *op. cit.* (*Liber Amicorum Prof. Ignaz Seidl-Hohenveldern...*), p. 279; USHER, J.A.: “Flexibility and enhanced cooperation”, en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *op. cit.* (*The European Union after Amsterdam*), p. 262; LORCA CORRÓNS, A.V./FONSECA MORILLO, F.: “Los mecanismos de financiación de la PESC”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 354-359, especialmente, p. 348; WESSEL, R.A.: *The European Union’s Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, Ed. Kluwer, 1999, p. 143.

<sup>30</sup> EHLERMANN, C.D.: *loc. cit.* (“Différenciation, flexibilité, coopération renforcée:...”), p. 82.

<sup>31</sup> De hecho, como constata DEHOUSSE, “this solution is different from the system of qualified majority voting”; DEHOUSSE, F.: “After Amsterdam: A Report on the Common Foreign and Security Policy of the European Union”, *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 525-539, especialmente, p. 533.

<sup>32</sup> MURPHY, D.T.: “The European Union’s Common Foreign and Security Policy: It is Not Far From Maastricht to Amsterdam”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1998, pp. 871-913, especialmente, p. 904. En similares términos MAHNCKE, D.: “Reform of the CFSP: From Maastricht to Amsterdam”, en MONAR, J./WESSELS, W. (eds.): *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, Ed. Continuum, Londres, Nueva York, 2001, pp. 227-248, especialmente, p. 242.

<sup>33</sup> MONAR, J.: “The European Union’s Foreign Affairs System after the Treaty of Amsterdam: A «Strengthened Capacity for External Action»?”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 2, 1997, pp. 413-436, especialmente, p. 420.

Compromiso de Luxemburgo<sup>34</sup>, bautizado ya, por algunos autores, como el “Compromiso de Amsterdam”<sup>35</sup>. Se trata, en definitiva, del mismo “freno de emergencia”<sup>36</sup> que el Tratado de Amsterdam también previó —no así el de Niza— en el procedimiento de puesta en marcha de mecanismos de cooperación reforzada con el fin de compatibilizar, como señala DEHOUSSE, “la eficacia del voto por mayoría cualificada con la necesidad de proteger los intereses nacionales de carácter esencial”<sup>37</sup>.

En este supuesto, a diferencia de los ámbitos susceptibles de ser adoptados mediante abstención constructiva, el Tratado no permite, sin embargo, que un número determinado de Estados pueda excluir voluntariamente la aplicación de un conjunto de decisiones que, por el contrario, sí vinculan al resto de Estados y a la propia Unión. Así, en las decisiones a adoptar por mayoría cualificada los Estados miembros pueden efectivamente alegar la afectación de un interés nacional que, en el supuesto de que tal alegación sea aceptada, les permitirá recuperar el derecho de veto sobre la decisión en el seno del Consejo Europeo<sup>38</sup>. En cualquier caso, si finalmente la decisión es aprobada conforme a la mayoría requerida (sea ésta mayoría cualificada o unanimidad), todos los Estados quedarán necesariamente vinculados por ella con independencia de si han votado a favor, en contra, o se han abstenido.

En definitiva, siguiendo el tenor literal del párrafo segundo del artículo 23.2 del TUE, el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada salvo que algún miembro del Consejo declare que por «motivos importantes y explícitos de política nacional» tiene intención de oponerse, en cuyo caso el Consejo, nuevamente por mayoría cualificada, podrá remitir el asunto al Consejo Europeo quien decidirá por unanimidad.

---

<sup>34</sup> Así ha sido calificado por DASHWOOD, A.: “States in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 23, 1998, pp. 201-216, especialmente, pp. 214-215; DE ZWAAN, J.: “Community dimensions of the second pillar”, en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *op. cit. (The European Union after Amsterdam...)*, p. 185; DES NERVIENS, P.: *loc. cit.* (“Les relations extérieures”), p. 100; GRILLER, S./DROUTSAS, D.P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M.: *op. cit. (The Treaty of Amsterdam...)*, p. 414; PERNICE, I.: “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?“, *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, pp. 703-750, especialmente, p. 744; REGELSBERGER, E./SCHMALZ, U.: “The Common Foreign and Security Policy of the Amsterdam Treaty: Towards an improved EU identity on the International Scene”, en MONAR, J./WESSELS, W. (eds.): *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, Ed. Continuum, Londres, Nueva York, 2001, pp. 249-266, especialmente, p. 258; ROPER, J.: “Questions on the Net Effect of Flexibility and Legitimacy in CFSP”, en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, Ed. Institut Européen d’Administration Publique, Maastricht, 1998, pp. 159-167, especialmente, p. 161.

<sup>35</sup> NENTWICH, M./FALKNER, G.: “The Treaty of Amsterdam: Towards a New Institutional Balance”, *European Integration online Papers*, vol. 1, n° 15, 1997 (<http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-015a.htm>), pp. 1-24, especialmente, pp. 11-12. En el mismo sentido GRILLER, S./DROUTSAS, D.P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M.: *op. cit. (The Treaty of Amsterdam...)*, p. 414.

<sup>36</sup> Así lo denominan, entre otros autores, BRETHERTON, Ch./VOGLER J.: *The European Union as a Global Actor*, Ed. Routledge, Londres 1999, p. 190; LORCA CORRÓNS, A.V./FONSECA MORILLO, F.: “La Política Exterior Común de la Unión”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, p. 348; TUYTSCHAEVER, F.: *op. cit. (Differentiation in European Union ...)*, p. 86.

<sup>37</sup> DEHOUSSE, F.: *loc. cit.* (“After Amsterdam: A Report on the Common Foreign and Security Policy of ...”), p. 532.

<sup>38</sup> Para DASHWOOD resulta un “barbarism” otorgar el poder de decisión al Consejo Europeo; DASHWOOD, A.: *loc. cit.* (“External relations provisions of the Amsterdam...”), p. 1035; del mismo autor, “The Common Foreign and Security Policy”, en USHER, J. (ed.): *op. cit. (The State of the European Integration...)*, p. 49.

DASHWOOD ha sido, probablemente, uno de los autores más críticos con la institucionalización por el Tratado de Amsterdam de lo que ha venido en llamar “Luxembourg Compromise Mark II”<sup>39</sup>. Para este autor “an old taboo has been broken, and the extent of the threat to the coherence of the constitutional order is unpredictable”<sup>40</sup>. Tampoco FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ ha escatimado críticas al indicar que consagrando “el carácter sacrosanto del «interés vital» de los Estados miembros, el «mérito» principal de esta disposición radica sin duda en vaciar de contenido real las escasas excepciones a la unanimidad en materia de PESC”<sup>41</sup>, al institucionalizar, en cierta medida, un derecho de veto<sup>42</sup> en las decisiones a adoptar por mayoría cualificada.

En cualquier caso, debe subrayarse, en primer lugar, que los motivos de interés nacional que en su caso puede alegar un Estado para provocar que la decisión requiera ser adoptada por unanimidad en lugar de por mayoría cualificada no se presumen, sino que deben ser explícitamente justificados por el Estado<sup>43</sup>. En segundo lugar, y suponiendo que un Estado haga uso del citado «freno de emergencia», el Tratado establece que el Consejo «podrá» por mayoría cualificada remitir el asunto al Consejo Europeo para que se pronuncie por unanimidad. La remisión no puede ni debe entenderse, por tanto, automática<sup>44</sup> sino como una opción de la que dispone el Consejo y de la que hará uso en función de las posibilidades que, en su opinión, existan realmente para poder superar la unanimidad en el Consejo Europeo. Es más, como señalan LORCA CORRONS y FONSECA MORILLO, el coste político que lleva implícito la alegación de estos motivos y la necesaria consecución de una mayoría cualificada en el Consejo para dar traslado del asunto al Consejo Europeo “hace improbable que se llegue a invocar [el freno de emergencia] si no existen auténticos motivos para ello”<sup>45</sup>.

En el supuesto de que el Consejo no reúna la mayoría cualificada que efectivamente es requerida para remitir el asunto al Consejo Europeo, deberá ser el Consejo de la Unión el que deba tomar definitivamente una decisión por mayoría cualificada.

<sup>39</sup> Véase *in extenso* DASHWOOD, A.: *loc. cit.* (“States in the European...”), pp. 213-215.

<sup>40</sup> DASHWOOD, A.: *loc. cit.* (“External relations provisions of the Amsterdam...”), p. 1035.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J.: *loc. cit.* (“El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: ...”), p. 89.

<sup>42</sup> Para BRETHERTON y VOGLER el llamado “emergency brake” es “the right of veto over the taking of a decision by QMV on the basis of «important and stated reasons of national policy»”, en *op. cit.* (*The European Union as a Global ...*), p. 190. En similares términos MAHNCKE, D.: “Reform of the CFSP: From Maastricht to Amsterdam”, en MONAR, J./WESSELS, W. (eds.): *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, Ed. Continuum, Londres, Nueva York, 2001, pp. 227-248, especialmente, p. 242.

<sup>43</sup> DES NERVIENS, P.: *loc. cit.* (“Les relations extérieures”), p. 100; NOVI, C.: “Le novità del Trattato di Amsterdam in tema di politica estera e di sicurezza comune”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2-3/1998, pp. 433-479, especialmente, p. 450.

<sup>44</sup> DEHOUSSE, F.: *loc. cit.* (“La Conférence Intergouvernementale après ...”), p. 267.

<sup>45</sup> LORCA CORRONS, A.V./ FONSECA MORILLO, F.: “La Política Exterior Común de la Unión”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit.* (*El Tratado de Amsterdam...*), p. 348. En el mismo sentido se manifiesta DES NERVIENS, para quien “l’Etat qui provoquera l’appel devra soit s’appuyer sur un dossier solide”; DES NERVIENS, P.: *loc. cit.* (“Les relations extérieures”), p. 100.

## 2. LA MANIFESTACIÓN (FORMAL) DE LA ABSTENCIÓN

Todo Estado miembro de la Unión que participe dentro del ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común en la adopción de una decisión que requiera unanimidad podrá abstenerse sin que ello suponga el ejercicio del derecho de veto. Desde el Tratado de Amsterdam, en cierta medida, se otorga al Estado que haya manifestado su deseo de abstenerse “un derecho automático de *opt out*”<sup>46</sup> al no quedar vinculado por la decisión adoptada<sup>47</sup>. Para ello deberá adjuntar a su abstención una declaración formal en el sentido expresado por el párrafo segundo del artículo 23.1 del TUE aceptando en virtud del principio de «solidaridad mutua» que la decisión entre en vigor para el resto de Estados y vincule a la Unión.

La elaboración de la declaración formal que acompaña a la abstención del Estado impone al Estado que no ha quedado vinculado por la decisión adoptada la obligación de abstenerse de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión.

En suma podemos concluir que el mecanismo de la abstención constructiva elimina el riesgo de bloqueo<sup>48</sup> que genera el derecho de veto de los Estados al quedar el principio de unanimidad, «compensado» en su rigidez<sup>49</sup> o, en palabras de REMIRO BROTONS, “almibarado por la neutralidad de la abstención”<sup>50</sup>.

El coste de eliminar el riesgo del derecho de veto mediante la abstención constructiva ha supuesto para un sector de la doctrina<sup>51</sup> la «constitucionalización» de un método de «opting-out»<sup>52</sup> o de una cláusula de salvaguardia<sup>53</sup> en el ámbito del Derecho

<sup>46</sup> MONAR, J.: *loc. cit.* (“The European Union’s Foreign Affairs System after the Treaty of...”), p. 419.

<sup>47</sup> DE ZWAAN, J.: “Community dimensions of the second pillar”, en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *op. cit.* (*The European Union after Amsterdam...*), p. 184; REMIRO BROTONS, A.: *loc. cit.* (“¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam para...?”), p. 81.

<sup>48</sup> VIDERT, F.: *op. cit.* (*Structured flexibility in the European ...*), p. 18.

<sup>49</sup> KAPTEYN, P.J.G./VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law of the European Communities*, Ed. Kluwer, 3ª ed., La Haya 1998, especialmente, p. 1391. En similar sentido se ha pronunciado LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “La Política Exterior y de Seguridad Común”, en MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *op. cit.* (*Instituciones y Derecho de la Unión ...*), p. 366.

<sup>50</sup> REMIRO BROTONS, A.: *loc. cit.* (“¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam...?”), p. 96.

<sup>51</sup> BERMEJO GARCÍA, R.: *loc. cit.* (“La Política Exterior y de Seguridad Común y el Tratado de ...”), p. 6, nota 20; MOUTON, J.D./CHARPENTIER, J.: “L’amélioration des mécanismes de la PESCA”, en AA.VV.: *Le Traité d’Amsterdam: réalités et perspectives (Colloque Universités Paris I, II Bordeaux IV)*, Ed. Pedone, París, 1998, pp. 117-129, especialmente, p. 115.

<sup>52</sup> De esta opinión es TEBBE para quien la abstención constructiva no es una forma genuina de flexibilidad. Se trata *de facto* de “a partial opting out clause which allows opposing Member States to limit the binding effects of a decision without being forced to block it outright”; TEBBE, G.: “Whether One Likes It or Not: Flexibility in CFSP”, en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, Ed. Institut Européen d’Administration Publique, Maastricht, 1998, pp. 169-173, especialmente, p. 171. En similar sentido se ha manifestado TUYTSCHAEVER, P.: *op. cit.* (*Differentiation in European...*), p. 123. Sin embargo, para este último autor la abstención constructiva presenta algunas diferencias respecto de lo que hasta ahora venía siendo una cláusula de *opting out*. De hecho, mientras las tradicionales cláusulas de *opting out* suponían una diferenciación admitida para políticas específicas (como era el caso en materia social, de Unión Económica y Monetaria, etc.), la abstención constructiva se convierte en un cláusula de *opting out* que resulta pertinente para la adopción de medidas individuales.

<sup>53</sup> En estos términos se han manifestado REGELSBERGER, E./SCHMALZ, U.: “The Common Foreign and Security Policy of the Amsterdam Treaty: Towards an improved EU identity on the Interna-

derivado. Lo que ha permitido poner de relieve a autores como NEUHOLD que, en realidad, el procedimiento de abstención previsto en el apartado 1º del artículo 23 del TUE —que él denomina “«normal» abstentions”— es, desde el punto de visto de la Unión Europea, más «constructivo» que el propio procedimiento previsto en el párrafo 2º del apartado 1º del citado artículo 23 del TUE, para el cual, sigue señalando el citado autor, “the term «destructive» appears more appropriate”<sup>54</sup>. Ello porque mientras que la abstención inspirada en el modelo del artículo 205 del TCE permite adoptar decisiones por unanimidad y que vinculen a todos a pesar de que algún Estado manifieste su deseo de abstenerse, la abstención constructiva no sólo admite que la decisión sea adoptada con la abstención de determinados Estados, sino que permite a éstos —de ahí el carácter destructivo— quedar desvinculados de la citada decisión siempre que, como advierte el propio artículo 23 del TUE, los Estados hagan acompañar su abstención de una declaración formal.

Con todo, a nuestro juicio, el carácter constructivo de la abstención prevista por el Tratado de Amsterdam puede deducirse tanto para el grupo de Estados que manifiesta su deseo de abstenerse como para el grupo de Estados que manifiesta su voluntad de adoptar la decisión.

Así, para los Estados que no quieren quedar vinculados por la decisión y que consecuentemente manifiestan su abstención en una declaración formal es constructiva en la medida en que la mera abstención les permite no quedar vinculados por ella sin que para ello necesiten hacer uso del derecho de veto. Por su parte, para los Estados que desean adoptar la decisión, la abstención prevista por el Tratado de Amsterdam es constructiva ya que, en primer lugar, la decisión, aunque requiera para su adopción la unanimidad, no podrá ser bloqueada por aquellos Estados que quieran oponerse a ella<sup>55</sup>. Pero además, y en segundo lugar, la abstención es constructiva porque la decisión podrá ser finalmente adoptada con la abstención de un determinado número de Estados y, a pesar de ello, la decisión vinculará a la Unión<sup>56</sup>. A mayor abundamiento, la abstención constructiva es, efectivamente, constructiva porque crea entre los Estados que hayan hecho uso de ella y el resto de Estados que han quedado vinculados por la decisión adoptada una especie de «pacto de no agresión» en virtud del cual los primeros se comprometen a abstenerse de adoptar cualquier acción susceptible de entrar en conflicto y obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión adoptada, mientras que los segundos se comprometen por su parte a respetar la opción de los primeros.

### 3. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA Y «LA MINORÍA DE BLOQUEO»

La abstención constructiva sólo podrá ser utilizada como método de toma de decisiones si la decisión mantiene, no obstante, una masa crítica de Estados dispuesta a

---

tional Scene”, en MONAR, J./WESSELS, W. (eds.): *op. cit.* (*The European Union after the Treaty ...*), p. 258.

<sup>54</sup> NEUHOLD, H.: “The provisions of the Amsterdam Treaty on the CFSP: cosmetic operation or genuine progress?”, en *op. cit.* (*Liber Amicorum Prof. Ignaz Seidl-Hohenveldern*), p. 505.

<sup>55</sup> En este sentido se ha manifestado BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* (“Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne...”), p. 84.

<sup>56</sup> *Ibidem.*

adoptarla<sup>57</sup>. La razón que justifica esta exigencia es obvia. Si como hemos señalado en el apartado anterior, la decisión que finalmente se adopte mediante abstención constructiva vinculará a la Unión, ello exige necesariamente que exista un número mínimo de Estados miembros interesados en ella<sup>58</sup>. En este sentido, resulta útil facilitar la adopción de iniciativas mayoritarias a la par que garantizar la protección de los intereses minoritarios otorgando el derecho a los Estados a «desligarse» de ciertos actos que surjan de la Unión Europea siempre que éstos no superen un umbral previamente establecido por el Tratado. De tal forma que se permite garantizar la cohesión en el ámbito de la PESCS<sup>59</sup> al tiempo que se evita a la Unión aparecer en la escena internacional, en la línea manifestada por WILDE D'ESTMAEL, como “à ce convoi qui s'arrête dès qu'un de ses véhicules rechigne à avancer”<sup>60</sup>.

La citada masa crítica ha sido fijada en dos tercios de los votos del Consejo ponderados a estos efectos según el artículo 205 del TCE. Es decir, para que una decisión pueda ser adoptada por abstención constructiva debe contar con el voto favorable de un conjunto de Estados que sumen el equivalente a 59 votos.

En este contexto, al menos dos Estados grandes y uno mediano como España pueden abstenerse en virtud del artículo 23 del TUE sin impedir con ello que la decisión sea adoptada y vincule a la Unión y al resto de Estados<sup>61</sup>. Si, por el contrario, el número de abstenciones presentadas por los Estados miembros alcanza una «minoría de bloqueo» fijada en un tercio de los votos, es decir, en el equivalente a 29 votos del Consejo de la Unión, el mecanismo de la abstención constructiva queda invalidado y la decisión no podrá ser finalmente adoptada. En este supuesto nos encontraremos siempre que así lo decidan, al menos, tres Estados grandes (30 votos). En cualquier caso, una decisión podrá ser adoptada por abstención constructiva si al voto favorable de todos los Estados pequeños (que suman un total de 39 votos) se le une el voto favorable de, al menos, dos Estados grandes (que suman 20 votos).

A diferencia, pues, de las decisiones que en el ámbito de la PESCS requieran ser adoptadas por unanimidad, las cuales podrán, en virtud del artículo 23 del TUE, vincular a la Unión con el voto favorable de una mayoría de Estados que equivalga a 59 votos ponderados en el Consejo, las decisiones que requieran mayoría cualificada exigirán su aprobación por 62 votos que representen a su vez, al menos, a diez Estados miembros. No obstante, si algún Estado miembro alega «motivos importantes y explícitos de política nacional» la decisión o bien no será sometida a votación, o si el Consejo lo estima adecuado la remitirá, por mayoría cualificada, al Consejo Europeo en donde se requerirá unanimidad para poder ser finalmente aprobada. De todo ello, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ extrae la siguiente conclusión: “el resultado final no sólo consagra la regla general de la unanimidad para la PESCS, sino que incluso por vía

---

<sup>57</sup> Así se refiere a ellos KORTENBERG, H.: “Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam”, *Common Market Law Review*, vol. 35, nº 4, 1998, pp. 833-854, especialmente, p. 853. En el mismo sentido MILNER, F./KÖLLIKER, A.: *op. cit. (How to make use of Closer Cooperation?...)*, p. 15.

<sup>58</sup> Al respecto se ha pronunciado DES NERVIENS, P.: *loc. cit.* (“Les relations extérieures”), p. 101.

<sup>59</sup> NOVI, C.: *loc. cit.* (“Le novità del Trattato di Amsterdam in tema di politica estera e...”), p. 447.

<sup>60</sup> WILDE D'ESTMAEL, T.: “La réforme de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune”, en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit. (Le Traité d'Amsterdam...)*, p. 378.

<sup>61</sup> TUYTSCHAEVER, F.: *op. cit. (Differentiation in European Union ...)*, p. 87.

indirecta —en los casos de abstención constructiva— se obliga a que las decisiones sean adoptadas al menos por una mayoría supercualificada de dos tercios”<sup>62</sup>.

En suma, la regulación adoptada por el Tratado de Amsterdam permite que las decisiones que deban adoptarse por mayoría cualificada terminen requiriendo unanimidad en el Consejo Europeo, mientras que las decisiones que originariamente exigen unanimidad puedan ser adoptadas finalmente por una mayoría supercualificada de dos tercios.

Asimismo, mientras que las decisiones que requieran unanimidad en el ámbito de la PESC vincularán a la Unión aun cuando no sean aplicables a aquellos Estados que así lo hicieron constar en una declaración formal adjunta a su abstención, por su parte, las decisiones que requieran para su adopción mayoría cualificada entran en vigor para todos los Estados miembros, sin que el Tratado haya articulado ninguna otra posibilidad para aquellos Estados que manifestaron a través de su voto negativo la voluntad de no quedar vinculados por la misma<sup>63</sup>.

#### IV. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA Y LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS

##### 1. EL PRINCIPIO DE «SOLIDARIDAD MUTUA»

El artículo 23 del citado Tratado articula en torno al llamado principio, espíritu<sup>64</sup> o cláusula<sup>65</sup> «de solidaridad mutua» las relaciones de los Estados que han hecho uso del mecanismo de la abstención constructiva en el ámbito de la PESC con aquéllos otros Estados que han quedado efectivamente ligados o vinculados por la decisión. Este principio de «solidaridad mutua» o «de no interferencia» no deja de ser una aplicación *ad hoc* del principio de cooperación leal<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J.: *loc. cit.* (“El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: ...”), p. 89.

<sup>63</sup> Tal y como ya ha sido expuesto con anterioridad, EHLERMANN ha sido uno de los pocos autores que se ha mostrado partidario de aplicar la abstención constructiva al ámbito de las decisiones que requieren ser adoptadas por mayoría cualificada; EHLERMANN, C.D.: *loc. cit.* (“Différenciation, flexibilité, coopération renforcée:...”), p. 82.

<sup>64</sup> El término “espíritu de solidaridad mutua” ha sido utilizado entre la doctrina por los siguientes autores BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* (“Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne...”), p. 84; DEHOUSSE, F.: “After Amsterdam: A Report on the Common Foreign and Security Policy of the European Union”, *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 525-539, especialmente, p. 533; FISCHER, P.: “The Dynamics of European Law in the Light of the Innovations in the Treaty of Amsterdam of 2 October 1997”, en BENEDEK, W./ISAK, H./KICKER, R. (eds.): *Development and Developing International and European Law. Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th. Birthday*, Ed. Perter Lang, Frankfurt, 1999, pp. 355-375, especialmente, p. 360; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “La integración diferenciada. La cooperación reforzada”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam: análisis y comentarios*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 602-625, especialmente, p. 624; WESSELS, R.A.: *op. cit.* (*The European Union’s Foreign and Security Policy...*), p. 143.

<sup>65</sup> Por su parte, el término “cláusula de solidaridad mutua” ha sido utilizado por STUBB, A.: “Negotiating Flexible Integration in the Amsterdam Treaty”, en NEUNREITHER, K./WIENER, A. (Eds.): *op. cit.* (*European Integration after Amsterdam...*), p. 157.

<sup>66</sup> En el mismo sentido se han pronunciado, entre otros, WESSELS, R.A.: *op. cit.* (*The European Union’s Foreign and Security Policy...*), p. 143.

En virtud de lo establecido en el propio artículo 23 del TUE el principio de solidaridad mutua contiene una obligación de comportamiento tanto para los Estados miembros de la Unión que quedan vinculados por la decisión, como para el Estado o Estados que, haciendo uso de la abstención constructiva, han optado por permanecer al margen de la decisión<sup>67</sup>.

El principio de solidaridad mutua incluido por el Tratado de Amsterdam obliga a los Estados miembros que participen en la decisión adoptada en el ámbito de la PESC a respetar la posición de aquéllos que han optado por permanecer al margen. Esta obligación implica, necesariamente, que los Estados miembros se abstengan de realizar cualquier tipo de presión que pudiera impedir a un Estado ejercer su derecho a abstenerse de quedar vinculado por una decisión, y, una vez ejercido el citado derecho, obliga, igualmente, a que la opción de quedar al margen de una decisión sea respetada sin que ello pueda desencadenar cierto tipo de «represalias políticas» lideradas por el conjunto de Estados vinculados por la decisión, o cualquier otro tipo de desventaja jurídica.

Por su parte, el principio de solidaridad mutua exige a los Estados que haciendo uso del mecanismo de la abstención constructiva hayan quedado al margen de la decisión finalmente adoptada que admitan que la decisión vincula a la Unión aun cuando se trate para ellos de un Derecho no aplicable, a la par que les obliga a abstenerse de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en la citada decisión.

## 2. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA Y LA (NO) PREVISIÓN DE UN MECANISMO DE «OPTING IN».

La abstención constructiva por ser un simple mecanismo de toma de decisiones no implica, a diferencia de otros mecanismo como es el caso de la cooperación reforzada, la elaboración de un nuevo Derecho Comunitario aplicable única y exclusivamente entre un grupo reducido de Estados miembros. La abstención constructiva no supone, por lo tanto, la elaboración de un acervo distinto al de la Unión Europea. Únicamente habilita la no vigencia del Derecho Comunitario «general» para uno o varios Estados miembros siempre que su número no supere el tercio de votos del Consejo ponderados al efecto como establece el artículo 205.2 del TCE.

En este ámbito de actuación no conviven, como ocurre en el ámbito de una cooperación reforzada, el ordenamiento general aplicable a todos los Estados miembros de la Unión y el derivado de la cooperación reforzada aplicable únicamente a los miembros que componen la misma<sup>68</sup>. En la abstención constructiva permanece inalterado el ordenamiento jurídico general si bien puntualmente dejará de aplicarse sobre uno o varios Estados miembros que así lo declaren formalmente.

---

<sup>67</sup> Así lo han afirmado, entre otros, BERMEJO GARCÍA, R.: *loc. cit.* (“La Política Exterior y de Seguridad Común y el Tratado de...”), p. 12; EHLERMANN, C.D.: *loc. cit.* (“Différenciation, flexibilité, coopération renforcée:...”), p. 81; HAFNER, G.: “The Amsterdam Treaty and the Treaty-making power of the European Union”, en *op. cit. (Liber Amicorum Prof. Ignaz Seidl-Hohenveldern)*, p. 279; VIGNES, D.: “La PESC «CRU 1997» ses nouveautés et ses perspectives”, en AA.VV.: *op. cit. (Le Traité d’Amsterdam et les perspectives d’évolution de ...)*, p. 67.

<sup>68</sup> Sobre las relaciones entre ordenamientos véase URREA CORRES, M.: *op. cit. (La cooperación reforzada en la Unión Europea...)* (en prensa).

En principio, pues, la abstención constructiva no plantea problemas especiales de relación entre ordenamientos jurídicos del calado que puede presentarlos la puesta en marcha de una cooperación reforzada. A este respecto, los problemas que, en su caso, pudiera plantear la abstención constructiva no difieren de los que en su momento pudieron provocar otras cláusulas de *opting out* como la Política Social «a catorce» o el funcionamiento del propio Convenio Schengen.

Con todo, resulta interesante constatar que mientras el Tratado ha articulado en torno al principio de «solidaridad mutua» las relaciones entre el conjunto de Estados miembros vinculados y no vinculados por una decisión adoptada mediante abstención constructiva con el propósito de evitar cualquier tipo de tensión entre ellos, el Tratado no ha previsto, empero, ningún mecanismo o procedimiento a utilizar por aquellos Estados que si bien en un momento dado hicieran uso de la abstención constructiva, posteriormente, pudieran manifestar su voluntad de quedar vinculados por tal decisión<sup>69</sup>. Ello a diferencia de lo previsto por el TCE y el TUE respecto al procedimiento de adhesión o incorporación de Estados originariamente no participantes en cooperaciones reforzadas (artículo 11 TCE y artículo 40 TUE) e incluso para otros episodios de *opting out* previstos, en su momento, por el Tratado de Maastricht (Protocolo Social) o por el propio Tratado de Amsterdam.

La ausencia de un procedimiento para que un Estado pueda incorporarse a una decisión de la Unión en la que originariamente no ha tomado parte no debe entenderse, al menos a nuestro juicio, como la imposibilidad para hacerlo. De hecho, la situación del Estado que mediante la abstención constructiva ha podido evitar la aplicación de una parte del Derecho Comunitario no puede calificarse como irreversible o definitiva.

Cuando el Tratado ha previsto mecanismos similares de *opting out* ha incorporado un procedimiento de *opting in* para que el Estado sometido a una excepción pueda abandonar su situación en el momento que así lo desee e incorporarse a la situación jurídica del conjunto de Estados miembros.

Así, por ejemplo, al margen de todos los mecanismos de *opting in* previstos por cada uno de los Protocolos que regulan la posición jurídica del Reino Unido e Irlanda o Dinamarca, o los mecanismos previstos por el Protocolo por el que se incorpora el acervo Schengen al marco de la Unión Europea, el Tratado ha previsto la posibilidad para aquellos Estados miembros que no hayan pasado a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria —ya sea por propia voluntad o bien por no haber cumplido los criterios de convergencia— de que una vez cada dos años, como mínimo, o a petición del Estado acogido a una excepción, el Consejo, por mayoría cualificada y a petición de la Comisión, determine si dicho Estado cumple los criterios de convergencia. Si la respuesta es afirmativa, el ingreso será automático<sup>70</sup>.

En la misma línea, pues, con lo manifestado hasta el momento y a pesar de que el Tratado nada ha previsto al efecto, entendemos que los Estados que haciendo uso de

---

<sup>69</sup> Así ha sido puesto también de manifiesto por BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* (“Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne...”), p. 85.

<sup>70</sup> Sobre este tipo de situaciones en el ámbito de la UEM puede consultarse, sin ánimo de exhaustividad, LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Evaluación de las competencias comunitarias en materia de política económica y monetaria”, en LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.): *Derecho Comunitario Material*, Ed. McGrawHill, Madrid, 2000, pp. 372-383, especialmente, pp. 378-379.

la abstención constructiva han quedado al margen de la aplicación de una decisión en el ámbito de la PESC podrán dirigirse al Consejo, siempre que así lo deseen, con el fin de solicitar quedar vinculados por la citada decisión. El Consejo, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la UEM, no debe examinar el cumplimiento de requisito alguno. En principio, debería bastar la mera voluntad del Estado para quedar vinculado por la aplicación de una parte de Derecho Comunitario respecto de la cual el citado Estado había permanecido voluntariamente al margen. En cualquier caso, y con independencia de cuál sea el procedimiento concreto a seguir, la cuestión es que a partir del mismo momento en que el Consejo, llegado el caso, se pronuncie en favor de que el Estado que originariamente se hubiera mantenido al margen de la aplicación de una normativa concreta de Derecho Comunitario quede vinculado por ella, la normativa comunitaria de referencia será también de aplicación al citado Estado o grupo de Estados.

## V. LA ABSTENCIÓN CONSTRUCTIVA Y LA FINANCIACIÓN DE LA PESC

La previsión por el Tratado de un mecanismo como el de la abstención constructiva que permite a los Estados no quedar vinculados por una decisión plantea el problema de determinar si este mecanismo puede suponer también una alteración en el sistema de financiación de la PESC<sup>71</sup>.

Con carácter general, el sistema de financiación se regula en el artículo 28 del TUE. En virtud de lo establecido en el citado artículo los gastos administrativos ocasionados por la PESC correrán a cargo del presupuesto comunitario. También correrán a cargo del presupuesto comunitario los gastos operativos exceptuando aquéllos que hayan sido generados por las operaciones con repercusiones en el ámbito militar o de la defensa, o bien aquéllos otros sobre los que el Consejo, por unanimidad, así lo decidiera. Salvo estos supuestos, que se presentan por primera vez como excepción a la regla general<sup>72</sup>, serán los Estados los que asuman los gastos ocasionados conforme a una clave de reparto determinada con arreglo al Producto Interior Bruto. También en esta ocasión el Consejo, por unanimidad, puede decidir otra cosa.

<sup>71</sup> Sobre la financiación de la PESC, véase BERMEJO GARCÍA, R.: *loc. cit.* (“La Política Exterior y de Seguridad Común y el Tratado de...”), pp. 19-20; DARDANNE, E.: “Le Parlement européen et le financement de la PESC”, en DONY, M. (ed.): *L’Union Européenne et le monde après Amsterdam*, Ed. Universidad de Bruselas, Bruselas, 1999, pp. 291-313, especialmente, pp. 291-313; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J.: *loc. cit.* (“El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: ...”), pp. 93-95; LORCA CORRÓNS, A.V.: “Los mecanismos de financiación de la PESC”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit.* (*El Tratado de Amsterdam...*), pp. 354-359; NOVI, C.: “Le novità del Trattato di Amsterdam in tema di politica estera e di sicurezza comune”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2-3/1998, pp. 433-479, especialmente, pp. 455-460; ROBLES CARRILLO, M.: “La financiación de la PESC”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1/1995, pp. 101-146; SCHMALZ, U.: “The Amsterdam Provisions on External Coherence: Bridging the Union's Foreign Policy Dualism?”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 3, 1998, pp. 421-442, especialmente, p. 429-431.

Un estudio general sobre la financiación de los pilares intergubernamentales de la Unión puede consultarse en MONAR, J.: “The Finances of the Union’s Intergovernmental Pillars: Tortuous Experiments with the Community Budget”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, n° 1, 1997, pp. 57-78.

<sup>72</sup> FAVRET, J.M.: “Le Traité d’Amsterdam: une révision *a minima* de la «charte constitutionnelle» de l’Union Européenne. De l’intégration à l’incantation?”, *Cahiers de Droit Européen*, 1997, pp. 555-605, especialmente, p. 580; SCHMALZ, U.: *loc. cit.* (“The Amsterdam Provisions on External Coherence: ...”), p. 430.

En principio, como afirma DARDANNE, el Tratado de Amsterdam prevé, pues, la financiación “plus communautaire d’un pilier encore intergouvernemental”<sup>73</sup> ya que, como ya hemos indicado *supra*, los gastos del mismo son asumidos por el presupuesto comunitario a excepción de los gastos derivados de operaciones con repercusiones en el ámbito militar o de la defensa.

Llegados a este punto surge la necesidad de analizar si efectivamente el ejercicio por un Estado del mecanismo de decisión de la abstención constructiva excluye al Estado de contribuir al sostenimiento de los gastos que el Tratado estima deben ser sufragados por los presupuestos nacionales. En este sentido, como queda establecido por el Tratado, los gastos operacionales derivados de actuaciones con repercusiones en el ámbito militar o de la defensa que, en principio, son asumidos por los Estados no podrán imputarse a aquellos Estados que haciendo uso de la abstención constructiva hayan permanecido ajenos a la decisión adoptada<sup>74</sup>.

De todo ello puede concluirse que sólo la abstención constructiva, nunca la abstención simple, ejercida en una decisión con repercusiones en el ámbito militar o de la defensa puede alterar, en cierta medida, el sistema de financiación de la PESC puesto que los Estados que no quedan vinculados por la decisión, es decir, los Estados miembros que hayan hecho acompañar su abstención de la declaración formal exigida por el párrafo segundo del artículo 23.1 del TUE no contribuirán a su financiación<sup>75</sup>.

En el resto de supuestos en los que la abstención constructiva sea ejercida no supondrá alteración alguna en el modelo de financiación ya que todos los gastos que no tengan repercusión en el ámbito militar o de la defensa (ya sean administrativos u operacionales) serán asumidos por el presupuesto comunitario con independencia de la existencia o no de Estados que, ejerciendo su derecho a la abstención constructiva, no hayan quedado vinculados por la decisión.

En definitiva, mientras que en el ámbito militar, como advirtió TUYTSCHAEVER, la “political solidarity does not extend to operational financial solidarity”<sup>76</sup>, en el resto de ámbitos que abarca la PESC puede concluirse, en el sentido manifestado por BRIBOSIA que «en cierta medida» la solidaridad política sí alcanza la solidaridad financiera<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> DARDANNE, E.: “Le Parlement européen et le financement de la PESC”, en DONY, M. (ed.): *op. cit. (L’Union Européenne et le monde ...)*, p. 308.

<sup>74</sup> En este mismo sentido se pronuncian BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* (“Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne...”), p. 84; DARDANNE, E.: “Le Parlement européen et le financement de la PESC”, en DONY, M. (ed.): *op. cit. (L’Union Européenne et le monde ...)*, p. 309; DE ZWAAN, J.: “Community dimensions of the second pillar”, en HEUKELS, T./BLOKKER, N./BRUS, M. (eds.): *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, pp. 179-193, especialmente, pp. 182-183; EHLERMANN, C.D.: *loc. cit.* (“Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: ...”), p. 82; GRILLER, S./DROUTSAS, D.P./FALKNER, G./FORGÓ, K./NENTWICH, M.: *op. cit. (The Treaty of Amsterdam...)*, p. 258 y p. 416.

<sup>75</sup> A este respecto hay que tener presente que Dinamarca mantiene una cláusula de *opting out* respecto a la elaboración y aplicación de decisiones y acciones con implicaciones en el ámbito de la defensa. Consecuentemente, el artículo 6 del Protocolo por el que se regula la posición de Dinamarca excluye a este Estado —sin necesidad de que recurra para ello al mecanismo de la abstención constructiva— de la obligación de contribuir a la financiación de los gastos operativos que genere la adopción de las citadas decisiones o acciones con repercusiones en el ámbito de la defensa.

<sup>76</sup> TUYTSCHAEVER, F.: *op. cit. (Differentiation in European Union ...)*, p. 87.

<sup>77</sup> BRIBOSIA, H.: *loc. cit.* (“Différenciation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne...”), p. 84.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La mayor parte de las valoraciones vertidas sobre el mecanismo de la abstención constructiva son muy positivas. De hecho, autores como DEHOUSSE han estimado que “le progrès pourrait être substantiel”<sup>78</sup>, e incluso, otros, como BRETHERTON y VOGLER, afirman, sin ambages, que en este contexto, “the more important development in the Amsterdam Treaty may be the «constructive abstention» procedure”<sup>79</sup>.

Pero prescindiendo en nuestro análisis tanto de las críticas más exacerbadas como los elogios menos recatados que la abstención constructiva haya podido recibir, parece acertado subrayar, en cualquier caso, el auténtico progreso<sup>80</sup> que supone en el ámbito de la PESCC matizar la rigidez característica de la unanimidad con el edulcorante de la abstención constructiva. En este sentido, el mecanismo de la abstención constructiva puede considerarse como positivo y adecuado para el desarrollo de la PESCC “por resultar realista”<sup>81</sup>, y “un medio de facilitar el nacimiento de las decisiones de PESCC, en la medida en que promueve la abstención”<sup>82</sup> sin impedir, por ello, la adopción de decisiones. En definitiva, puede concluirse, en la línea manifestada por LORCA CORRÓNS y FONSECA MORILLO, que el mecanismo de la abstención constructiva introducido por el Tratado de Amsterdam para el ámbito de la PESCC resulta especialmente atractivo en la medida en que, en principio, “abre la puerta a una utilización efectiva de la mayoría cualificada en este ámbito”<sup>83</sup>.

Con todo, solamente la futura adopción de decisiones en el ámbito de la PESCC podrá poner de relieve el grado de idoneidad de la previsión de la abstención constructiva. En principio, la abstención constructiva podría resultar un mecanismo cuasi-perfecto para evitar cualquier permanente amenaza de bloqueo que permite la toma de decisiones por unanimidad, a la par que permite ir creando un ámbito de actuación en común, en la medida en que este mecanismo permite seguir respetando los intereses de los Estados miembros sin que ello suponga un bloqueo para la Unión<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> DEHOUSSE, F.: “Le Traité d’Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe”, *Cahiers de Droit Européen*, 1997, pp. 265-273, especialmente, p. 269.

<sup>79</sup> BRETHERTON, Ch./VOGLER, J.: *The European Union as a Global Actor*, Ed. Routledge, Londres, 1999, p. 190.

<sup>80</sup> De hecho, como apunta WILDE, “L’évolution est notable”; WILDE D’ESTMAEL, T.: “La réforme de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune”, en LEJEUNE, Y. (ed.): *op. cit. (Le Traité d’Amsterdam...)*, p. 378.

<sup>81</sup> Editorial: “The Treaty of Amsterdam: Neither a bang nor a whimper”, *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997, pp. 767-772, especialmente, p. 772.

<sup>82</sup> LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “La Política Exterior y de Seguridad Común”, en MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *op. cit. (Instituciones y Derecho de la Unión...)*, p. 366.

<sup>83</sup> LORCA CORRÓNS, A.V./ FONSECA MORILLO, F.: “La Política Exterior Común de la Unión”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *op. cit. (El Tratado de Amsterdam...)*, p. 348.

<sup>84</sup> LA SERRE, F./WALLACE, H.: “La coopération renforcées: une fausse bonne idée?”, *Études et recherches*, Notre Europe, n° 2, septiembre, 1997, especialmente, p. 15; LA SERRE, F./WALLACE, H.: “Flexibility and enhanced cooperation in the European Union: Placebo rather than Panacea?”, *Études et recherches*, Notre Europe, n° 2, septiembre 1997, (versión revisada), especialmente, p. 24.

Sin embargo, si la abstención constructiva se presta, como ha dispuesto, NOVI, a un “uso potencialmente molto ampio”<sup>85</sup>, tampoco debe ignorarse en la misma línea que ha puesto de manifiesto LANNON, que “l’utilisation abusive ou systématique des abstentions constructives pourrait d’autre part relativiser la valeur d’une politique étrangère et de sécurité «commune» et aboutir à une «PESC à la carte»”<sup>86</sup>.

En cualquier caso, como ya ha sido apuntado por la doctrina<sup>87</sup>, sólo el paso del tiempo y las consecuencias que puedan extraerse de su utilización confirmará si la abstención constructiva ha supuesto la erosión del principio de unanimidad<sup>88</sup> en beneficio de un funcionamiento más eficaz y coherente de la PESC, o, por el contrario, la multiplicación de las cláusulas de *opting out* convierten a la Política Exterior y de Seguridad Común en un auténtico «queso de gruyère» con las estructuras totalmente socavadas.

---

<sup>85</sup> NOVI, C.: *loc. cit.* (“Le novità del Trattato di Amsterdam in tema di politica estera e...”), p. 450.

<sup>86</sup> LANNON, E.: “La PESC et le processus de paix au Moyen-Orient: bilan et perspectives offertes par le Traité d’Amsterdam”, en DONY, M. (ed.): *op. (L’Union Européenne et le monde ...)*, pp. 277-278.

<sup>87</sup> Entre otros ROPER, J.: “Questions on the Net Effect of Flexibility and Legitimacy in CFSP”, en DEN BOER, M./GUGGENBÜHL, A./VANHOONACKER, S. (eds.): *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, Ed. Institut Européen d’Administration Publique, Maastricht, 1998, pp. 159-167, especialmente, p. 166.

<sup>88</sup> NEUHOLD, H.: “The provisions of the Amsterdam Treaty on the CFSP: cosmetic operation or genuine progress?”, en *op. cit. (Liber Amicorum Prof. Ignaz Seidl-Hohenveldern)*, p. 504.