

La mayoría cualificada en el Consejo de la UE según el Tratado de Lisboa*

Pablo González Saquero

Profesor Asociado de Derecho Comunitario.
Universidad Carlos III de Madrid.

Investigador del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional.
Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN

Este artículo trata de estudiar las reglas sobre la mayoría cualificada previstas en el Tratado de Lisboa analizando, en primer lugar, la distribución formal del poder decisorio entre los Estados miembros, en virtud de la ponderación del voto y de fijación del umbral de la mayoría cualificada (atendiendo a un doble criterio de población y mayoría de estados), así como de los requisitos naturales y artificiales de formación de la minoría de bloqueo. Se estudia, además, la periferia de las reglas sobre la mayoría cualificada, i.e.: la Decisión del Consejo inspirada en el 'Compromiso de Ioannina', que pertenece a las reglas de procedimiento interno del Consejo y los 'frenos de emergencia', un mecanismo procedimental introducido en algunos ámbitos sensibles sujetos a las reglas de la mayoría cualificada (PESC, cooperación judicial en materia penal, seguridad social), que implica el reenvío del proyecto discutido al Consejo Europeo. Por último, tratamos de evaluar la traducción de los efectos del marco formal de votación en el proceso decisorio del Consejo, descubriendo que prevalece un 'hábito informal de consenso'. En el contexto de esa 'cultura consensual' se trata de explicar el efecto que, *de facto*, pudo haber tenido el Compromiso de Luxem-

ABSTRACT

This paper aims to study the Treaty of Lisbon rules on Qualified Majority Voting, analyzing, first of all, the formal distribution of the decision power amongst the member states by means of weighting their vote and fixing the threshold of the majority (through a double criteria of population and a majority of states), as well as the natural and artificial requirements for the constitution of a blocking minority. Moreover, It studies the 'periphery' of the QMV rules, i.e.: the Council Decision 'Ioannina Compromise'-inspired, which belongs to the Council's internal procedural rules, and the 'emergency breaks', a procedural mechanism introduced in some sensitive fields subject to QMV rules (CFSP, judicial cooperation in criminal matters, social security issues), which implies a resending of the draft under discussion to the European Council. Finally, we assess the translation of the voting formal scheme effects into the Council decision-making process, finding a prevalent 'informal habit of consensus'. Within the context of this 'consensual culture' this paper tries to explain the effect which *de facto* could have had the Luxembourg Compromise in the majoritarian principle and the community decision-making process.

* En lo académico y en lo personal mi deuda con el profesor Ricardo ALONSO GARCÍA es impagable, e insuficiente, por tanto, cualquier agradecimiento que pueda expresar. Baste con hacer constar aquí, pues, que a él debo la elección del tema de este trabajo, el cual sólo me ha sido posible culminar gracias a su generoso magisterio y a su ejemplo constante de esfuerzo y dedicación. Por ello, y por todo, le dedico, con afecto y gratitud, las páginas que siguen.

burgo en el principio mayoritario y en el proceso decisorio comunitario.

Palabras clave: Tratado de Lisboa, mayoría cualificada, Compromiso de Ioannina, frenos de emergencia, consenso, Compromiso de Luxemburgo.

Key words: Treaty of Lisbon, QMV, Ioannina Compromise, emergency breaks, consensus, Luxembourg Compromise.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL EQUILIBRIO FORMAL DE PODER EN EL CONSEJO: LA PONDERACIÓN DEL VOTO DE SUS MIEMBROS, EL UMBRAL PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR MAYORÍA CUALIFICADA Y LOS REQUISITOS PARA LA FORMACIÓN DE UNA MINORÍA DE BLOQUEO
 - III. LA DECISIÓN «JOANNINA» DEL CONSEJO, PREVISTA EN LA DECLARACIÓN 7.ª AL ACTA FINAL DE LA CIG 2007
 - IV. LOS «FRENOS DE EMERGENCIA» (*EMERGENCY BREAKS*) A LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR MAYORÍA CUALIFICADA EN EL CONSEJO
 - V. EXCURSO: LOS HÁBITOS INFORMALES DE ADOPCIÓN DE DECISIONES EN EL CONSEJO: LA «COSTUMBRE DEL CONSENSO» Y LA DESMITIFICACIÓN DEL COMPROMISO DE LUXEMBURGO
 - VI. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

La caracterización del método comunitario como el *modus operandi sui generis* de un nuevo sistema ha destacado como un rasgo central del contexto supranacional decisorio comunitario el poder del que goza su órgano legislativo preeminente, i.e. el Consejo de ministros, para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes por mayoría¹, de forma que puedan los Estados miembros que lo integran quedar obligados contra su voluntad (es más, implicando incluso la posibilidad de que miembros de la organización con intereses vitales sean dejados en minoría en un asunto particular por miembros que no tienen interés alguno), y en virtud de una regla establecida por los Tratados que atribuye un poder ponderado de voto a cada uno de ellos².

Desde la redacción originaria de los Tratados fundacionales y hasta la reforma de Niza, la definición de la mayoría cualificada se había traducido, exclusivamente, en la exigencia de una mayoría reforzada de votos ponderados. La ponderación del voto de cada miembro del Consejo de ministros de la UE, contrariamente a lo que ha ocurrido con otras organizaciones internacionales de corte clásico³, fue reflejo de un «equilibrio político fun-

¹ Así, p. ej., R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 1.^a, 2007, pp. 16 y 17, K. LENAERTS, y P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Londres: Sweet and Maxwell, 2.^a, 2005, pp. 11 y ss.; H. G. SCHERMERS y N. M. BLOKKER, *International Institutional Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 4.^a, 2003, pp. 46-48. No obstante, P. HAY considera el principio mayoritario como un rasgo puramente cuantitativo (cf. *Federalism and supranational organizations*, Urbana/Londres: University of Illinois Press, 1966, p. 36). Hacemos nuestra, por otra parte, la sugestiva distinción de WEILER entre dos facetas de la supranacionalidad: la «normativa», concerniente a las relaciones que existen entre las políticas y los actos jurídicos de la Comunidad de una parte, y las políticas y los actos de los Estados miembros de otra; y la supranacional «decisoria», relativa al marco institucional y a los procesos de adopción de decisiones a través de los cuales las políticas y medidas de la Comunidad son, en primer término, iniciadas, debatidas y formuladas, posteriormente promulgadas y, finalmente, ejecutadas. Cf. J.H.H. WEILER, «The Community System: the Dual Character of Supranationalism», en *Yearbook of European Law – 1981*, Oxford University Press, 1982, págs. 267-306, desarrollado posteriormente más extensamente en *Il sistema comunitario europeo: struttura giuridica e processo politico*, Bolonia: Il Mulino, 1985.

² Frente al derecho a impedir individualmente la adopción de una decisión votando en contra (derecho de veto) y a la facultad de introducir reservas, quedando desvinculados de su posible naturaleza vinculante, con que cuentan los miembros de las organizaciones internacionales de corte clásico y a la igualdad del poder de voto entre ellos (manifestación de la igualdad soberana de los Estados, principio fundamental del orden jurídico internacional). Cf. sobre ello J. KOKOTT, voz «States, Sovereign equality», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2008–, §§20-23.

³ Que han traducido estrictamente en poder de voto criterios objetivos tales como las contribuciones financieras a la organización, la relevancia en la estructura económica

cional»⁴. Esto es, un sistema que no pretende tanto reflejar la realidad (demográfica, económica, productiva...) de los Estados miembros, como ser el resultado de un compromiso previo sobre qué miembros del Consejo son necesarios para formar una mayoría suficiente para adoptar una decisión y, fundamentalmente, qué Estados deben concurrir para constituir una minoría de bloqueo que impida la adopción del acto. La concreción de ese equilibrio resultó en atribuir el mismo peso al voto de los Estados más grandes y en sobrerrepresentar a los Estados más pequeños («proporcionalidad digresiva» o decreciente).

Las ampliaciones de 1973, 1981, 1986 y 1995 dejaron inalterada la regla mayoritaria, limitándose las sucesivas reformas a una extrapolación del sistema asignando a cada uno de los nuevos miembros un número de votos de acuerdo con los mismos principios empleados por los Tratados originarios. No obstante, el equilibrio político inicial comenzaba a resquebrajarse por distintos motivos: 1) el equilibrio entre Estados grandes y pequeños vencía a favor de estos últimos por la incorporación a la Unión de un número cada vez mayor de Estados poco poblados, dando lugar a una progresiva pérdida de poder de voto de los primeros; 2) como consecuencia de lo anterior, la cada vez más débil relación entre la proporción de votos exigidos para formar la mayoría cualificada y la representación en ella de una mayoría de la población de los Estados miembros; 3) la puesta en cuestión de la distribución misma del número de votos que definía la ponderación, y que asignaba igual peso a belgas y holandeses (contando Países Bajos con cinco millones más de habitantes que Bélgica) y que, especialmente, equiparaba a los cuatro Estados más poblados (a pesar de que Alemania contaba, desde la reunificación, con veinticinco millones de habitantes más que cada uno de los demás Estados grandes); 4) un problema particular afectaba a España, que si en 1986 había renunciado a tener el mismo poder de voto que los otros miembros más poblados a cambio de contar con un comisario más, ahora que se había decidido limitar el número de comisarios a uno por Estado reclamaba como compensación su equiparación en número de votos ponderados a los Estados más grandes.

El Tratado de Amsterdam fracasó al afrontar los problemas que planteaba la necesaria adaptación de las instituciones con vistas a la ampliación al este, particularmente en la reducción del número de Comisarios y en el cambio de la regla de la mayoría cualificada. El texto aprobado se limitó a remitir la revisión global de las instituciones de los tratados sobre su composición y funcionamiento a una CIG, que habría de convocarse al menos un año antes de que el número de Estados miembros de la UE excediera de 20

estatal del sector productivo objeto de la integración, el interés (cifrado objetivamente) que cada Estado puede tener en las políticas del sistema de la organización (p. ej. su condición de exportador o importador)... cf. E. McINTYRE, «Weighted voting in International Organizations», *International Organization*, 8(1954), págs. 484-497.

⁴ P. ej., J. P. JACQUÉ «Le Conseil», en VV.AA., *Commentaire J. Megret – Le droit de la CE et de l'Union Européenne*, vol. 9, Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 10.^a ed, 2000, págs. 129-190 [p. 174].

(Protocolo n.º 11), señalándose igualmente la necesidad de que, «antes de la primera ampliación, se encontrara una solución al caso especial de España» (Declaración n.º 50).

Será la reforma del Tratado de Niza la que afronte las cuestiones institucionales que habían quedado pendientes. En lo concerniente a la mayoría cualificada, abandona su definición basada pura y simplemente en la regla de una mayoría de votos ponderados, e introduce un triple criterio, vigente desde el 1.11.2004, consistente en exigir la concurrencia simultánea, para que un acto pueda ser adoptado por el Consejo, de una mayoría cualificada de votos ponderados (procediéndose a una nueva distribución del peso ponderado de cada Estado miembro que favorecía a los Estados más grandes, y a Polonia y España), una mayoría simple de Estados miembros (garantizando que un sistema pretendidamente más proporcional en relación con el criterio de población no condujera en la UE de 27 Estados a que pudiera adoptarse una decisión en contra de una mayoría numérica de Estados) y, si se exige su verificación, un 62% de la población total de la UE. El resultado final ha sido una regla difícil de comprender en sí misma, dotada de una complejidad un tanto artificial orientada a solucionar problemas relacionados con intereses individuales de algunos Estados miembros, y que introduce un alto grado de ineficacia (formal) en el proceso decisorio.

Dadas las ventajas que muchos de los miembros del Consejo obtuvieron con la definición de la mayoría cualificada y la distribución de votos ponderados en el Tratado de Niza, llama la atención que se abordara con éxito un cambio tan radical de la regla de votación en el Tratado Constitucional y que la nueva regulación fuera trasladada literalmente, sin mayores problemas, al Tratado de Lisboa. Pero efectivamente así ha sido. La regulación de la mayoría cualificada en el nuevo Tratado, calificada, con toda razón, de «prodigio de oscuridad»⁵, aparece diseminada en tres lugares diferentes: el Art. 16 (3), (4) y (5) del Tratado de la Unión Europea (desde ahora TUE), el Art. 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (desde ahora TFUE) y el Art. 3 del Protocolo n.º 36 sobre las Disposiciones Transitorias. A ello se añade una norma particular, inspirada en el llamado «Compromiso de Ioannina» y afectante más al desarrollo interno de los trabajos en el Consejo que propiamente a la formación de la mayoría cualificada, contenida en un proyecto de Decisión incorporado a la Declaración n.º 7, a la que acompaña un Protocolo, el n.º 9, que establece exigencias adicionales para su reforma. Asimismo, la entrada en vigor de la regulación de la mayoría cualificada se somete, de una parte, a una *vacatio legis*: sólo entrarán en vigor el 1.11.2014, siendo hasta entonces de aplicación las previsiones del Tratado de Niza, en los términos definidos por las Actas de adhesión de 2003 y 2005 de otra, a un *período de transición* al nuevo sistema (imposición del gobierno polaco en la CIG 2007), entre el 1.11.2014 y el 31.3.2017,

⁵ R. ALONSO GARCÍA, «Estudio preliminar», en *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2008, pág. 54 (n. 62).

durante el cual «cuando un acuerdo deba adoptarse por mayoría cualificada, cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que el acuerdo se adopte por la mayoría cualificada» definida en el Tratado de Niza (y reproducido en sus mismos términos en el Art. 3 del Prot. n.º 36 sobre las disposiciones transitorias).

Estudiamos en la Sección 2.ª el núcleo de la regulación formal de la mayoría cualificada en los textos constitucionales, que comprende la compleja problemática de la ponderación apriorística del voto de cada país, y con ello de su poder de voto relativo y de su poder de bloqueo, y de la fijación del umbral que determina la concurrencia de la mayoría. En las dos siguientes partes abordamos la periferia de la disciplina sobre la mayoría cualificada, integrada por instrumentos que pueden afectar a la puesta en práctica de sus reglas, analizando en la Sección 3.ª el mecanismo que, con origen en el Compromiso de Ioannina, introducirá el Tratado de Lisboa, al que tradicionalmente se ha atribuido, creemos que erróneamente, una pretendida incidencia en la constitución formal de la minoría de bloqueo; exploramos también la naturaleza jurídica del instrumento normativo en que se incorpora (una Decisión *sui generis* del Consejo). En la Sección 4.ª examinamos los instrumentos que, previstos en los Tratados, han pretendido, de una parte, dulcificar el abandono formal de la unanimidad en favor de la mayoría cualificada y, de otras, proporcionar elementos de flexibilización en relación con la aplicación del método comunitario en las materias afectadas por el cambio. En la Sección 5.ª abandonamos las reglas codificadas y tratamos de analizar (siquiera indiciariamente) la superestructura sociológica y política que subyace en todo cuerpo legislativo, y por tanto también en el Consejo, para determinar en qué medida ésta relativiza la importancia de aquellas dando nacimiento a la realidad del consenso; en su contexto, evaluamos la concepción que tradicionalmente se ha tenido del Compromiso de Luxemburgo. En la Sección 6.ª y última, dedicada a las conclusiones, tratamos de exponer el impacto que tienen las reglas formales que disciplinan la mayoría cualificada en el proceso de adopción de decisiones por el Consejo que, ya adelantamos, podrá hacerse más desde la intuición que desde la certeza científica.

II. EL EQUILIBRIO FORMAL DE PODER EN EL CONSEJO: LA PONDERACIÓN DEL VOTO DE SUS MIEMBROS, EL UMBRAL PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR MAYORÍA CUALIFICADA Y LOS REQUISITOS PARA LA FORMACIÓN DE UNA MINORÍA DE BLOQUEO

El *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*⁶ incorporó, no

⁶ Cf. Art. I-25. Con anterioridad, la Comisión había propuesto, sin éxito, un sistema de doble mayoría simple (de Estados y de población) en la CIG de Niza de 2000, idéntico al previsto por el Proyecto de Constitución de la Unión Europea anexo a la Resolución del Parlamento Europeo de 10.2.1994 (Art. 20).

sin serias dificultades⁷ cuya solución deformaría la sencilla propuesta inicial de la Convención⁸, un nuevo sistema para definir la mayoría cualificada en el Consejo, que resultaba en la exigencia de una doble mayoría de Estados y de población, y que supuso, como se ha dicho, un cambio radical respecto de la concepción de los «padres fundadores» de las comunidades. Inicialmente la presidencia alemana en la CIG de junio de 2007 pretendió dejar al margen del debate la regla de la mayoría cualificada acordada en el Tratado constitucional. No obstante, Polonia amenazó con vetar la reforma si no se volvía a someter a discusión el sistema. Descartada la regla alternativa propuesta por la delegación polaca⁹, se acordaron no obstante algunas concesiones que han resultado en un sistema de una absurda complejidad técnica.

⁷ Cf. D. R. CAMERON, «The stalemate in the Constitutional IGC over the definition of a qualified majority», *European Union Politics*, 5(2004), págs. 373-391. Para un análisis más técnico de la posición española en contra del nuevo sistema, cf. J. I. TORREBLANCA, «Votar y vetar en la Unión: una interpretación de la posición española en la CIG 2003», *ARI – Real Instituto El Cano*, n.º 121/2003.

⁸ Que se limitaba a exigir una mayoría (simple, i.e. 50%) de Estados y una mayoría (del 60 por 100, i. e. 3/5) de la población (cf. Art. I-24 (1) del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa). La CIG 2004 complicó severamente esta simple fórmula: el umbral de la mayoría quedó fijado finalmente en el 65% de la población y 55% de Estados, fruto del acuerdo entre las exigencias, por una parte, de Polonia y España, de que se elevara el umbral y de otra, de un número mayoritario de delegaciones que querían que el diferencial entre ambos umbrales no aumentara respecto del que se proponía en el texto de la Convención y descartando otras opciones, como la que pretendía la paridad entre los umbrales aplicables a la población y a los Estados miembros (cf. CIG 77/04, PRESID 19, Bruselas, 19.5.2004); también en el último momento se adicionó la exigencia de que el 55% de Estados comprendiera un mínimo de 15 miembros del Consejo (lo que de hecho elevaba de 55 a 60% la exigencia del número de Estados miembros que deben votar a favor) y de que la minoría de bloqueo estuviera formada como mínimo por 4 Estados. Cf. para los textos del proyecto de la Convención y del Tratado en R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Thomson-Civitas, 2005.

⁹ Conocida la propuesta polaca como el «Compromiso Jagielloniano», porque estaba basada en los trabajos realizados por un físico (Wojciech SŁOMCZYŃSKI) y una matemática (Karol ZYCZKOESKI) de la *Uniwersytet Jagielloński* de Cracovia, consistía en atribuir a cada Estado una ponderación proporcional a la raíz cuadrada de su población (*Penrose square-root formula*) fijando luego la cuota óptima (que los autores citados cifran en 61,6% para UE-27, aunque consideran que debería quedar sin especificar en el texto del Tratado para permitir una fácil adaptación) para producir el sistema más transparente posible, un sistema en el que el poder de voto (*voting power*) de cada país sea aproximadamente igual a la ponderación de su voto (*voting weight*).

Este sistema ha sido propuesto para el Consejo de Ministros en numerosísimas ocasiones por la doctrina especializada desde 1996, pero sólo Suecia, en la CIG de 2000 había planteado la posibilidad de adoptar una solución basada en sus principios. Antes de la cumbre europea en junio de 2004, más de cuarenta especialistas de diez países de la Unión dirigieron una carta abierta a las instituciones comunitarias y a los gobiernos de los Estados miembros, apoyando la adopción de una ponderación basada en la raíz cuadrada (puede leerse, en inglés, en <http://www.wahlrecht.de/news/2004/12-openletter.pdf>). Sus virtudes, se ha señalado, son: su sencillez, pues la mayoría cualificada la determina una única regla; su objetividad, sin aleatorias adjudicaciones de votos ponderados ni fijación de umbrales; su representatividad, pues todos los ciudadanos de cada Estado miembro tienen el mismo poder de voto potencial; su transparencia y fácil adaptabi-

Se prevé, en primer término, un *marco ordinario*, integrado por una regla de alcance general y por una regla residual:

a) Una *regla de alcance general* prevista en el Art. 16 TUE, esto es, dentro de la parte que contiene los fundamentos jurídico-constitucionales de la Unión, que luego implementa el TFUE, conforme a la cual la mayoría cualificada se define como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos, criterio que tiende a favorecer a los Estados más grandes, y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión¹⁰, criterio que, al contrario, favorece a los más pequeños (al reconocer igual poder a todos los votantes) imponiendo adicionalmente que la minoría de bloqueo, para impedir la adopción de una decisión, deba incorporar «al menos cuatro miembros del Consejo».

En primer lugar, debemos destacar que la exigencia adicional de quince Estados miembros a la regla que impone el voto positivo del 55% de los miembros del Consejo para alcanzar la mayoría cualificada, que tenía sentido en una Unión de 25 Estados¹¹, es superflua tras la adhesión de Bulgaria

lidad; y, en fin, el equilibrio entre su eficiencia (que no decrece conforme aumenta el número de Estados) y la estabilidad del sistema. Cf. W. SOMCZYNSKI y K. ZYCZKOESKI, «Jagielonian Compromise: an alternative voting system for the Council of the European Union», *mimeo*, 2007; K. ZYCZKOESKI y W. SOMCZYNSKI, «Voting in the European Union: the squareroot system of Penrose and a critical point», Preprint, Mayo 2004; y M. MACHOVER, «Penrose's square-root rule and the EU Council of Ministers: significance of the quota», *LSE Research Online – Paper*, 2007.

¹⁰ Las cifras oficiales de población, a los efectos de calcular la regla que rige la exigencia de alcanzar el 62% de la población en el actual sistema (Niza), las proporciona una Decisión del Consejo (Cf. la ahora vigente Decisión de 8.12.2008 –2008/945/CE, Euratom–) que anualmente actualiza el Anexo III del Reglamento interno del Consejo (aprobado por Decisión del Consejo de 15.9.2006, –2006/683/CE, Euratom–) en cumplimiento del Art. 2(2) del mencionado Anexo, en relación con el Art. 11(5) del Reglamento. Estas cifras se basan en los datos de población que los Estados miembros están obligados a comunicar todos los años antes del 1 de septiembre a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Art. 2[1] Anexo III). Sin embargo, no existe ninguna especificación acerca de cómo deben formarse los censos que los Estados miembros han de facilitar, y que sería precisa para resolver cuestiones (no menores en importancia dada la preeminencia que en la regla decisoria de la mayoría cualificada posee el criterio poblacional) como si deben contabilizarse sólo nacionales, o nacionales y residentes procedentes de otros Estados miembros, o la forma en que deben ser tenidos en cuenta los inmigrantes (regulares e irregulares) de terceros países. Sobre estas cuestiones ya tuvo lugar una importante discusión entre Alemania y Polonia en la CIG de Junio de 2007 (sobre ello cf. «Qualified majority voting in the Council: explaining and assessing the new rule(s)», en S. KURPAS, B. CRUM, P. de SCHOUTHEETE, J. KELLER, F. DEHOUSSE, S. ANDOURA, A. MISSIROLI, S. HAGEMANN, H. BRIBOSIA, *The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations*, Joint Study CEPS, EGMONT y EPC, 2007, págs. 64 y 65). Las cifras que se ofrecen en este trabajo corresponden a las contenidas en la Decisión de 8.12.2008 citada.

¹¹ Ya en el momento de incorporarse al texto del Tratado constitucional, era evidente que la regla no tendría aplicación nunca pues, prevista ya la adhesión de Bulgaria y Rumanía para 2007, la UE en todo caso contaría con 27 Estados miembros en noviembre de 2009, cuando estaba previsto que entrara en vigor la nueva regulación.

y Rumanía, pues siempre y en todo caso el 55% de 27 Estados comprenderá a quince de ellos¹².

El poder de bloqueo de todos los Estados ha disminuido, en tanto en cuanto el umbral de la mayoría también lo ha hecho, pero igualmente por la misma razón la distribución del poder de bloqueo entre grandes y pequeños/medianos Estados ha cambiado a favor de los primeros, con el consiguiente temor de algunos países de que un directorio franco-alemán gobierne sin paliativo alguno la UE ampliada¹³. Esa es la razón de ser de la exigencia adicional (a instancia de España y Polonia en la CIG de 2004) de que la minoría de bloqueo se integre necesariamente por al menos cuatro Estados miembros, que si bien debe ser considerada prácticamente superflua desde el punto de vista estadístico¹⁴ posee cierta simbología política, ya que viene a impedir que una coalición de tres de los cuatro Estados con más población (Alemania, Francia, Reino Unido e Italia), que naturalmente superan con holgura el umbral de la minoría de bloqueo del 35%¹⁵, puedan bloquear la adopción de una decisión.

b) Una *regla residual*, y de alcance más limitado, a la que el propio art. 16 (4) pfo. 3.º se refiere cuando remite a lo dispuesto en el art. 238(2) TFUE

¹² 55% de 27 = 14,85, teniendo en cuenta que no es posible dividir el peso del voto ponderado (por lo que tampoco puede ser considerado una norma de redondeo, en contra de lo que parece entender Linde Paniagua) 14 Estados no alcanzarán el 55% exigido, umbral que sólo se supera con 15 Estados. Cf. R. ALONSO GARCÍA, «Estudio preliminar», op. cit.; R. BALDWIN, M. WIDGRÉN, «Council voting in the Constitutional Treaty: devil in the details», *CEPS Policy Briefs* n.º 53, 2004, págs. 2 y 3; M. WESTLAKE y D. GALLOWAY, *The Council of the European Union*, Hart Publishing, 3.ª, 2004, p. 255; y E. LINDE PANIAGUA, «El Consejo de Ministros de la Unión Europea», en E. ÁLVAREZ CONDE, V. GARRIDO MAYOL (dirs.) *Comentarios a la Constitución europea. Libro I, La Unión Europea, El derecho de la Unión, Competencias de la Unión, Las instituciones*, Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana/Tirant lo Blanch, 2004, págs. 851-891 [p. 875].

¹³ Los recelos habían aumentado como consecuencia de la negativa de dos de los tres grandes Estados (Alemania y Francia) a cumplir con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (cuando esos mismos países habían insistido previamente en que Irlanda y Portugal debían hacerlo sin demora) y la suspensión del procedimiento por déficit excesivo que contra ellos se debía haber iniciado.

¹⁴ Actualmente sólo pueden formarse 10 posibles coaliciones de tres miembros que superen el 35% de la población, a saber: Alemania, Francia, Italia – Alemania, Francia, España – Alemania, Francia, Polonia – Alemania, RU, Italia – Alemania, RU, España – Alemania, RU, Polonia – Alemania, Italia, España – Alemania, Italia, Polonia – Alemania, RU, Italia – Francia, RU e Italia. Desde 2025, podría poder formarse una undécima coalición: Francia, RU y España. Cf. D. FELSENTHAL y M. MACHOVER, «The QM rule in the Nice and EU reform treaties: future projections». *LSE Research Online – Project Report*, 2007, trabajo que se acompaña de un completo apéndice con las proyecciones de poder absoluto y relativo de voto, así como del índice Coleman (para medir la efectividad del sistema) y de la cuota para la UE hasta 2050 (se puede consultar en <http://eprints.lse.ac.uk/2793/>).

¹⁵ La población total de los tres Estados con más población (Alemania: 82.217.800 hab.; Francia: 63.753.000; y Reino Unido: 61.224.100), 207.195.000 hab., sobre una población total de la UE de 497.493.100 hab., constituye más de un 41,5 por 100.

«las demás modalidades reguladoras del voto por mayoría cualificada», se prevé *cuando el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión*¹⁶ o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad¹⁷. En este caso, se refuerzan las exigencias para formar la mayoría cualificada: 72% de los miembros del Consejo (i.e., 20 Estados como mínimo), que representen el 65% de la población (i.e., 323.370.520 h.).

Pero el texto del tratado prevé también un marco especial *cuando, en aplicación de los Tratados, no todos los Estados miembros participen en la votación*¹⁸. Es una adaptación de la regla general (que no sería necesaria, dicho sea de paso, de definirse ésta en términos estrictamente porcentuales) para garantizar su funcionalidad ante la presencia de un número variable (e impredecible *a priori*) de votantes, lo que lleva a que si bien los umbrales de Estados miembros y de población, contemplados en términos porcentuales en la regla general del art. 16(4) y en la subsidiaria del art. 238(2), permanezcan invariables, desaparezca sin embargo toda exigencia traducida en valores absolutos: de una parte, desaparece la imposición de que la mayoría cualificada la integren 15 Estados miembros (operando con la lógica de una UE-25 pero que, como hemos dicho antes, ahora en todo caso es un requisito superfluo); de otra, se reformula la exigencia de que concurra un número

¹⁶ La inclusión de la exigencia de una mayoría cualificada reforzada cuando el Consejo no actúe previa propuesta de la Comisión en la redacción originaria de los Tratados constitutivos fue una imposición de los Países Bajos, con el propósito de impedir que los entonces tres grandes Estados pudieran adoptar decisiones que lesionaran el interés comunitario, en ausencia de la salvaguarda de ese interés que constituye la propuesta de la Comisión. Sobre la negativa inicial de los Países Bajos a aceptar la regla de la mayoría cualificada mediante voto ponderado. Cf. M. DE L'ÉCOTAIS, «La pondération des voix au Conseil de Ministres de la Communauté Européenne – Première partie. L'établissement de la pondération: les pincipes de 1956», *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 398, 1996, págs. 388-393.

¹⁷ Cf. Arts. 18, 22(2), 24(1) y 27(1) TUE. Recuérdese que el Tratado de Lisboa le atribuye la condición de vicepresidente de la Comisión además de atribuirle la presidencia del Consejo de Asuntos Exteriores; en particular, detenta el poder de iniciativa legislativa y el poder de ejecutar las decisiones en el ámbito de la PESC.

¹⁸ Cf. Art. 238(3) TFUE. Los supuestos en que debe aplicarse este marco especial pueden sintetizarse de la siguiente forma: *i*) las cooperaciones reforzadas que puedan establecerse entre un número determinado de Estados miembro (Arts. 326 y ss., especialmente Art. 330, pf. 3.º), *ii*) la adopción de decisiones en ámbitos en los que se haya excluido la participación de algunos Estados miembros (caso de los *opt-out* de RU e Irlanda –con posibilidad de participar– y de Dinamarca Cf. Prot. n.º 21 sobre la posición del RU e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, Prot. n.º 22 sobre la posición de Dinamarca), *iii*) en la hipótesis de que un Estado miembro decida retirarse de la Unión (Art. 50(4) TUE), supuesto en que la vigencia de esta regla para determinar la mayoría deviene indefinida, *iv*) la adopción de diversas decisiones concernientes a la política económica y monetaria (entre ellas, las más significativas, las que se refieren a la adopción de medidas relativas a los Estados miembros cuya moneda es el euro: cf. Arts. 126 y ss.), y *v*) en el caso de que se haya acordado la suspensión de derechos derivados de la pertenencia a la Unión de un Estado miembro, incluidos «los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo» (Arts. 7 TUE y 354 TFUE).

mínimo de Estados miembros para la formación de la minoría de bloqueo en los siguientes términos: se exigirá el número mínimo de Estados que participen necesarios para constituir una minoría de bloqueo (i.e., alcanzar el 35% de la población total de todos los Estados participantes), más uno¹⁹, fijándose así un valor absoluto determinado *ad hoc* en atención al número de Estados participantes.

La nueva regla de la mayoría cualificada establecida por el Tratado de Lisboa, si comparada con el sistema establecido en el Tratado de Niza²⁰, refleja más claramente la doble naturaleza de la representatividad en una integración, como la europea, de Estados y ciudadanos²¹; opera, además, una distri-

¹⁹ Pongamos un ejemplo: imaginemos la votación en el Consejo de la Unión Europea de una propuesta de Directiva de la Comisión, efectuada en el marco de una cooperación reforzada, autorizada conforme al Art. 329 TFUE y establecida entre 10 Estados (cumplido, por tanto, el requisito del Art. 20.2 TUE) Portugal (10.617.600 h.), España (45.283.300 h.), Italia (59.619.300 h.), Grecia (11.213.800 h.), Estonia (1.340.900 h.), Letonia (2.270.900 h.), Lituania (3.366.400 h.), Polonia (38.115.600 h.), Finlandia (5.300.500 h.) y República Checa (10.381.100 h.). Tratándose de la adopción de un acto a propuesta de la Comisión, debe leerse el Art. 238(2) letra *b* a la luz del Art. 16(4) TUE; de esta forma será necesario para alcanzar la mayoría que voten a favor: el 55% de los Estados que participen (6 Estados), que representen el 65% de la población total de los Estados que participen (121.881.110 h. de un total de 187.509.400 h.). Hasta aquí, la regla general del marco común para definir la mayoría cualificada no precisa adaptación alguna, al estar expresada en proporciones porcentuales.

Las dificultades aritméticas comienzan cuando se trata de determinar el número de Estados miembros que son necesarios, además del volumen de población por defecto (35% o lo que es igual, 65.628.290 h.) para bloquear la adopción del acto; ya no es válida la traslación del valor absoluto previsto en la regla general (que exige la concurrencia de 4 Estados miembros) lo que exige formular una regla flexible y adaptable cualquiera que sea el número de Estados que participen en la adopción de la decisión. El número mínimo de Estados miembros que tienen que integrar una minoría de bloqueo se calcula determinando qué número de Estados de los que participan son necesarios para alcanzar el 35% de la población total (de los Estados participantes) sumándole la unidad al resultado final. En nuestro ejemplo, siempre es necesario que concurren como mínimo 2 Estados para alcanzar el 35% de la población total (que es, como hemos dicho, 65.628.290 h., lo que significa que nunca un solo Estado podrá alcanzar ese umbral, siendo siempre necesaria la concurrencia de 2 Estados), luego el número de Estados que deberá siempre integrar la minoría de bloqueo será 3 (2+1). Supongamos que en nuestro ejemplo, suprimimos a Italia e incorporamos a Alemania (82.217.800 h.), en el lugar de España, siendo la población total de los Estados participantes resultante de 164.824.600 h. El 35% de esa cifra a los efectos de calcular el número de Estados necesarios para bloquear una decisión es de 57.688.610 h; en este caso «el número mínimo de miembros del Consejo que represente más del 35% de la población total de los Estados miembros participantes», es de 1 (Alemania, por sí sola lo supera), por lo que el número de Estados necesarios para constituir una minoría de bloqueo será de 2 (1+1).

²⁰ Cf. no obstante, una defensa del sistema de Niza en comparación con el del Tratado de Lisboa en A. MOBERG, «¿Es realmente doble la mayoría? La segunda ronda del debate sobre el sistema de votación en el Tratado Constitucional de la UE», *ARI – Real Instituto El Cano*, nº 38/2008.

²¹ En contra A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Iustel, 2005, que califica la propuesta de la Convención (mayoría cualificada 50% Estados 60% población) de «anti-democrática» [pp. 111 a 116]. La misma autora considera que si se adoptara un nuevo

bución más objetiva entre los miembros del Consejo aunque no puede considerarse, ni mucho menos, equitativa en términos de igualar el poder indirecto de los ciudadanos (i.e. se continúa sobrerrepresentando a los Estados de menor población)²². La nueva regla favorece a los cuatro Estados más grandes –Alemania a la cabeza– y los siete más pequeños –principalmente Eslovenia, Estonia, Chipre, Luxemburgo y Malta–²³, siendo España y Polonia los Estados que en mayor medida ven reducido su poder relativo²⁴. Es, en todo caso, una regulación más estable²⁵ y más eficaz²⁶ que la que está llamada a sustituir, aunque no puede decirse que sea un sistema más fácil de comprender y transparente (debemos dar las gracias por ello a las CIG de 2004 y 2007).

El Tratado de Lisboa, por lo demás y como las reformas anteriores²⁷, amplía los ámbitos en que el Consejo actúa por mayoría cualificada (principal-

Tratado según el modelo tradicional «no rescataría, pues no encajaría en la vieja y sólida nave del Tratado de la Comunidad Europea, el nuevo sistema de votaciones basado en la doble mayoría de Estados (55%) y de población (65%)» (cf. sobre esto último A. MANGAS MARTÍN, «El rescate del Tratado Constitucional: ¿qué y cómo se puede salvar?», *ARI – Real Instituto El Cano*, nº 17/2007, p. 4).

²² También en este sentido S. VAN DEN BOGAERT, «Qualified majority voting in the Council: first reflections on the new rules», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15(2008), 97-108.

²³ Cf. B. FELDERER, I. PETERSON y P. SILARSKY, «The double majority implies a massive transfer of power to the large member states – in this intended?», *Working Paper – Institute for Advanced Studies*, Junio 2003.

²⁴ E. ALGABA, J. M. BILBAO y J. R. FERNÁNDEZ, «The distribution of power in the European Constitution», *European Journal of Operational Research*, 176(2007), págs. 1752-1766.

²⁵ Establece, como señalan D. FELSENTHAL y M. MACHOVER, «Analysis of QM rules in the draft constitution for Europe proposed by the European Convention, 2003», *Social Choice and Welfare*, 23(2004), págs. 1-20, no una regla completa en sí misma para la definición de la mayoría cualificada, sino un marco técnico para poder concretarla cualquiera que sea en el futuro el número de miembros del Consejo. No obstante, no puede descartarse que si en los próximos años se incorpora Turquía a la UE (con una población en 2008 de 71,5 millones y una tasa del crecimiento del 13.1%, fte: TÜİK, *Türkiye İstatistik Yıllığı, 2008 – TurkStat, Turkey's Statistical Yearbook, 2008*) no vaya a volverse a un criterio como el ahora vigente, en el que entre en juego una ponderación resultante del compromiso político.

²⁶ Consecuencia de la rebaja del umbral de adopción al 65% (y la coherente disminución del poder de bloqueo de todos los Estados) que en con Niza había alcanzado la cuota más alta en la historia de la integración (73.9%) y medida la eficacia como la probabilidad *a priori* de que se apruebe una decisión, la regla de la mayoría cualificada del Tratado de Lisboa es mucho más eficiente que la regla de Niza: con Niza, una propuesta de la Comisión tiene 49 contra 1 probabilidades de ser aprobada, con el Lisboa la misma decisión tendría 27 contra 4 de serlo; lo que sitúa el sistema en términos de eficacia, a la altura de la UE de 9 y 10 Estados. Cf. D. FELSENTHAL y M. MACHOVER, «Analysis of QM rule adopted by the Council of the European Union, Brussels, 23 June 2007», *London School of Economics – Discussion Paper*, 2007, p. 8.

²⁷ Cf. para una descripción detallada de las materias que, en cada reforma, han pasado a decidirse por mayoría cualificada *The Extension of Qualified Majority Voting from the Treaty of Rome to the European Constitution*, House of Commons Research Paper 04/54, de 7.7.2004.

mente como resultado de la generalización del procedimiento legislativo de codecisión), en detrimento de la unanimidad, que queda reducida a cuestiones de relevancia constitucional y a determinados ámbitos irreductibles que los Estados miembros han considerado vitales para los intereses nacionales²⁸. Asimismo, además de hacer de la mayoría cualificada la regla de votación «salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa», dicciona una importante novedad: la desconstitucionalización, en cierto modo, de las exigencias concernientes a las mayorías necesarias para la adopción de decisiones mediante la previsión de unas llamadas «clausulas pasarela», por las que el Consejo Europeo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y siempre que ningún Parlamento nacional exprese su oposición²⁹, puede autorizar al Consejo a adoptar decisiones por mayoría cualificada en ámbitos o supuestos en que el Tratado exige la unanimidad³⁰ (excluidas las decisiones sobre recursos propios de la Unión, la que fije el marco financiero plurianual, y las que constituyan ejercicio de poderes implícitos³¹). Se contempla, por tanto, un *pactum de contrahendo* que permitirá flexibilizar en

²⁸ El caso del Reino Unido puede servir de ejemplo: en el Informe que, con el título *Constitutional Treaty for the EU. The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference 2003* fue presentado al Parlamento por el *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* en Septiembre de 2003, afirmaba el Gobierno que insistiría en que se mantuviera la *unanimidad*.

«en áreas de un interés nacional vital como tributos, seguridad social, defensa y áreas clave del Derecho procesal penal y del sistema de recursos propios (el incipiente mecanismo recaudatorio de la UE). La unanimidad debe seguir siendo la regla general para la PESC, como propone el texto final de la Convención» [pto. 66].

²⁹ El derecho de veto que la unanimidad comporta (y que el Compromiso de Luxemburgo supuestamente reconocía en ámbitos sujetos a la exigencia de mayoría cualificada, si un interés nacional especialmente importante estaba en juego) se ha considerado la mayor salvaguarda contra la pérdida de la capacidad de influencia de los Parlamentos nacionales sobre el proceso legislativo comunitario (en el que el ejecutivo nacional, mediante el acuerdo con otros gobiernos ejerce el poder legislativo, «i.e. asume la función constitucional y el poder del Parlamento»), como consecuencia de la imposibilidad de ejercer otro control sobre la legislación europea que el que puede llevar a cabo indirectamente (mediante la exigencia de responsabilidad política) sobre la participación y el voto emitido por los ministros nacionales en el proceso de adopción del acto en el seno del Consejo de la Unión. Cf. *Second Report from the Select Committee on European Secondary Legislation*, House of Commons, 463-I, 1972-73, cuyo texto es citado por A. STEVENS, «Problems of Parliamentary Control of European Community Policy», *Millennium – Journal of International Studies*, (5)1976, págs. 269-281 y los debates que tuvieron lugar en el *Committee on the European Communities* de la *House of Lords* con motivo de la reforma del AUE, sobre ellos cf. A. CAMPBELL, «The Single European Act and the implications», *International and Comparative Law Quarterly*, 35(1986), págs. 932-939. Se refiere a esta cuestión también John A. USHER, *EC institutions and legislation*, Londres/Nueva York: Longman, 1998, pp. 28 y 29.

³⁰ Cf. Art. 48(7) TUE, que prevé igualmente la posibilidad de que, con iguales requisitos, el Consejo Europeo pueda autorizar que se aplique el procedimiento legislativo ordinario (codecisión entre el Consejo y el Parlamento) en supuestos en que el Tratado exige que el Consejo adopte un acto conforme a un «procedimiento legislativo especial».

³¹ Cf. Art. 353 TFUE.

el futuro el proceso decisorio y que constituye, en verdad, un procedimiento simplificado e informal de revisión de los Tratados³².

III. LA DECISIÓN «IOANNINA» DEL CONSEJO, PREVISTA EN LA DECLARACIÓN 7.ª AL ACTA FINAL DE LA CIG 2007

Por si la complejidad fuera poca, tanto el proyecto de Tratado Constitucional como el Tratado de Lisboa, por insistencia de la delegación polaca en ambos casos, rescatan la fórmula jurídica peculiar del Compromiso de Ioannina, esta vez incorporando expresamente al Acta final de la CIG una Declaración³³ que anticipa el contenido de una Decisión del Consejo cuya adopción formal se difiere a la fecha de la firma del Tratado de Lisboa y cuya entrada en vigor tendrá lugar el mismo día en que aquel lo haga.

Según el contenido de la Decisión, a partir del 1.11.2014 (fecha en que entra en vigor la regla de votación prevista en el Tratado de Lisboa) cuando los Estados que manifiesten su oposición a que el Consejo adopte un acto por mayoría cualificada no cumplan las exigencias previstas para constituir una minoría de bloqueo (esto es, 45% de Estados miembros o un número cualquiera de ellos que represente el 35% de la población), pero alcancen una proporción determinada (en número de Estados o en volumen de población³⁴), el Consejo con-

³² Cf. J. ZEMANEK, «Voting in the Councils: a compromise, no revolution», *European Constitutional Law Review*, 1(2005), págs. 62-67 quien analiza diversos problemas que plantea este mecanismo [p. 66].

³³ La Declaración n.º 7, relativa a la aplicación del Art. 16(4) TUE y del Art. 238(2) del TFUE, concernientes, como sabemos, a la regla general de formación de la mayoría cualificada cuando el Consejo actúe a propuesta de la Comisión y cuando no lo haga, respectivamente.

³⁴ Para determinar la proporción de Estados miembros o de población que es necesario reunir para poder activar el mecanismo (teniendo en cuenta, como hemos señalado ya, que el número de Estados necesario para constituir una minoría de bloqueo es de 4, y el volumen de población, del 35%), los Arts. 1 y 4 de la Decl. n.º 7 distinguen dos lapsos:

– Entre 1.11.2014 y el 31.3.2017: 3/4 de la población o 3/4 del número de Estados miembros necesarios para constituir una minoría de bloqueo (35% y 13 Estados respectivamente). Bastará, pues, con la concurrencia de Estados, cualquiera que sea su número, que reúnan el 26,25% de la población total de la UE o de 10 o más Estados (o 6 o más para propuestas que no provengan de la Comisión) cualquiera que sea su población.

– A partir del 1.4.2017: 55% de la población o 55% del número de Estados miembros necesarios para constituir una minoría de bloqueo, lo que exige la concurrencia de un 19.25% de la población total de la UE o de 8 o más Estados (o 5 o más para propuestas que no provengan de la Comisión).

Esta última previsión, que se incorporó al texto precedente del Tratado constitucional (Declaración n.º 5 relativa al Art. I-25) como una exigencia de Polonia en la CIG de 2007, parece desmentir el carácter pretendidamente transitorio atribuido por la Declaración 7.ª a la Decisión a aprobar por el Consejo, y más teniendo en cuenta el régimen especial que para su reforma contempla el Protocolo n.º 9 (tampoco previsto en el Tratado Constitucional), sobre ello ver *infra*. Cf. la crítica que, sobre la vigencia indefinida del mecanismo y la relajación de sus exigencias para el segundo período descrito, hace C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La nueva regla de la mayoría cualificada y sus paliativos temporales» en J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Madrid: Iustel, 2008, págs. 241-250 [pp. 248 y 249].

tinuará debatiendo el asunto, haciendo «cuanto esté en su mano» para lograr, dentro de un plazo razonable³⁵ una «solución satisfactoria» para responder a las preocupaciones expuestas por los miembros del Consejo, siempre teniendo en cuenta que la prolongación de los debates *no podrá afectar a los plazos obligatorios establecidos en el Derecho de la Unión*³⁶. A tal efecto, se faculta a la Presidencia del Consejo, con la asistencia de la Comisión y la ayuda de los miembros del Consejo, y respetando en todo caso su Reglamento interno, para tomar «todas las iniciativas necesarias para facilitar la consecución de una base de acuerdo más amplia en el Consejo»³⁷.

Como se ha dicho, los orígenes de este mecanismo se encuentran en los ajustes institucionales que debieron afrontarse³⁸ con vistas a la cuarta ampliación, la cual nunca había supuesto un problema entre los Estados miembros y los aspirantes (inicialmente Noruega, Dinamarca, Suecia y Finlandia). Los problemas surgieron, por el contrario, entre aquellos, cuando Reino Unido y España (inicialmente también Italia, aunque pronto renunció a sus demandas) pretendieron cambiar la proporción de los votos ponderados necesarios para bloquear una decisión en el Consejo alterando con ello la cuota de la mayoría cualificada, esto es, el umbral porcentual de votos ponderados que había de reunirse para entenderse alcanzada aquella. El deseo de estos países, por motivos diferentes y no muy claros³⁹, consistía en

³⁵ La fórmula «tiempo razonable» aparecía ya en el Compromiso de Luxemburgo y en la anterior versión del Compromiso de Ioannina, y se impuso frente a las pretensiones de Polonia de insertar un período de enfriamiento de dos años en el texto del Tratado cuando se dieran las condiciones previstas en la Declaración.

³⁶ El Tratado establece expresamente algunos plazos obligatorios a los que debe plegarse la actividad del Consejo en el proceso decisorio; p. ej.: en el procedimiento legislativo ordinario (codecisión) que contempla el Art. 294 TFUE (ex. Art. 251 TCE), exige que en segunda lectura el Consejo se pronuncie sobre las enmiendas del Parlamento Europeo en el plazo de tres meses, aunque, todo hay que decirlo, ninguna limitación temporal establece para la adopción por el Consejo de la llamada «posición común» en primera lectura, que muy rara vez modifica a lo largo de las siguientes fases del procedimiento; el procedimiento especial relativo a la aprobación del presupuesto anual de la Unión, el Art. 314 TFUE exige que el Consejo se pronuncie adopte su posición sobre el proyecto de presupuesto que le presente la Comisión antes del 1 de octubre anterior al año de ejecución del mismo, etc... Por otra parte, los Tratados constitutivos, en diversas ocasiones, han exigido la adopción de medidas por parte de las instituciones comunitarias dentro de determinados plazos para la consecución de fines previstos en ellos.

³⁷ Cf. Arts. 2, 3 (y, en los mismos términos, a partir de 1.4.2017, los Arts. 5 y 6) de la Decl. n.º 7.

³⁸ Habiéndose decidido no modificar el régimen de la mayoría cualificada en el Consejo Europeo de Lisboa en 1992.

³⁹ Inicialmente Reino Unido alegó dos motivos para establecer un umbral bajo de bloqueo: poder impedir la adopción de una decisión favorable a los Estados del sur, considerados demasiado pródigos, y permitir la resistencia a propuestas integracionistas contrarias a sus intereses nacionales (desapareciendo del argumentario, no obstante, la primera de las motivaciones cuando España se unió a las pretensiones inglesas). Nuestro país adujo inicialmente la necesidad de conservar la facultad de bloqueo de los Estados del sur, ante el temor de un desequilibrio de las políticas comunitarias hacia los intereses de los países del norte. Sin embargo, puesto que este argumento carecía de razones para sustentarse, ya que la propuesta del umbral de una minoría de bloqueo en 27 votos

mantener la minoría de bloqueo en 23 votos impidiendo que quedara elevado a 27 (26 tras el referéndum negativo en Noruega), como naturalmente resultaría si, manteniéndose el mismo umbral en tanto por ciento para alcanzar la mayoría cualificada (71 por 100 aproximadamente), se extrapolase automáticamente la cuota de votos ponderados que constituyen la mayoría cualificada a la suma total de los votos distribuidos entre los miembros del Consejo (i.e. 62 votos de un total de 87⁴⁰). Ante la firme oposición de los demás Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la presidencia de la Comisión, y la resistencia a ceder de España y RU (que amenazaron incluso con vetar la ampliación), se alcanzó, *in extremis*, un acuerdo en el encuentro informal del Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores que tuvo lugar en Ioannina (Grecia), el 29.3.1994, bajo presidencia griega. El texto del acuerdo quedó formalizado como una *Decisión del Consejo sobre la adopción de decisiones por mayoría cualificada*, cuya publicación en el DOCE, ordenada por su Art. 2, tuvo lugar el 13.4.1994⁴¹, debiendo ser corregida, para ajustar los umbrales de la minoría de bloqueo tras el fracaso del referéndum noruego en noviembre de 1994, por Decisión del Consejo de 1.1.1995⁴². Como consecuencia de la alteración en la distribución de votos entre los miembros del Consejo y la necesaria adaptación del umbral de la mayoría operadas por el Tratado de Niza, puede considerarse que la Decisión dejó de estar vigente a partir del 1.11.2004⁴³, fecha de entrada en vigor de la nueva ponderación tras la adhesión de diez nuevos Estados el 1.5.2004⁴⁴.

permitía, de hecho, el veto de una decisión por los países del sur (que contaban con 28 votos sumados los de Portugal -5- España -8- Italia -10- y Grecia -5-), España alegó entonces reservas de legitimidad democrática a que una decisión pudiera ser adoptada con el rechazo del 28 por 100 de la población de los Estados de la Unión.

⁴⁰ Cf. Art. 15.1 del Acta de adhesión de 29.8.1994 (DO L-241 p. 21) y las correcciones que fueron precisas tras el fracaso del referéndum de ratificación en Noruega, contenidas en la Decisión del Consejo de 1.1.1995 (DO L-1, p. 1).

⁴¹ DO n.º C-105, p. 1.

⁴² DO n.º C-1, p. 1. El texto final del Compromiso señalaba:

En caso de que miembros del Consejo que reúnan un total de 23 a 26 votos manifiesten su intención de oponerse a la adopción por el Consejo de una decisión por mayoría cualificada, el Consejo hará todo lo que esté a su alcance para conseguir una solución satisfactoria que pueda adoptarse por 68 votos, como mínimo, dentro de un plazo razonable y sin menoscabo de los plazos obligatorios fijados en los Tratados y en el Derecho derivado, como por ejemplo en los artículos 189 B y 189 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Durante este período, y respetando siempre el Reglamento interno del Consejo, el Presidente tomará, con asistencia de la Comisión, cuantas iniciativas sean necesarias para facilitar una base de acuerdo más amplia en el seno del Consejo. Los miembros del Consejo le prestarán su asistencia.

⁴³ En este sentido, p. ej. K. LENAERTS, y P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law...*, op. cit., p. 421, y A. DASHWOOD y A. JOHNSTON, «The institutions of the enlarged EU under the regime of the Constitutional Treaty», *Common Market Law Review*, 41(2004), págs. 1481-1518, [p. 1498]. Recuérdese, por otra parte, que la CIG que dio lugar al Tratado de Amsterdam incluyó una Declaración, la n.º 50, relativa al Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación, en la que se acordó que hasta la entrada en vigor de la primera ampliación, se prorrogaría la Decisión del Consejo de 29 de marzo de 1994 (Compromiso de Ioannina).

⁴⁴ Cf. Art. 12 del Acta de Adhesión de de 23.9.2003 (DO L-236, p. 33).

A pesar de haber sido dotados de una forma jurídica determinada, tanto la Decisión del Consejo a la que dio lugar el Compromiso de Ioannina como el instrumento previsto, con igual denominación y muy parecido contenido, en la Declaración 7.^a al Acta de la CIG de 2007, han dado lugar a opiniones contradictorias sobre su naturaleza. (Abordamos ahora esta cuestión advirtiendo que cuanto se diga sobre esta caracterización es válido, salvo que se indique lo contrario, para los dos instrumentos referidos).

En primer término, no creemos⁴⁵ que los efectos de las previsiones contempladas en la Decisión deban ser relegados al mundo de lo político sin más⁴⁶, como se ha hecho tradicionalmente con el Compromiso de Luxemburgo, en el que tiene ciertas reminiscencias. Estamos ahora no ante un «acuerdo sobre el desacuerdo», en el que se manifiestan dos posturas políticas contrapuestas e irreconciliables, sino ante la expresión normativa de un acuerdo entre todos los Estados miembros⁴⁷.

Sentado lo anterior, el siguiente paso es determinar si nos hallamos ante un *acto de derecho comunitario*, o ante un *instrumento jurídico no comunitario*. Esta última sería la postura de quienes califican el instrumento estudiado como una Decisión de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo (en definitiva un «acuerdo internacional en forma simplificada»⁴⁸)⁴⁹ o como una Declaración a los Tratados⁵⁰.

⁴⁵ Y en el mismo sentido, F. HAYES-RENSHAW y H. WALLACE, *The Council of Ministers*, Londres: Palgrave MacMillan 2.^a, 2006, p. 272.

⁴⁶ Como parece hacer F. ALDECOA LUZARRAGA, *La integración europea, II: Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Madrid: Tecnos, 2002, pág. 203, cuando señala que «el Compromiso carece de validez jurídica, sólo tiene carácter político y, por lo tanto, no enmienda las reglas de mayorías del Tratado». La Comisión Europea destaca también la naturaleza exclusivamente política del Compromiso y la Decisión de 1994 en su Declaración relativa a la CIG sobre la ampliación, de 30.3.1994.

⁴⁷ Cf. Editorial Comments, «The Ioannina Compromise – Towards a wider and a weaker European Union?», *Common Market Law Review*, 31(1994), págs. 453-457, p. 457.

⁴⁸ En este sentido, G. STROZZI, «Da Lussemburgo a Ioannina: la storia si ripete», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, n.º 2, págs. 483-487, entiende que el Compromiso de Ioannina es un «*accordo in forma semplificata* mediante il quale gli Stati membri convengono di ricercare una maggioranza diversa di quella prevista dal Trattato» [pp. 486-487].

⁴⁹ Que para mayor confusión podría revestir carácter puramente político o estar destinado a producir efectos jurídicos (denominados en este último caso también «decisiones» o «acuerdos») cf. P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes: Étude des sources du droit communautaire*, Bruselas: Bruylant, reimp., 2006 pp. 139-142.

⁵⁰ C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, afirma que «más allá de su apariencia formal, desde un punto de vista sustantivo, nos parece, sin embargo, que la Decisión del Consejo puede ser considerada como una declaración a los Tratados» pues, continúa, «la clausura de la CIG no supone, sin embargo, el término final para la formación de declaraciones en la fase inicial de la formación de los Tratados» (cf. su completa monografía sobre *Las declaraciones en el derecho comunitario: estudio de las declaraciones a los tratados y al derecho derivado*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 109 y 110). No obstante, la presidencia griega del Consejo distinguió, como desataca de l'ÉCOTAIS, entre el Compromiso de Ioannina avalado por los doce, que «reviste la forma de una declaración política, sin forma jurídica» y la Decisión del Consejo que «si bien tiene una naturaleza jurídica más fuerte, no forma parte del Tratado de adhesión» (cf. «La pondération des voix au Conseil de Ministres de la Communauté

Nos inclinamos, por el contrario, por la opinión de quienes estiman que «plasmado el Compromiso de Ioannina en una Decisión del Consejo, se convertirá en el momento de su publicación en un *acto comunitario*, no sólo *jurídicamente vinculante para los Estados miembros*, sino *susceptible de control por el Tribunal de Justicia*»⁵¹. Se trataría, entendemos, de un acto comunitario atípico⁵², y más concretamente de una Decisión *sui generis*⁵³, adoptada por el Consejo⁵⁴ en virtud del poder que le reconocen los Tratados para establecer su reglamento interno⁵⁵ (al que enmienda), compatible con las reglas sobre la votación por mayoría cualificada previstas en aquellos, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos⁵⁶.

Estaríamos, pues, ante una norma válida desde el punto de vista *material*. En efecto, si, según el Art. 11(1) del Reglamento interno del Consejo, el Presidente puede ordenar el inicio del procedimiento de votación formal a iniciativa propia y tiene la obligación de hacerlo a instancia de cualquier miembro del Consejo o de la Comisión, siempre que la mayoría de Estados

Européenne – Troisième partie. L'Europe de douze à quinze: l'échec», *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, 408(1997), págs. 324-327).

⁵¹ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 69.

⁵² En el sentido definido por R.H. LAUWAARS: actos que no son reconducibles a ninguna de las formas típicas previstas en el Art. 189 [ahora 249] pero tienen una base jurídica explícita en el Tratado y entre las que se encontrarían las Decisiones del Consejo (y de la Comisión) concernientes a su organización interna (cf. *Lawfulness and legal force of Community decisions*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1973, pp. 50-54). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que no existe una terminología uniforme en relación a estos actos, pues como señala R. ALONSO GARCÍA, mientras unos reservan la expresión «actos atípicos» para los que utilizan la nomenclatura de alguno de los instrumentos del Art. 249, tratándose en verdad de actos de distinta naturaleza y efectos (especialmente *ad intra*) diferenciándolos de los «actos no previstos en el Tratado», otros emplean la expresión «actos innominados o atípicos» sin diferencia alguna (cf. *Sistema...* op. cit., p. 113).

⁵³ Por ejemplo A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑAN NOGUERAS, que pese a considerar el compromiso «de dudoso valor jurídico», luego lo califican de «decisión atípica (una *Beschluss* en el sentido del Derecho alemán)» y señalan que «no impide el cumplimiento pleno del Tratado» (cf. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 1.ª ed. 1996, p. 154). También en este mismo sentido, negando, no obstante, que tenga cualquier efecto jurídico vinculante, calificándola de decisión *sui generis*, K. LENAERTS, y P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law...*, op. cit. p. 785, n. 634 y P. PONZANO, «Il voto nel Consiglio: il compromesso di Ioannina alla luce del Trattato di Lisbona», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2009, págs. 77-86: «l'accordo politico sul compromesso di Ioannina fu trasposto in una "decisione" del Consiglio, ma –sottolineato– una decisione del tipo c.d. "*Beschluss*"» [p. 81].

⁵⁴ En el caso de la Decisión de 1994, por el Consejo en su formación de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores.

⁵⁵ Cf. Art. 207(3) TCE; (TdL: Art. 240(3) TFUE).

⁵⁶ Sería, por tanto, una norma de *hard law*, como señala, respecto de las «decisiones distintas de las contempladas en el art 249 TCE», P. A. SÁENZ DE SANTA MARÍA, «La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa», en *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español: texto del informe, estudios y ponencias*, Madrid: Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, págs. 271-337, [p. 276].

miembros presentes o representados se pronuncie a favor, el efecto de la Decisión consistirá en dilatar, pese a que medie esta solicitud y sea cual sea la intención del Presidente, el comienzo de la votación expresa. ¿Es ello incompatible con las previsiones de los Tratados? Creemos que no, pues en ningún caso, como ya destacó la presidencia alemana en la CIG de junio de 2007, comportaría un derecho de veto.

Los Tratados explicitan, de una parte, las *reglas aritméticas formales del cálculo de la mayoría*, las cuales no podrían ser enmendadas sino a través de los procedimientos previstos para su reforma, mientras que, de otra, remite implícitamente las cuestiones relativas al *procedimiento de votación* (quórum, formas de expresar el voto, publicidad de los mismos...) al Reglamento que regula el funcionamiento interno del Consejo, apoderando a éste para adoptarlo en ejercicio de su potestad de autoorganización y, recordémoslo, limitándose a exigir para ello mayoría simple (sin concretar siquiera el instrumento jurídico que deba emplearse)⁵⁷. Pues bien, en nuestra opinión, la Decisión estudiada es una norma cuyas prescripciones no inciden en la aplicación de la regla aritmética de la mayoría cualificada (que es la materia reservada al derecho primario de la comunidad) ni tan siquiera, como comúnmente se ha afirmado, en la formación numérica de la minoría de bloque; si así fuera, sería un acto inconstitucional *a radice*, puesto que supondría una modificación de los Tratados sin haberse respetado el procedimiento exigido para ello. Únicamente conciernen, por el contrario y utilizando la terminología del propio TJCE⁵⁸, a las reglas «relativas a la organización de las deliberaciones» (diferidas implícitamente, como hemos dicho, por el derecho primario al reglamento de régimen interior del Consejo, cuyas prescripciones vendría a matizar), diferenciadas, en este sentido, de las reglas que disciplinan «la adopción de decisiones»⁵⁹. De esta forma, su efecto se circunscribiría, cuando concurren las circunstancias previstas en la Decisión, a condicionar, que no impedir, el comienzo de la votación

⁵⁷ Sobre los reglamentos internos como actos atípicos ver, ampliamente, S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 203-211.

⁵⁸ Cf. STJCE, as. *Nakajima All Precision Co. c. Consejo* (69/89), de 7.5.1991, ftos. 48-51.

⁵⁹ En contra de esta opinión, no obstante, la mayoría de los autores que han tratado el tema: así, para A. DASHWOOD y A. JOHNSTON, el proyecto de decisión «va más allá de lo que justamente pueden considerarse «cuestiones de procedimiento», puesto que representa una modificación indefinida del sistema de votación por mayoría cualificada» establecido en los Tratados (cf. «The institutions of the enlarged... op. cit. [p. 1498]) y C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, para quien la Decisión «completaría la previsión del apartado 2 del artículo 205 del Tratado CE estableciendo un procedimiento que se habrá de seguir cuando miembros de esta institución que reúnan un total de 23 a 25 votos manifiesten su intención de oponerse a la adopción de la decisión» (cf. *Las declaraciones...* op. cit., p. 109). También G. STROZZI: «di fatto, il principio maggioritario viene ad essere alterato, poiché il delinearsi della maggioranza prevista... non sarà sufficiente per pasarse alla votazione e quindi all'adozione dell'atto» y prosigue, más adelante, «oppure la decisione in parola potrebbe ritenersi come un atto che concerne la vita interna dell'istituzione, se si potesse considerarlo diretto a modificare il regolamento interno del Consiglio: ma ciò non può essere, in quanto viene ad incidere su una norma del Trattato e nessun riferimento è fatto al regolamento interno» («Da Lussemburgo a Ioannina..., op. cit. pp. 483-487).

formal y la facultad de solicitar su inicio, a la prolongación, durante tiempo limitado, de la discusión de un asunto en el seno del Consejo (siempre, insistimos, teniendo en cuenta la cláusula de respeto de los plazos previstos en los Tratados o en el derecho derivado⁶⁰). Se trata, pues, de una norma cuyos efectos quedan limitados por las paredes que encierran las deliberaciones del Consejo; es, por ello, una regla de efectos exclusivamente *ad intra* que no incidiría, desde nuestro punto de vista, en el equilibrio institucional definido por el Tratado, pues si bien es cierto que favorece el acuerdo unánime y con ello las posibilidades de que la propuesta de la Comisión sea modificada⁶¹, quedan intactos los poderes que a esta reconoce el Tratado en el proceso decisorio para enmendar o retirar en cualquier momento su iniciativa^{62, 63}.

Somos conscientes de que cuanto llevamos dicho condiciona en buena medida el discurso que sigue sobre la validez *formal* de la Decisión ya que, si se considera ésta no como un acto concerniente a la regla de la mayoría cualificada, sino, por el contrario y como sostenemos, una norma conectada exclu-

⁶⁰ A esta opinión no creemos que pueda oponerse la naturaleza de norma «para-constitucional» que parece atribuirle el Protocolo 9.º del Tratado de Lisboa, el cual prevé un procedimiento especial (agravado) de reforma de la Decisión exigiendo la previa deliberación del Consejo Europeo, que deberá pronunciarse por «consenso» (es decir, sin votación formal; recuérdese que la adopción y modificación del Reglamento interno del Consejo se adopta por este por mayoría simple), antes de que el Consejo «estudie» todo proyecto destinado a modificar o derogar la Decisión, en todo o en parte, directa o indirectamente (i.e., en este último caso «mediante la modificación de otro acto jurídico de la Unión» que altere su ámbito de aplicación o su sentido). La complicada fórmula empleada por el constituyente comunitario no deja claro si se desapodera al Consejo de ministros de su poder para establecer su reglamento interno en este caso concreto, atribuyendo la iniciativa legislativa al Consejo Europeo (la expresión «estudio» parece hacer mención a un momento anterior al ejercicio de la iniciativa) o si se trata del ejercicio por este último de una suerte de función consultiva previa... En todo caso, como señala M. DOUGAN, se confiere a la Decisión de Ioannina un grado relevante de protección constitucional contra su reforma futura («The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts», *Common Market Law Review* 45(2008), págs. 617-703, p. 632).

⁶¹ Recuérdese que el Tratado requiere unanimidad en el Consejo para modificar la propuesta de la Comisión (o para aprobar las enmiendas del PE no aceptadas por la Comisión) –cf. Art. 293(1) TFUE, ex Art. 250(1) TCE– «un caso paradójico en el que la exigencia del voto unánime de los Ministros nacionales funciona a favor de las políticas de un órgano supranacional» (cf. D. SIDJANSKI, «Voting procedures in an enlarged Community», *Journal of Common Market Studies*, 1(1962), págs. 173-179, p. 173).

⁶² Cf. Art. 293(2) TFUE, ex Art. 250(2) TCE.

⁶³ Podría alegarse entonces que sí que afecta a la facultad de la Comisión para, con el acuerdo de la mayoría simple de los Estados miembros, imponer a la Presidencia el deber de dar inicio a la votación formal, y bien ¿qué problema plantea desde un punto de vista jurídico?, es cierto que se matiza la facultad de la Comisión para instar el inicio de la votación formal cuando un número de Estados suficientes soliciten la aplicación de la Decisión y la prolongación de las deliberaciones durante un «plazo razonable» ¿pero es que acaso esa facultad de la Comisión no la contempla el Reglamento interno del Consejo, que a éste corresponde aprobar y enmendar?, ¿no es precisamente esto último lo que hace mediante la Decisión estudiada?

sivamente con el procedimiento interno del Consejo, será sencillo comprobar que se trata de un acto adoptado por el órgano habilitado por el Tratado para ello (el propio Consejo, en el ejercicio de su potestad de autoorganización) y conforme a las exigencias vinculadas al voto en él establecidas (adopción por mayoría simple).

No obstante, la cuestión no es tan sencilla, ya que el proyecto de Decisión (tanto el previsto en el Compromiso de Ioannina –finalmente publicada– como en la Declaración 7.^a), debe ser considerado un acto defectuosamente formalizado, al no invocarse expresamente la base jurídica que apodera al Consejo para adoptar el acto en cuestión, como contenido de la exigencia de motivación de los actos jurídicos que impone el actual Art. 253 TCE⁶⁴. Ahora bien ¿constituye ello un defecto procedimental esencial invalidante de la Decisión? El contexto general de la doctrina del TJCE sobre la motivación de los actos jurídicos permitiría considerar la posibilidad de que no fuera así. Podría estimarse, en efecto, que, tratándose de una disposición general de efectos estrictamente *ad intra*, que incide única y exclusivamente en la posición de los Estados miembros en el procedimiento interno del Consejo, la flexibilidad que el Tribunal de Justicia ha demostrado a la hora de exigir la motivación de los actos legislativos (si comparada con la rigidez con la que ha operado en el caso del control de los actos administrativos)⁶⁵

⁶⁴ Recuerda la Ab. General Juliane KOKOTT en las Conclusiones de 23.4.2009 en el as. *Comisión c. Consejo* (C-370/07), que «cuando la calificación sea de decisión *sui generis*, el acto impugnado está sujeto a una obligación de motivación» lo que se desprendería «bien de una interpretación amplia del concepto «decisión» contenida en el Art. 253 CE, bien de su aplicación analógica». La nueva redacción de esta exigencia que formula el Art. 296, pf. 2.º TUE en la redacción dada por el Tratado de Lisboa no deja lugar a dudas al imponer el deber de motivar los «actos jurídicos».

⁶⁵ Sobre la diferente motivación exigida a los actos legislativos y ejecutivos y de aplicación véase R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario...* op. cit., pp. 372 a 376. En efecto, es doctrina general y reiteradísima del TJCE que «la motivación exigida por el Art. 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias de dicho artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate» (S. as. *Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala* [C-413/06], de 22.12.2008; así como en reiteradísima jurisprudencia, entre otras: Ss. as. *Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek c. Comisión* [296/82 y 318/82], de 13.3.1985, ft. 19; as. *Comisión c. Sytraval y Brink's France* [C-367/95], de 2.4.1998, ft. 63; as. *Portugal/Comisión*, [C-42/01], de 22.6.2004, ft. 66; as. *Nuova Agricast*, [C-390/06], de 15.4.2008, ft. 79; as. *Alemania c. Comisión*, [C-301/96], de 30.9.2003, ft. 87; as. *Sison c. Consejo*, [C-266/05], de 1.2.2007, ft. 8; as. *Chronopost y La Poste c. UFEX y otros*, [C-341/06 y C-342/06], de 1.7.2008, ft. 88).

habilitaría a que la base jurídica pudiera reconducirse tácitamente a la potestad del Consejo para establecer su reglamento interno (pues en ella estimamos, puede encontrarse sin problemas), siempre que ello pueda deducirse sin ambigüedad de otros factores presentes en la Decisión⁶⁶.

La cuestión es, entonces, si puede determinarse la base jurídica (y precisamente la indicada) apoyándose en otros elementos del acto jurídico. La Decisión prevista en la Declaración 7.^a al Acta de la CIG 2007, pese a no indicar la base jurídica, no carece completamente de motivación (algo que sí ocurría con la Decisión de 1994 resultante del llamado «Compromiso de Ioannina»), a pesar de que de las razones explicitadas⁶⁷, no pueda deducirse de forma evidente la base jurídica con que se adopta. No obstante, es el contenido mismo de la Decisión, como hemos defendido, el que la conecta directa y, en nuestra opinión, claramente al procedimiento interno del Consejo contenido en el Reglamento y no a las reglas sobre votación de los Tratados. Por otra parte, ninguna otra base jurídica al margen de la potestad de autoorganización del Consejo podría avalar una Decisión del tipo que venimos analizando⁶⁸. De ahí que, aun cuando no se indique ninguna base

⁶⁶ Como el TJCE, en la S. as. *Comisión c. Consejo* (C-45/86), de 26.3.1987, ft. 9, permite expresamente que pueda hacerse al señalar que «no referirse a una precisa disposición del Tratado no necesariamente constituye un incumplimiento de los requisitos procedimentales esenciales cuando la base jurídica de la medida puede determinarse a partir de otros elementos de la misma».

No parece ser ésta la opinión más reciente de la Ab. General Juliane KOKOTT, en las Conclusiones citadas *supra* en el que se impugna, por no indicarse la base jurídica, una Decisión (*sui generis*, según la califica la Ab. General) del Consejo que, tras afirmar que y recordar que «en función de la naturaleza del acto y de su contexto, puede ser necesaria una motivación más o menos detallada», señala:

«Ahora bien, como *requisito mínimo de la motivación* ha de exigirse *siempre* la *mención de la base jurídica*. Ello no puede suponer nunca un esfuerzo excesivo a la hora de formular la motivación» [ft. 67].

en consecuencia, continúa más adelante,

«lo correcto es, *en cualquier caso*, considerar que, cuando el vicio de motivación consiste en que se ha omitido por completo mencionar una base jurídica, concurre un vicio tan esencial que *siempre* dará lugar a la anulación de la decisión» [ft. 83].

No obstante, debe tenerse presente que, paradójicamente dada esta radical aseveración, procede la Ab General en el caso particular a indagar si la base jurídica puede determinarse apoyándose en otros elementos del acto jurídico (lo que, dicho sea de paso, en el supuesto litigioso no considera posible).

⁶⁷ Son dos: de una parte facilitar una transición fluida del sistema de toma de decisiones por mayoría cualificada vigente (i.e. el contemplado en el Tratado de Niza) a la regulación contemplada por el Tratado de Lisboa, y, de otra, reforzar la legitimidad democrática de los actos adoptados por mayoría cualificada.

⁶⁸ A la luz de unos motivos que se aluden para adoptar la decisión, el de facilitar una transición fluida del sistema de mayoría cualificada vigente a la regulación del Tratado de Lisboa, podría defenderse que la base jurídica de la Decisión se encuentra en el Prot. n.º 36 sobre disposiciones transitorias. A pesar de estar explícitamente vinculado al mismo, difícilmente puede entenderse así: primero, porque no se especifica en el Protocolo mencionado poder alguno del Consejo para adoptar una decisión de esa naturaleza y, segundo, porque pese a declarar la Decisión un propósito temporal (que finalizaría, teóricamente cuando la transición al nuevo sistema se hubiera culminado), lo cierto es

jurídica, resulte sencillo comprobar qué procedimiento se debe aplicar⁶⁹ y, consiguientemente, que la no indicación de la base jurídica no ha podido incidir en el procedimiento aplicable. Es, en definitiva, un defecto puramente formal y no invalidante.

Se trataría, pues, de un acto comunitario, válido desde el punto de vista sustantivo y formal, capaz de desplegar efectos jurídicos (*ad intra*) y, por todo ello, sometido a la jurisdicción por el TJCE⁷⁰. Queda, sin embargo, una cuestión esencial por resolver: ¿cuáles serían los efectos jurídicos de esa Decisión *sui generis* válida material y formalmente?, ¿estaremos o no ante una regla cuya vulneración podría dar lugar, eventualmente, a la anulación del acto⁷¹ que ponga término al procedimiento legislativo en el Consejo⁷² porque en su procedimiento de adopción, o bien se haya ignorado indebidamente la exigencia por parte de una minoría *suficiente* de miembros del Consejo de que no se procediera a la votación formal y «durante un plazo razonable» se buscara «una solución satisfactoria», o bien se denegara por

que de su propio texto se deduce su vigencia por tiempo indefinido, y se refuerzan incluso las exigencias para su reforma, conforme al Prot. n.º 9.

⁶⁹ El previsto en el Art. 207(3) TCE; (TdL: Art. 240(3) TFUE), que se limita a exigir la mayoría simple para la aprobación del Reglamento interno. No será ni siquiera preciso que se publique la Decisión en el DOUE habida cuenta de que las decisiones *sui generis* están excluidas de la publicación obligatoria (aparecen bajo la rúbrica *Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad*) correspondiendo decidir al Consejo o al Coreper si procede su publicación en el Diario Oficial (cf. Art. 17(4), letra d Regl.inter-no).

⁷⁰ Expresamente en relación al Compromiso de Ioannina, así lo afirman M. HORSPOOL y M. HUMPHREYS, *European Union Law*, Londres: Oxford University Press, 1.ª, 2008, p. 47. La doctrina general sobre los actos impugnables la establece ya la importante S. as. *Comisión c. Consejo* (22/70), de 31.3.1971 (AETR), precisamente en relación a una decisión *sui generis*, en la que señaló que «al excluir de los recursos de anulación que pueden interponer los Estados miembros y las instituciones únicamente las «recomendaciones o dictámenes» —que a tenor del último párrafo del artículo 189 no tienen carácter obligatorio—, el artículo 173 considera que pueden ser objeto de recurso todas las disposiciones que produzcan efectos jurídicos adoptadas por las instituciones» [ft. 39] y «que, por tanto, deben ser susceptibles de recurso de anulación todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos» [ft. 42]. Cf. también, p. ej. Ss. as. *H.P. Gauff Ingenieure GmbH & Co. KG c. Comisión* (182/80), de 8.3.1982, ft. 18; as. *IBM c. Comisión* (60/81), de 11.11.1981, fto. 9; as. *AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Ltd c. Comisión* (53/85), de 23.9.1986, ft. 16, as. *España c. Comisión* (C-312/90), de 30.6.1992, fts. 11-26, as. *Francia c. Comisión* (C-327/91), de 9.8.1994, fts. 14 y 15; as. *Comisión c. Consejo* (C-25/94), de 19.3.1996, fto. 29.

⁷¹ Esto es, ante un requisito procedimental esencial cuya vulneración constituiría un «vicio sustancial de forma», en el que podría fundarse el recurso de anulación según el Art. 263, pf. 2.º TFUE (ex Art. 230, pf. 2.º TUE).

⁷² Recuérdesse que los actos preparatorios no son impugnables: «cuando se trata de actos o decisiones cuya elaboración se efectúa en varias fases, especialmente al término de un procedimiento interno, se deduce de esta misma jurisprudencia que en principio sólo constituyen un acto impugnables las medidas que establecen definitivamente la posición de la institución al término de este procedimiento, con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión final los actos de trámite no son impugnables» STJCE as. *Giancarlo Bossi c. Comisión* (346/87), de 14.2.1989, fto. 23.

la Presidencia el inicio del procedimiento de votación, con infracción de los plazos legales, ante la existencia de una minoría *insuficiente* de Estados que reclamaran la prolongación de las deliberaciones? Este último supuesto puede ser más fácil de explicar: desde luego, en nuestra opinión se infringe un requisito esencial del procedimiento pues se lesiona directamente el sistema de votación previsto en el Tratado⁷³, al que se impide entrar en juego al margen de toda previsión en estos, y en cuya salvaguarda se establece la regla del Art. 11(1) del Reglamento interno del Consejo, habilitando a una minoría insuficiente de Estados a impedir la adopción de una decisión, transformándola *de facto* (y en contra de la letra y el espíritu del Tratado) en una minoría de bloqueo.

En el primer caso, difícilmente podrá el TJCE resolver cuándo el esfuerzo realizado en el seno de las deliberaciones del Consejo para alcanzar un compromiso es suficiente para entender que ha realizado «cuanto esté en su mano» y, de la misma forma, le será muy complicado pronunciarse sobre la cuestión, esencialmente política, de qué pueda considerarse una solución «satisfactoria». El Tribunal estará más dispuesto a orientar sobre qué constituye un «tiempo razonable», en el cual deben realizarse los esfuerzos para alcanzar un compromiso antes de que la cuestión se abra paso hasta la votación formal⁷⁴. Sólo la negativa de principio a prolongar las deliberaciones ante la solicitud de una minoría suficiente de Estados, o el desarrollo de éstas durante tan breve lapso que sea equivalente a aquella, nos parece que reunirá la entidad objetiva suficiente para ser calificada de defecto esencial del acto⁷⁵.

¿Quién podrá alegar, en su caso, ese defecto de procedimiento en el contexto de un recurso de anulación? Pese al criterio de alguna jurisprudencia,

⁷³ Cf. la STJCE as. *Reino Unido c. Consejo* (68/86), de 23.3.1988, que anuló una Directiva del Consejo por infracción de las exigencias (acuerdo de todos los Estados) para poder recurrir al procedimiento escrito previsto en el Art. 6 del Regl. interno.

⁷⁴ Cf. S. WEATHERILL y P. BEAUMONT, *EU Law: the essential guide to the legal workings of the European Union*, Londres: Penguin Books, 3.^a, 1999, p. 88.

⁷⁵ No compartimos por ello la opinión de Paolo PONZANO, que parte de la errónea idea de que la Decisión concierne a las normas del Tratado sobre régimen del voto, cuando afirma que «nel caso di un ricorso giurisdizionale che metta in causa la legittimità di un atto del Consiglio per violazione di forme sostanziale, la Corte di giustizia potrebbe verificare unicamente se l'atto abbia raccolto o meno la maggioranza qualificata prevista dal Trattato, vale a dire i 64 voti ponderati, la decisione del Consiglio che adotta il compromesso di Ioannina non potendo evidentemente derogare alle norme del Trattato. Sembra quindi estremamente dubio –se non escluso *a priori*– cha la Corte di giustizia possa annullare un atto giuridico adottato con la maggioranza prevista dal Trattato anche se la Presidenza del Consiglio non avesse preso le iniziative necessarie al fine di ricercare un consenso più ampio» limitándose las consecuencias por la incorrecta aplicación del compromiso «prevalentemente se non únicamente» a «una sanzione política nei rapporti tra Stati richiedenti e lo Stato che esercita la Presidenza di turno» (cf. «Il voto nel Consiglio... op. cit., p. 82). Según este argumento pareciera que, cualesquiera que hubieran sido los defectos de procedimiento no podrá el TJCE censurar el acto adoptado siempre que la decisión se adopte por una mayoría de votos ponderados suficiente; no parece que ello tenga sentido.

habrá que estar al examen de cada regla para, según su naturaleza y alcance, determinar su invocabilidad ante el TJCE⁷⁶. Podrán hacerlo, *ex lege*⁷⁷, los Estados miembros (que además son componentes de la institución en defensa de cuyas prerrogativas, así como del correcto funcionamiento del proceso decisorio, se garantiza el cumplimiento de las reglas de procedimiento), así como el Parlamento y la Comisión (aquellos y estos, pues, «recurrentes privilegiados»). No podrán, sin embargo, los particulares pues, según nuestra interpretación, se trata de reglas relativas a la «organización de las deliberaciones», de efecto estrictamente *ad intra* de la propia institución comunitaria, cuya infracción difícilmente puede dar lugar a que resulten afectados los intereses de personas físicas o jurídicas susceptibles de ser amparados judicialmente, y no a la «adopción de decisiones», cuya vulneración sí podría incidir, según la mejor doctrina, en su esfera jurídica⁷⁸.

El Compromiso de Ioannina fue invocado en muy escasas ocasiones (para ser exactos dos), todas ellas en 1995 y 1996 y en asuntos técnicos exclusivamente, y nunca ha vuelto a estar presente, al menos formalmente, en el proceso decisorio comunitario. En efecto, en el Consejo de Agricultura de 24 y 25.10.1995, en una cuestión relacionada con ayudas a agricultores, estando RU, Suecia e Italia en minoría, y en el Consejo de Telecomunicaciones del 18.12.1996, en una cuestión relacionada con la liberalización postal, supuesto en que RU, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Dinamarca estaban en minoría⁷⁹. Lo cierto es que el impacto real, tanto del Compromiso de 1994 como del mecanismo previsto en el Tratado de Lisboa, quedará oculto bajo el velo de los hábitos informales del Consejo y será poco o nada visible en el momento de la aplicación de las reglas formalizadas de votación. Será, pues, más un arma diplomática (no muy letal, por cierto) que un recurso efectivo cuya puesta en marcha tenga lugar a través de cauces formalizados; será, en este sentido, más un recurso semántico para poner de manifiesto

⁷⁶ Cf. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario...*, pp. 317 y 318. En la STJCE as. *Nakajima All Precision Co. c. Consejo* (69/89), de 7.5.1991, fts. 48-51, el Tribunal establecía categóricamente que «las personas físicas o jurídicas no pueden invocar la violación de tales reglas [tanto sobre *organización de las deliberaciones* como relativas a la *adopción de decisiones*] en la medida en que no tienen como finalidad asegurar la protección de los individuos», doctrina criticada con dureza por R. ALONSO GARCÍA (loc. cit.) en la medida en que, sin duda, la vulneración de las normas sobre adopción de decisiones sí serían susceptibles de incidir en la esfera de los particulares y no sólo en las prerrogativas de los miembros de la institución, opinión compartida por el TJCE en jurisprudencia posterior: cf. p. ej. S. as. *BASF y otros c. Comisión* (137/92), de 15.6.1994, fts. 72-78.

⁷⁷ Cf. Art. 263, pf. 2.º TFUE (ex Art. 230, pf. 2.º TUE).

⁷⁸ Sobre la legitimación de los particulares, K. LENAERST, D. ARTS e I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, Londres: Sweet & Maxwell, 2.ª, 2006, pp. 244 a 264.

⁷⁹ Fte.: respuesta del Ministro de Asuntos Exteriores inglés a una pregunta formulada en la *House of Lords* (6.2.2008: col. WA187). Cf. también F. HAYES-RENSHAW y H. WALLACE, que señalan otros supuestos (en concreto, ayudas de Grecia al transporte de frutas y vegetales, acuerdo con Suiza en materia de transporte y ayudas a la construcción de barcos) en los que existía una minoría suficiente para invocar el Compromiso, lo cual, sin embargo, finalmente no ocurrió (*The Council...*, op. cit., pp. 274 y 275).

que hay una oposición importante, aunque no decisiva, a la adopción de una decisión, que un resorte cuya invocación se haga de forma solemne y presentando los datos aritméticos de la minoría necesaria⁸⁰. No creemos, por tanto, que a la fórmula del Compromiso de Ioannina que contempla el Tratado de Lisboa le aguarde un éxito mucho mayor que a su predecesor, aunque la rebaja que experimentarán los requisitos para su activación desde 2017 pueden hacer erróneo este pronóstico⁸¹.

IV. LOS «FRENOS DE EMERGENCIA» EMERGENCY BREAKS A LA ADOPCIÓN DE DECISIONES POR MAYORÍA CUALIFICADA EN EL CONSEJO

Pese a la progresiva ampliación del número de decisiones que el Consejo adopta por mayoría cualificada, algunos Estados miembros persisten en la defensa de la unanimidad formal para la actuación de la comunidad en determinados ámbitos, y su abandono, cuando se ha producido, ha requerido un equilibrio de transición proporcionado por la introducción de mecanismos de muy diversa operatividad, permitiendo así, no obstante no haber dado lugar a la renuncia definitiva de toda capacidad de obstruccionismo individual en el Consejo, la defensa de aspectos nucleares de los intereses soberanos de los Estados miembros sin paralizar el proceso decisorio en ellos. Conforman, pues, singulares mecanismos procedimentales de votación, alejados del «método comunitario» que, o bien reblandecen las exigencias de la unanimidad (es el caso de la mal llamada «abstención constructiva» prevista exclusivamente en el ámbito de la PESC⁸²) o propor-

⁸⁰ De ello es ejemplo el reciente testimonio de la baronesa Howard de Breckland en la *House of Lords* británica: «Mi experiencia con el Compromiso de Ioannina en sí mismo, cuando estuve en Bruselas, fue que nunca, que recuerde, fue invocado formalmente, pero había ocasiones en que Estados miembros cuyos intereses estaban siendo afectados decían “Sr. Presidente, estamos en territorio de Ioannina”, tras lo cual, continúa, «habría una breve consulta separada, y normalmente un Estado miembro cambiaría de bando por lo que al cabo de unos tres minutos la medida iría adelante» (cf. *House of Lords – Select Committee on EU – Minutes of Evidence*, 13.12.2007, Q 213).

⁸¹ David CHALMERS en House of Lords European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, vol. I, 10th Report, sesión 2007-08, HL paper 62-I, §4.61, considera que el uso del mecanismo «Ioannina-II» podría ser significativo desde 2017; en contra Helen WALLACE, loc. cit, §4.61.

⁸² Así llamada por K. LENAERTS, y P. VAN NUFFEL (cf. *Constitutional Law...*, op. cit. p. 632), implica la posibilidad de que un Estado miembro que decida abstenerse en una votación, tendrá la posibilidad de cualificar esa abstención acompañando a una declaración formal, en cuyo caso «no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta es vinculante para la Unión» (art. 31(1) pfo. 2.º TUE; ex. Art. 23(1) pfo. 2.º TUE). Esta forma de abstención ha sido juzgada conveniente por los autores para el proceso decisorio por cuanto disuade al disidente solitario de bloquear la decisión, al ofrecerle una salida intermedia entre una abstención, que no impediría la adopción de un acto vinculante para él, y el veto del acto (p. ej., A. DASHWOOD, «External Relations provisions of the Amsterdam Treaty», *Common Market Law Review*, 35 (1998), pp. 1019-1045 [p. 1034] y P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Oxford y Portland: Hart Publishing, 2006 [p. 405]). Opone-mos una objeción puramente semántica, ya que la abstención en el proceso decisorio

cionan mecanismos para sortear sus efectos (como el llamado «pseudo-veto»⁸³), o bien someten el desenvolvimiento ordinario de la mayoría cualificada a mecanismos dilatorios o incluso bloqueantes como el «freno de emergencia» *con* potestad de veto previsto también para la PESC y en las políticas comunitarias de coordinación de la seguridad social y los «frenos de emergencia» *sin* poder de veto, con facultad de *opting-out* para los Estados miembros reacios que se encuentren en minoría (facilitando así que no tomen parte en la adopción de la medida, pero impidiendo que puedan bloquearla) y de acceso a la cooperación reforzada a los Estados dispuestos a legislar en la materia, previstos en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal⁸⁴. De entre estos instrumentos, dejando a un lado aquellos que condicionan las exigencias y los efectos de la unanimidad, vamos a referirnos aquí exclusivamente a los que operan en un contexto formal para el que el Tratado prevé la adopción de decisiones por mayoría cualificada⁸⁵ (i.e., las dos modalidades del llamado «freno de emergencia» que hemos mencionado) y que tienen en común provocar la implicación del Consejo Europeo en el proceso decisorio.

La creación del Consejo Europeo, (formalizando las reuniones de Jefes de Estado y de Gobierno, que con mayor o menor periodicidad habían tenido lugar desde los años 50, a partir de la Conferencia de París de 1974) había tenido como objetivo «aportar algo verdaderamente nuevo a las instituciones, fortaleciendo la capacidad del proceso decisorio de la Unión»⁸⁶ quedando aquel apoderado de un papel de verdadero impulsor tanto de la construcción comunitaria como de la cooperación política, bien entendido que en ambas facetas las decisiones adoptadas tendrían una naturaleza puramente política, ya que con el nuevo órgano no se daba a luz una institución

comunitario cuando la regla de votación es la unanimidad es, *per se*, siempre constructiva, en el sentido de que no impide adoptar la decisión (cf. art. 238(4) TFUE, *ex. art.* 205(3) TCE) al contrario de lo que ocurre, dicho sea de paso, cuando la regla es la mayoría cualificada, ya que abstenciones y votos en contra en la misma medida, suman en contra de alcanzarla.

⁸³ Es un nuevo mecanismo contemplado en los Arts. 86(1) (creación de una Fiscalía Europea) y 87(3) (medidas para la cooperación policial) TFUE y previsto para desbloquear la adopción de decisiones en caso de falta de unanimidad en el Consejo (ambos supuestos la requieren) de forma análoga a los frenos de emergencia que estudiamos en la CPJP, mediante el reenvío al Consejo Europeo, con suspensión del procedimiento legislativo y posibilidad de que se recurra a la cooperación reforzada si, en el plazo de cuatro meses, aquel no ha alcanzado un consenso. Sobre las semejanzas y similitudes entre los dos instrumentos y la incompatibilidad entre ambos para operar conjuntamente Cf. S. PEERS, «EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon», *European Law Review*, 33(2008), págs. 507-529 [pp. 524 y 525] quien acuña el término de «pseudo-veto».

⁸⁴ Cf. una perspectiva histórica sobre los instrumentos de flexibilización en A. STUBB, *Negotiating flexibility in the European Union: Amsterdam, Nice and Beyond*, Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2002.

⁸⁵ Son «remedios que tratan de dulcificar la píldora del voto por mayoría cualificada» (cf. A. DASHWOOD, «The Constitution of the European Union after Nice: law-making procedures», *European Law Review*, 2001, 26(3), 215-238, p. 236).

⁸⁶ *Informe Tindemans sobre la Unión Europea de 1976*, Bull. EC S. 1/76, p. 30.

con facultades para ejercer un poder de decisión superior en ámbitos de competencia de las Comunidades ni dotada de poderes capaces de erosionar las atribuciones de las instituciones comunitarias ni jerárquicamente superior a ellas⁸⁷. No obstante, lo cierto es que se instauró la práctica de que aquellas decisiones técnicas especialmente complejas, o incluso otras políticamente comprometidas⁸⁸, sobre las que no podía alcanzarse un acuerdo en el Consejo (bien porque, exigiendo la base jurídica de la acción comunitaria la unanimidad algún Estado miembro era contrario a su adopción; bien porque el recurso al voto efectivo por mayoría cualificada había sido diferido en atención a las implicaciones que la decisión en cuestión podía tener para los intereses nacionales de uno o más Estados miembros –se invocara o no explícitamente un derecho de veto–) fueran reenviadas o elevadas al Consejo Europeo con el objetivo de desbloquear el procedimiento legislativo (estancado en las instancias comunitarias) y de hacer posible, recurriendo al viejo estilo diplomático, propio del derecho internacional clásico, de las reuniones intergubernamentales, un acuerdo al más alto nivel político⁸⁹, sin perjuicio de que el poder formal para la adopción del acto legislativo permaneciera, intacto, residenciado en el Consejo⁹⁰. La con-

⁸⁷ Cf. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario...* op. cit., pp. 19-20. El propio Comunicado final de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de París, 9 y 10.12.1974 señalaría: las disposiciones relativas al Consejo Europeo «no afectan, en modo alguno, a las normas y procedimientos fijados por los Tratados». También expresamente el propio *Informe Tin-demans (ibidem)*, el *Informe Dooge*, que sirvió de base para la negociación del Acta Única Europea («conviene invertir la tendencia que consiste en reducir al Consejo Europeo al rango de un nuevo órgano encargado de tratar los asuntos corrientes de la Comunidad», *Report to the European Council, Brussels 29-30 March 1985*, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities, p. 25), y la *Declaración Solemne sobre la Unión Europea adoptada en el Consejo Europeo de Stuttgart* de 19.6.1983 (Bull. EC 6/1983, pp. 25 y 26).

⁸⁸ J. WERTS, cita, entre las cuestiones que inicialmente se difirieron al Consejo Europeo, las relativas al presupuesto comunitario, a la introducción de las cuotas lácteas y de una política pesquera común (cf. *The European Council*, La Haya: T.M.C. Asser Instituut, 1.^a ed., 1992, p. 164).

⁸⁹ La incorporación del Consejo Europeo al proceso decisorio comunitario en la forma descrita fue incluso formalizada en el texto de las Conclusiones del Consejo Europeo reunido en Londres los días 29 y 30.6.1977. Se trata de las primeras normas sobre el funcionamiento de la nueva institución, y que al describir las funciones del Consejo Europeo indicaban: «se reconoce igualmente que el Consejo Europeo precisa a veces cumplir una tercera función, a saber *resolver sobre los problemas que han quedado en suspenso en las discusiones a un nivel inferior*». Cf. *The European Council Dossier of the Group of the European People's Party – Conclusions of the Sessions of the European Council (1975 – 1990)*, Luxemburgo, 1990, p. 94.

⁹⁰ Pues, como expresivamente señaló el *Informe sobre las Instituciones Europeas*, presentado por el «Comité de los Tres» al Consejo Europeo en Octubre de 1979 «cuando el Consejo Europeo adopte una decisión concreta pretendiendo que sea jurídicamente vinculante, debe ser considerado, conforme al artículo 2 del Tratado de Fusión [de los Ejecutivos], como una formación del Consejo de Ministros ejerciendo la autoridad legislativa normal de éste. Es obligado cumplir todas las normas del Tratado relativas a una decisión del Consejo: iniciativa de la Comisión, publicación en el Diario Oficial etc.» y, añadimos nosotros, respeto de las prerrogativas del Parlamento Europeo (cf. *Report on the*

secuencia de esta, hasta entonces, imprevista función del Consejo Europeo fue descrita lúcidamente como la incorporación de una *instance d'appel* o de un *supreme arbitrator*⁹¹ en el procedimiento legislativo comunitario, de una suerte de instancia decisoria de superior jerarquía que debilitó la posición tanto del Consejo (y de su poder en el proceso de adopción de decisiones), como de la Comisión (mermando su capacidad de iniciativa y de mediación entre los Estados miembros)⁹². Esta práctica no desapareció sino que, al contrario, se hizo más evidente con el paso de los años, en especial (y paradójicamente) a partir de 1987, cuando la reforma operada por el Acta Única Europea multiplicó el número de decisiones que requerían mayoría cualificada⁹³ y fue institucionalizada en los Tratados constitutivos por la reforma de Amsterdam.

European Institutions – Presented by the Committee of Three to the European Council, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities, 1980, p. 18). En el mismo sentido la *Declaración de Stuttgart* (Bull. EC 6/1983, *ibidem*). En la práctica, el Consejo Europeo nunca ha aplicado el procedimiento decisorio previsto en los Tratados y sus decisiones sólo han podido ser transformadas en un acto de derecho comunitario por intermedio de las propias instituciones de la Comunidad.

⁹¹ Cf. J. WERTS, *The European Council...* op. cit., p. 165; M. WESTLAKE y D. GALLOWAY, *The Council...* op. cit. p. 177, que hablan del rol ocasional del Consejo Europeo como «star chamber» o «court of last resort» en disputas que se le hayan elevado desde el Consejo. También Ch. BO BRAMSEN, «Le Conseil Européen: son fonctionnement et ses résultats de 1975 à 1981», *Révue du Marché Commun*, 25(1982), págs. 624-642 [p. 632] y B. TAULEGNE, *Le Conseil européen*, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 107.

⁹² Esta función del Consejo Europeo como instancia de apelación, no sólo ha causado un efecto negativo en el marco institucional comunitario, sino que ha alcanzado a su propia eficacia a la hora de cumplir los cometidos que se le asignan: Cf. para una perspectiva actual P. DE SCHOUTHEETE y H. WALLACE, «The European Council», *Research and European Issues – Notre Europe*, n.º 19, Septiembre 2002, pp. 11-12.

⁹³ K. LENAERTS, y P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law...*, op. cit. pp. 385 y 386. L. VAN MIDDELAAR señala: «cuando los ministros comenzaron a tomar sus decisiones bajo la sombra del voto emergió una fascinante colaboración entre el Consejo y el Consejo Europeo. Un ministro que corría el riesgo de quedarse en minoría en un asunto concreto podía emplear a veces una maniobra diplomática de emergencia en orden a retrasar la decisión, calculando que su jefe [sic] podría ser capaz de lograr una concesión en la próxima cumbre. Esto ocurriría de manera informal, por ejemplo bloqueando otra cuestión (arbitrariamente escogida) que debía ser adoptada por unanimidad mientras el asunto controvertido permanecía sobre la mesa» («Spanning the river: The constitutional crisis of 1965-1966 as the genesis of Europe's political order», *European Constitutional Law Review*, 4(2008), págs. 96-126, pp. 123 y 124). También P. DE SCHOUTHEETE que, como ejemplo, señala que virtualmente todas las decisiones que afectaron al desarrollo del mercado interior desde comienzo de los años 1980 fueron tomadas por el Consejo Europeo al igual que los acuerdos relativos a las perspectivas financieras de la Unión (Delors I, Delors II, Agenda 2000). Asimismo, considera como una confirmación de la tendencia la celebración de Consejos Europeos temáticos («The European Council», en J. PETERSON y M. SHACKLETON *The Institutions of the European Union*, Nueva York: Oxford University Press, 2.^a ed, 2006, p. 35). En la misma línea, se ha indicado como causa del creciente papel del Consejo Europeo en el proceso decisorio comunitario desde comienzos de la década de 1990 a propia incapacidad del Consejo de Asuntos Generales y de Exteriores (desbordado por la proliferación de Consejos sectoriales y por la cada vez más intensa implicación de la Comunidad en el desarrollo de una política exterior común) para desarrollar su papel

En efecto, en el Tratado de Amsterdam, en tres disposiciones respecto de las que algunos Estados Miembros preferían haber mantenido la unanimidad como regla de votación en el Consejo (a saber, en el procedimiento relativo a la autorización del procedimiento de cooperación reforzada tanto en la esfera comunitaria –Art.11(2) pfo. 2.º TCE– como en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal –Art. 40(2) TUE–, y en el Art. 23(2) TCE en el ámbito de la Política Exterior y Seguridad Común) se contempla la posibilidad de que un miembro del Consejo pueda impedir que se proceda a la votación de un asunto cuando declare que, «por motivos importantes y explícitos de política nacional», tiene la intención de oponerse a una decisión que deba adoptarse por mayoría cualificada, en cuyo caso el Consejo puede, también por mayoría cualificada, pedir que el asunto se remita, para su decisión por unanimidad, al Consejo en su composición de Jefes de Estado y de Gobierno (en el caso del Art. 11(2) TCE) o al Consejo Europeo (en el caso de los Arts. 23(2) y 40(2) TUE).

El Tratado de Niza matizó el funcionamiento de este mecanismo en relación con las dos disposiciones sobre cooperación reforzada, impidiendo que en el procedimiento para su autorización pueda ya un Estado miembro imponer que una decisión sea adoptada al más alto nivel político y por unanimidad, y reconociendo sólo la posibilidad de solicitar que el asunto sea remitido (ya en todo caso) al Consejo Europeo, pudiendo el Consejo de la Unión, una vez suscitado el asunto ante aquel, decidir por mayoría cualificada (*vid.* Arts. 11(2) pfo. 2.º y 40A(2)). Por tanto, se trata ya, en estos ámbitos, de un simple poder para dilatar la adopción de la decisión por mayoría cualificada en el Consejo de la Unión hasta después del siguiente Consejo Europeo⁹⁴. Por el contrario, el Tratado de Niza amplió el ámbito del freno de emergencia del citado Art. 23(2) TUE.

El mecanismo descrito ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina. Se ha dicho, de una parte, que este calificado de «Compromiso de Luxemburgo II» vendría a conceder legitimidad y un nuevo aliento al Compromiso de Luxemburgo, que puso fin a la crisis de la silla vacía en 1966, hasta ese momento sólo existente, moribundo, en el mundo de lo político, con el peligro añadido que ello implicaría para el método comunitario tan arduamente desarrollado desde que la influencia de aquel decayó; de otra, que ofrece un recurso preparado para ser incorporado en los Tratados, propa-

de coordinación de las actividades de los Consejos especializados: sobre ello, ver principalmente R. GÓMEZ y J. PETERSON, «The EU's impossibly busy Foreign Ministers: "no one is in control"», *European Foreign Affairs Review*, (6)2001, págs. 53-74.

⁹⁴ Ésa es precisamente la funcionalidad que al mecanismo había atribuido ya algún autor incluso a pesar de la previsión formal de una verdadera capacidad de veto, Cf. E. PHILIPPART y G. EDWARDS, «The provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, 37(1999) págs. 87-108: «una vez que el asunto es llevado al nivel del Consejo Europeo, el Estado (o Estados) en minoría están contentos. Hecha valer su posición, mantenida ya por razones ideológicas o por consideraciones más prosaicas de política doméstica, la cooperación reforzada podía tener lugar».

gándose en los resortes decisorios tan pronto como en su reforma surja una disputa sobre la extensión de la mayoría cualificada a determinados ámbitos⁹⁵. La primera objeción es desde luego discutible porque más bien parecería, en sentido contrario, que la credibilidad jurídica del Compromiso de Luxemburgo se pone en cuestión al tener que incorporar expresamente su mecanismo en los tratados pues, si efectivamente se trataba de un acuerdo vinculante para las partes, no derogado expresamente, que integraría el acervo comunitario y que como tal podría ser invocado cualquiera que fuera el ámbito en el que actuara la Unión, entonces estaría de más una norma específica que previera un mecanismo similar para un ámbito concreto de la acción comunitaria. En cambio, el tiempo ha demostrado lo certero de la segunda objeción. En efecto, ya en la negociación del Tratado de Amsterdam se extendió el freno de emergencia desde el ámbito al que inicialmente estaba limitado, la PESC, a la cooperación reforzada. El Tratado de Lisboa, siguiendo en esto fielmente al Tratado constitucional, ampliará, de entrar en vigor, este instrumento de reenvío a otros ámbitos a los que estaba proyectado extender de plano el voto por mayoría cualificada.

Así, en primer término, conserva el freno de emergencia con potencial efecto de bloqueo en el ámbito de la PESC: cuando un miembro del Consejo se oponga a la adopción de una decisión por motivos de política nacional (que ahora deben ser, estrechando la fórmula, «vital y explícitos») en el caso de que aquella deba aprobarse, como excepción a la regla general (unanimidad⁹⁶), por mayoría cualificada⁹⁷, se remitirá al Consejo Europeo

⁹⁵ Cf. A. DASHWOOD, «States in the European Union», *European Law Review*, 23(1998), pp. 201-216 –pp. 214 y 215– y, el mismo, «External Relations provisions of the Amsterdam Treaty», *Common Market Law Review*, 35 (1998), pp. 1019-1045 –p. 1035–. J. MONAR, en relación al freno de emergencia introducido en el ámbito de la CPJP califica de «especie de monstruosidad» el mecanismo y reclama que «hubiera sido una solución más limpia y ciertamente más transparente simplemente mantener la unanimidad requerida para el ámbito de la justicia criminal» (cf. «Justice and Home Affairs in the EU Constitutional Treaty. What Added Value for the «Area of Freedom, Security and Justice?»», *European Constitutional Law Review*, 1(2005), pp. 226-246, p. 241).

⁹⁶ Se trata de un ámbito de decisión dominado por la unanimidad (cf. Art. 31(1) pfo. 1.º TUE; ex. Art. 23(1) pfo. 1.º), lo que ha sido criticado por algunos autores: cf. p. ej., P. KOUTRAKOS, que considera la exigencia de unanimidad como «el mayor obstáculo para que se lleve a cabo una política exterior eficaz e influyente» (cf. *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006, p. 405). En contra G. DE BAERE, para quien «la unanimidad no ha sido un serio obstáculo para el desarrollo de la PESC. Al contrario, ha llevado a la adopción de decisiones basadas en un amplio entendimiento sobre los asuntos y de sus riesgos y ventajas para la Unión. La mayoría cualificada a veces conduce a que las decisiones se tomen más rápido, pero esto no significa necesariamente que se trate de mejores decisiones» (cf. *Constitutional principles of EU relations*, Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 138). Unanimidad, dicho sea de paso, que es también una «unanimidad reforzada», pues si bien las abstenciones no impiden que se alcance la unanimidad exigida y la adopción de la decisión (al igual que la regla general del pilar comunitario), «no se adoptará la decisión» si un 1/3 de Estados miembros que reúna 1/3 de la población se abstiene en una votación y acompaña su abstención con una declaración formal (Art. 31(1), pfo. 2.º TUE, ex. Art. 23(1), pfo. 2.º TUE).

⁹⁷ La votación por mayoría cualificada prevista en el marco general del Art. 16(4), se aplica en el caso descrito por el nuevo Art. 31(2), segundo inciso (propuesta del *Alto*

para que adopte una decisión por unanimidad, si bien previamente (he aquí la novedad respecto de la regulación anterior), el «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad» intentará impedir dicho reenvío buscando una solución aceptable para el Estado miembro renuente. El freno de emergencia, igualmente con posible efecto de bloqueo⁹⁸, se prevé con relación a medidas de seguridad social de trabajadores migrantes que puedan afectar a aspectos importantes del sistema de seguridad social de un Estado miembro (como su ámbito de aplicación, coste, estructura o equilibrio financieros), permitiendo, en tal caso, a un Estado miembro, exigir que se remita el asunto al Consejo Europeo, con suspensión del procedimiento legislativo, para que en el plazo de cuatro meses y mediante consenso devuelva el asunto para que continúe su tramitación o resuelva poner fin a la misma permaneciendo inactivo o solicitando a la Comisión que eleve una nueva propuesta⁹⁹.

En segundo lugar, el Tratado de Lisboa recurre intensivamente a una estructura de salvaguarda del poder de decisión último de los Estados miembros en el ámbito de la *cooperación policial en materia penal*¹⁰⁰ que, incorporado formalmente al pilar comunitario y, en lo que aquí interesa, sometido al procedimiento legislativo ordinario (i.e. codecisión entre el Consejo, actuando por mayoría cualificada, y el Parlamento), es constreñido por diversas medidas que debilitan el método comunitario en orden a preservar determinados ámbitos sensibles de las políticas criminales de los Estados miembros¹⁰¹. De entre aquellas, destaca para nuestra exposición un «freno de emergencia» *sui generis* sin poder potencial de veto, inspirado en el previsto en el ámbito de la PESC, pero concebido a un tiempo como mecanismo dilatorio del proceso de decisión, de una parte, y como *opt-out ad hoc*

Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad); la versión más estricta del Art. 238(2) TFUE, en los casos previstos en el Art. 31(2), incidentes primero, tercero y cuarto.

⁹⁸ Introducido ya en el Art. III-136(2) del Tratado Constitucional, en los mismos términos exactos en los que ha quedado incorporado al Tratado de Lisboa. El mencionado precepto se incorporó en la CIG 2003/04, apartándose del texto original elaborado por la Convención.

⁹⁹ Cf. Art. 48, pfo. 2.º TFUE.

¹⁰⁰ Ya el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa introdujo el «freno de emergencia» en este ámbito (ver Arts. III-270(3) y (4) y III-271(3) y (4)). Es revelador del poder expansivo de este tipo de mecanismos que DASHWOOD ha denunciado el modo en que finalmente se introdujeron las mencionadas disposiciones en el texto final. La redacción inicial preparada por la Convención únicamente contemplaba, sin más, la adopción de decisiones por mayoría cualificada para garantizar el reconocimiento mutuo y la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y para establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones y sanciones penales. Fue en la CIG 03/04 cuando una delegación (no especificada en la Nota de la Presidencia de 24.10.2003 sobre el voto por mayoría cualificada, CG 38/03) exigió, como condición para aceptar la extensión de la mayoría cualificada, la incorporación del freno de emergencia, modificando el texto inicial de la Convención.

¹⁰¹ Cf. sobre ello, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, op. cit. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 36-56.

para decisiones concretas y resorte para activar una cooperación reforzada especial, de otra¹⁰². Se traduce en la posibilidad de que un Estado miembro, cuando una Directiva concerniente al procedimiento criminal o al derecho penal sustantivo¹⁰³ afecte a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, pueda solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo¹⁰⁴, suspendiéndose el procedimiento ordinario, tras lo cual: si en el plazo de cuatro meses el Consejo Europeo alcanza, previa deliberación, un consenso (esto es, sin que sea precisa votación formal), el asunto retorna al Consejo de la Unión –poniéndose fin a la suspensión–; si en el mencionado plazo no se llega a un acuerdo la suspensión continúa, en su caso indefinidamente, salvo que (y he aquí una diferencia substancial con los instrumentos previstos en otros ámbitos) al menos nueve Estados miembros decidan establecer entre ellos una forma de cooperación reforzada (circunscrita exclusivamente a la adopción de la medida o medidas objeto del procedimiento legislativo suspendido), lo que deben notificar a la Comisión, al Parlamento y al Consejo, entendiéndose a tales efectos concedida la autorización que este último debe otorgar¹⁰⁵ y sin necesidad, por tanto, de que se cumpla ninguno de los requisitos procedimentales y sustantivos que normalmente deberían concurrir para que se autorizara la cooperación reforzada¹⁰⁶.

¹⁰² Por su efecto mixto en el proceso decisorio ha sido bautizado gráficamente como *brake-accelerator procedure*. Así, F. MARCHI, «The Convention and IGC Texts of the Constitution: Explaining Changes and Differences in the Shade of the Executive Power» en L. ROVNÁ y W. WESSELS (eds.), *EU constitutionalization: from the Convention to the Constitutional Treaty 2002-2005 – anatomy, analysis, assessment*, EUROPEUM Institute for European Policy, 2006, p. 70.

¹⁰³ Cf. Arts. 82(2) y 83(1) y (2) TFUE.

¹⁰⁴ La invocación del freno de emergencia no puede ser arbitraria, sino que: debe referirse a un proyecto legislativo actual (no previo o futuro); la preocupación del Estado debe estar relacionada exclusivamente con el impacto que la decisión puede tener para el sistema de justicia penal nacional, y sólo para éste; y, lo que está sujeto a una mayor apreciación discrecional por parte del Estado, debe éste explicitar por qué los aspectos del sistema penal nacional concernidos son tenidos por fundamentales y por qué se ven afectados por la medida en cuestión. Cf. sobre ello S. PEERS, «EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon», *European Law Review*, 33(2008), págs. 507-529 [pp. 526 y 527].

¹⁰⁵ Cf. Arts. 82(3) y 83(3) TFUE.

¹⁰⁶ Cfr., para estos requisitos, Arts. 326, 327 y 329 TFUE. Algunos autores critican la mecánica del freno de emergencia como resorte para el acceso automático (por la simple solicitud de nueve Estados miembros) a la cooperación reforzada. Para MONAR «no sólo porque elimina la decisión formal del Consejo que normalmente se requeriría, sino también la valoración obligatoria de ese marco de cooperación reforzada, que bien podría afectar a los intereses de Estados miembros no participantes» (cf. «Justice and Home Affairs...», op. cit.). Para I. LIROLA DELGADO, porque el doble juego de freno de emergencia y cooperación reforzada supone un condicionante importante para el desarrollo de la aproximación de las normas penales y procesales de la UE (particularmente para la operatividad del principio mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito penal) y un riesgo de fragmentación del espacio de libertad, seguridad y justicia (cf. «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *Revista General de Derecho Europeo* 16 (2008), pp. 18, 21 y 22).

Una última cuestión debe ser analizada: ¿la previsión de un freno de emergencia a la adopción de determinadas decisiones por mayoría cualificada podría ser considerada como un procedimiento especial a los efectos de habilitar el empleo de la «cláusula pasarela» del Art. 48(7) y por tanto permitir su erradicación a favor del procedimiento legislativo ordinario? A favor de la respuesta afirmativa militaría la expresa previsión por el TFUE de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de esa cláusula, lo que daría a entender que podría ser utilizada en todos los demás casos en que no se prevé la mayoría cualificada ordinaria; en contra, sin embargo, la idea de que, en verdad, se trata tan sólo de una especialidad procedimental al proceso legislativo ordinario y no de un procedimiento especial¹⁰⁷.

¿Qué impacto han tenido estos mecanismos en el proceso decisorio comunitario y cuál es la relevancia que cabe prever tengan en el futuro? Los frenos de emergencia no han sido empleados hasta la fecha más que con efecto dilatorio¹⁰⁸ y, a pesar de su complejidad formal puede que el futuro que les depare la realidad relativice la importancia de todo análisis normativo. En la práctica creemos poder pronosticar que el «freno de emergencia» difícilmente se invocará y, de emplearse, conducirá a una dilación en la adopción del acto y a una discusión del mismo al más alto nivel político, pero difícilmente llevará a establecer una cooperación reforzada. Las razones para esta afirmación son las siguientes: a) la existencia de mecanismos de exclusión (*opt-out*) previos y generales de determinados Estados en relación con las políticas del Tít. V TFUE (espacio de libertad, seguridad y justicia)¹⁰⁹; b) el

¹⁰⁷ Ésta parece ser la opinión de M. DOUGAN, cuando afirma que «desde el momento en que todas esas bases jurídicas (las que prevén el freno de emergencia) prevén el empleo del procedimiento legislativo ordinario y la adopción de decisiones en el seno del Consejo no está formalmente sometido a la exigencia de la unanimidad, puede asumirse que las especialidades del mecanismo de los «frenos de emergencia» no podrían ser suprimidas de acuerdo con la cláusula pasarela» («The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts», *Common Market Law Review* 45(2008), págs. 617-703, p. 644).

¹⁰⁸ Así lo afirma, p. ej., para los previstos en el ámbito de la PESC, G. DE BAERE, *Constitutional principles...*, op. cit. p. 135. Por otra parte, JO SHAW, se refiere a un posible supuesto de invocación del freno de emergencia que, no obstante, no culminó en la necesidad de constituir una forma de cooperación reforzada al lograrse el consenso en el seno Consejo Europeo: España habría hecho uso del freno de emergencia en relación a la normativa que pretendía aprobar el Estatuto de la Sociedad Europea, finalmente aprobada por el Consejo (Reglamento CE n.º 2157/2001), tras el consenso alcanzado en el Consejo Europeo de Niza en el año 2000 (cf. «Enhancing Cooperation after Nice: Will the Treaty do the trick?» en M. ANDENAS y J. A. USHER (eds.), *The Treaty of Nice and Beyond*, Hart Publishing, 2003, págs. 207-237, p. 217).

¹⁰⁹ Varios mecanismos de no participación (*opt-out*) se han incluido en el Tratado de Lisboa. En lo que para nosotros es relevante ahora, el Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia confiere a estos países el derecho a no participar en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del título V TFUE sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (incluidas medidas de modificación de la legislación existente). No obstante, en el plazo de tres meses desde la presentación de una iniciativa, podrán notificar al Presidente del Consejo su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida, tras lo cual tendrán derecho a hacerlo.

coste político que puede tener la invocación del mecanismo de emergencia, y más teniendo en cuenta que la actitud obstruccionista se aireará públicamente en todo caso (remitiéndose el asunto al más alto nivel político) y el Estado miembro que lo haya invocado no podrá ya esconderse bajo el anonimato del veto cuando el Consejo decide por unanimidad¹¹⁰; c) la escasa virtualidad que hasta ahora ha tenido la cooperación reforzada¹¹¹; d) la propia dinámica decisoria informal del Consejo se desarrollará seguramente también en este ámbito conforme al «hábito de consenso» que la caracteriza. Eso sí, el procedimiento consensual informal se desarrollará impelido, de una parte, por la posibilidad de recurrir al voto formal por mayoría cualificada en cualquier momento (la sombra del voto), pero también bajo el influjo que cualquier Estado (con la excepción de quienes han decidido no participar) puede ejercer mediante la amenaza de recurrir al freno de emergencia para fortalecer su posición negociadora (bajo la sombra de la dilación y el reenvío a otra instancia política de decisión).

V. EXCURSO: LOS HÁBITOS INFORMALES DE ADOPCIÓN DE DECISIONES EN EL CONSEJO: LA «COSTUMBRE DEL CONSENSO» Y LA DESMITIFICACIÓN DEL COMPROMISO DE LUXEMBURGO

Los estudios sobre las reglas de votación han estado dominados por dos

¹¹⁰ Coste que se incrementa enormemente en el caso de aquellos Estados que en principio no participan de las políticas de cooperación policial y judicial en materia penal (RU e Irlanda; cf. Protocolo n.º 21) pero que, excepcionalmente, opten por tomar parte en una medida concreta (tampoco Dinamarca participa en este ámbito, y ni siquiera hay previsto un mecanismo de *opting-in*; cf. Protocolo n.º 22).

Incluso ha señalado Damian CHALMERS que otros Estados miembros podrían impugnar ante el TJCE el recurso al «freno de emergencia» por parte del RU e Irlanda, alegando que al haber optado, en su caso, esos países por participar en la adopción de la medida (*opt-in*) se restringiría su derecho a hacer uso del mecanismo. Se podría argumentar, continúa, que el recurso al freno de emergencia sólo cabe sobre la base de que una propuesta afecta a aspectos fundamentales del sistema de justicia penal. Si tal ocurriera, el RU o Irlanda deberían simplemente no participar en la medida, siendo difícil para el Gobierno respectivo alegar posteriormente, de optar por tomar parte, que la misma en verdad sí afecta a tales aspectos fundamentales. Cf. House of Lords European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, vol. I, 10th Report, sesión 2007-08, HL paper 62-I, §6.51. Parece, no obstante, que el gobierno británico no es de la misma opinión, a la luz del Informe presentado al Parlamento por el *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* en Julio de 2007, con el título «The Reform Treaty. The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference, July 2007», en el cual insiste en que la salvaguarda del freno de emergencia.

«estará disponible incluso cuando el RU haya escogido previamente participar en una propuesta en este ámbito».

¹¹¹ En este sentido, no obstante, S. PEERS señala que la mera existencia del freno de emergencia puede favorecer que los Estados miembros (y Comisión y PE) estén más dispuestos a autorizar la cooperación reforzada (en relación a las materias penales) conforme a las reglas de autorización ordinarias, evitando así el drama de remitir el proyecto legislativo al Consejo Europeo. Cf. S. PEERS, «EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon», *European Law Review*, 33(2008), págs. 507-529 [pp. 523 y 524].

defectos: en primer lugar, la exagerada importancia que se ha atribuido a la perspectiva legal-formalista, esto es, al estudio *a priori* de las reglas codificadas sobre votación, insuficiente para explicar la verdadera relevancia real de esas reglas, la naturaleza del proceso de adopción de decisiones en el seno del Consejo y de la institución misma¹¹²; en segundo término, la fuerza de arrastre que han tenido ciertas ideas mistificadoras del tracto histórico de la aplicación de las reglas sobre votación y que han venido a quedar en evidencia en la última década.

Sólo recientemente, pues sólo en los últimos años se ha tenido acceso a la información documental del Consejo¹¹³, ha podido comenzar a evaluarse (con alguna certeza estadística) la relevancia real de las estructuras jurídico-formales que disciplinan la adopción de decisiones en el Consejo de la Unión Europea, y el resultado no deja de ser sorprendente. En efecto, a pesar de la reverencial importancia que se ha atribuido a la definición codificada de la regla de la mayoría cualificada, convertida en verdadero campo de batalla de feroces luchas políticas que han resultado en una absurda complejidad normativa a la medida de la satisfacción de las pretensiones individuales de los Estados miembros; a pesar de las prevenciones que éstos han tenido a la hora de consentir el abandono de la exigencia de unanimidad en favor de la mayoría cualificada para la adopción de decisiones (que se han plasmado en diversas obras de intrincada arquitectura procedimental y escasa relevancia práctica); a pesar, en fin, de los enormes esfuerzos que la ciencia política, la matemática estadística y los juristas han dedicado, con más o menos fortuna, a desentrañar las consecuencias que, *a priori*, cabe esperar de las reglas sobre la mayoría cualificada que han quedado plasmadas en los Tratados y el distinto poder para determinar coaliciones vencedoras o de bloqueo que a cada Estado atribuyen, a pesar de todo ello, decimos, lo cierto es que *el proceso decisorio en el Consejo está dominado, desde los orígenes de las comunidades*¹¹⁴, por un sólido hábito informal de consenso que en contadas

¹¹² Ha denunciado J. LEWIS que, «al pasar por alto la importancia de la integración informal, los investigadores no tienen en cuenta la posibilidad de que el Consejo evolucione hacia una construcción compuesta que combine elementos intergubernamentales y supranacionales», pues, continúa «las características supranacionales del Consejo descansan en gran medida en la integración informal» (cf. «Informal integration and the supranational construction of the Council», *Journal of European Public Policy*, 10(2003), págs. 996-1019, pp. 997-998).

¹¹³ El Consejo Europeo de Edimburgo de Diciembre de 1993 resolvió que el proceso decisorio en el Consejo debía hacerse más transparente y una de las medidas adoptadas para lograrlo fue la exigencia de que se comenzaran a publicar los registros de las votaciones efectuadas en el Consejo cuando actúe en su capacidad legislativa. Desde 1999, se publican en <http://consilium.europa.eu/>, por imposición del propio Tratado que, desde la reforma de Amsterdam, extiende la exigencia de publicidad a los resultados de las votaciones, las explicaciones de voto y las declaraciones en el acta (cf. *ex Art. 207(3) TCE*).

¹¹⁴ Ya Ernst B. HAAS señaló que un elemento esencial del rol del «Consejo especial de ministros» de la CEEA era «la consecución y la preservación del consenso entre sus propios miembros», por lo que el Consejo «no se considera a sí mismo como una conferencia diplomática permanente cuyos miembros sean libres para disentir y para bloquear la

ocasiones se ha abandonado¹¹⁵ y que en ningún caso ha impedido el recurso (eso sí, excepcional) a la decisión por mayoría cuando ésta estaba prevista en el texto del Tratado y las negociaciones fracasaban. Sus signos se han manifestado cuando los estudios empiristas se han abierto camino en los siguientes términos: 1) la adopción de la mayor parte de las decisiones en el seno del Consejo se efectúa sin recurrir a la votación formal bajo la mayoría cualificada, esto es, «en verdad, el Consejo raramente vota en el sentido de alzar las manos o presionar botones»¹¹⁶ (de la misma manera que también es excepcional la expresión formal del veto bajo la unanimidad); 2) cuando, excepcionalmente, tiene lugar una votación, muy raramente se produce una oposición significativa por parte de un número relevante de miembros del

acción común» (cf. *The uniting of Europe: political, social and economic forces, 1950-1957*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, reimp. de la 1.ª, 1958, 2004, p. 490). El consenso también dominó la adopción de decisiones en el Consejo de la CEE desde su misma fundación, incluso en aquellos ámbitos que progresivamente durante el período transitorio iban abandonando la exigencia de unanimidad a favor de la mayoría cualificada.

¹¹⁵ Consenso entendido como un acuerdo general sobre un asunto para el cual, quienes se oponen a su adopción no pueden dar su apoyo total pero están dispuestos a permitir que el órgano con poder decisorio adopte el acto sin recurrir a la votación formal. El *consenso* ha sido también el modo en que, desde sus orígenes, ha adoptado decisiones el Consejo Europeo habiéndose finalmente formalizado por el Tratado de Lisboa como la forma ordinaria de hacerlo, «excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa» (Art. 15(4) TUE), sin que precise, no obstante, qué deba ser entendido por tal. En este sentido, cabe destacar cómo otros instrumentos internacionales han codificado una definición del consenso: así las Reglas de procedimiento de la OSCE (adoptadas en la 633.ª Sesión Plenaria del Consejo de 2.11.2006), «por consenso se entenderá la ausencia de toda objeción expresada por un Estado participante a la adopción de la decisión que se esté examinando»; en el Acuerdo sobre el GATT (1947) se define en su Art. IX.1, nota 1: «si ningún miembro presente en la reunión donde la decisión es adoptada objeta formalmente a la decisión propuesta» (cf. sobre la adopción de decisiones por consenso en las organizaciones internacionales, H. G. SCHERMERS y N. M. BLOKKER, *International...*, op. cit., pp. 523-534). En el Reglamento interno del Consejo consta la previsión formal de un procedimiento semejante de adopción de decisiones, llamado *procedimiento escrito simplificado* y circunscrito al ámbito de la PESG, por el cual «la propuesta se entenderá adoptada una vez transcurrido el plazo fijado por la Presidencia en función de la urgencia del asunto, salvo objeción de un miembro del Consejo» (Art. 12(4) Regl. interno).

¹¹⁶ Cuando se ha alcanzado un acuerdo en los niveles inferiores del Consejo, la posición de las delegaciones absteniéndose o mostrándose contrarias a la decisión quedarán registradas en el documento que como «Asunto A» se eleve a la reunión de ministros, sin que tengan necesidad de volver a declarar su postura cuando se adopte la propuesta formalmente (y sin votación) al comienzo de la sesión. Cuando se trata de «Asuntos B», sobre los que no se ha alcanzado un compromiso, el Consejo de ministros tampoco votará expresamente: de una parte, la presidencia podrá en cualquier momento iniciar un voto indicativo, no vinculante, por el cual se explicita cuál sería la posición de los miembros del consejo si tuviera lugar la votación formal; de otra parte, para adoptar el acto bastará con que la presidencia considere que hay suficientes Estados a favor y que se ha hecho todo lo posible para subir a bordo a la minoría, si la hubiera, en cuyo caso la decisión se entenderá adoptada a través del simple expediente de hacer notar la Presidencia que la se ha alcanzado la mayoría requerida. Cf. M. WESTLAKE y D. GALLOWAY, *The Council...* op. cit., pp. 40-41.

Consejo¹¹⁷, sin perjuicio de que esa oposición se haya manifestado a través de otros medios formales no impeditivos de la decisión¹¹⁸; 3) por ello, muy difícilmente puede determinarse la existencia de coaliciones fieles y estables entre los Estados¹¹⁹; 4) la deliberación y decisión sobre la mayor parte de

¹¹⁷ Durante el período 1993-2004 la proporción de asuntos decididos sin ninguna abstención o voto en contra (i.e., por consenso) fue de entre 75 y 80%, porcentaje del cual aprox. el 47% comprendía a un solo Estado contestatario, por 19% que incluía dos y sólo un 16% más de tres, siendo las materias en las que preferentemente han tenido lugar la política pesquera y la PAC (HAYES-RENSHAW et al., HAYES-RENSHAW y WALLACE, MATTILA, MATTILA y LANE; HEISENBERG aporta incluso un porcentaje algo más alto). No obstante, debe tenerse en cuenta que los datos empíricos no dan a conocer el número de propuestas que la Comisión no formula debido a que sabe que no alcanzarán la mayoría necesaria, ni las iniciativas que retira o le son devueltas «para un estudio más detenido» (en relación a estas últimas GOLUB aporta el dato de que el 10% de las propuestas de la Comisión entre 1974-95 fueron retiradas). Cf. F. HAYES-RENSHAW, W. VAN AKEN y H. WALLACE, «When and why the EU Council of Ministers votes explicitly», *Journal of Common Market Studies*, 44(2006), págs. 161-194; F. HAYES-RENSHAW y H. WALLACE *The Council...*, op. cit., pp. 278 y ss.; M. MATTILA, «Contested decisions: empirical analysis of voting in the European Union Council of Ministers», *European Journal of Political Research*, 43(2004), págs. 29-50; M. MATTILA y J.-E. LANE, «Why unanimity in the Council?: a roll call analysis of Council voting», *European Union Politics*, 2(2001), págs. 31-52; D. HEISENBERG, «The institution of «consensus» in the European Union: formal versus informal decision-making in the Council», *European Journal of Political Research*, 44(2005), págs. 65-90; J. GOLUB, «In the shadow of the vote? Decision making in the European Community», *International Organization*, 53(1999), págs. 733-764.

¹¹⁸ A ello ha contribuido decisivamente, en efecto, la posibilidad de que los miembros del Consejo acompañen a la decisión adoptada una declaración formal, que se incluirá en el acta de la sesión del Consejo y se hará pública (cf. Arts. 207(3) TCE y 3(6) y 9 Regl. interno), lo que ha permitido que se aprueben decisiones incluso en asuntos sobre los que uno o más Estados tienen serias prevenciones, al permitir a estos en lugar de abstenerse o votar en contra, a hacer pública su oposición mediante tales declaraciones. Cf. S. HAGEMANN, «Voting, Statements and Coalition-Building in the Council from 1999 to 2006», en D. NAURIN y H. WALLACE (eds.) *Unveiling the Council of the European Union: Games Government Play in Brussels*, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2008, págs. 36-63 [pp. 45-52].

¹¹⁹ La estructura de las coaliciones y las relaciones de alianza (cuya relevancia, *a priori*, para determinar el poder de voto de un Estado es evidente según WINKLER) en el proceso decisorio que tiene lugar en el Consejo no responden a la coherencia y a la estabilidad, sino que los gobiernos se unen en diferentes combinaciones dependiendo del asunto, motivándose su postura más por razones de política nacional y de defensa de su posición ante sus propios parlamentos que por motivos compartidos con los otros gobiernos disidentes (HAYES-RENSHAW et al., op. cit.). Según HOSLI las coaliciones geográficas tradicionales (como la de los países del Benelux o la clásica cooperación franco-germana, cf. sobre esta última KAEDING y SELCK) han perdido relevancia, aunque virtualmente nunca se ha adoptado una decisión en contra de Francia y Alemania. Por otra parte, se ha destacado la ausencia de una dimensión ideológica derecha-izquierda en la formación de coaliciones (así, THOMSON et al.; en contra HAGEMANN, op. cit. que encuentra un patrón ideológico en la formación de coaliciones entre 1999 y 2004, pero no después, y MATTILA op. cit., quien encuentra evidencia tanto de una dimensión derecha/izquierda como de una dimensión pro/anti-integración que afecta a la predisposición de los Estados a una mayor resistencia a la adopción de decisiones) y, por el contrario, la presencia de una división norte-sur (países con alto PIB-países con bajo PIB), en asuntos relacionados con subsidios o con alternativas libre mercado-regulación (cf. THOMSON et al., ELGSTRÖM et al., MATTILA y LANE, op. cit., ZIMMER et al.; KAEDING y SELCK) aunque THOMSON et al. no la consideran

los asuntos tiene lugar en los niveles burocráticos del Consejo (Coreper y grupos de trabajo), en los que no pueden tener lugar, como tal, una votación formal, con una escasa implicación de los Ministros (a los que, no obstante, se reserva en exclusiva la adopción formal de todos los actos)¹²⁰; 5) este «hábito de consenso» ha mostrado una enorme solidez resistiendo, de una parte, a las sucesivas ampliaciones¹²¹, y de otra, a la inercia que el

significativa (sólo determinó la formación de coaliciones en 1/3 de 174 asuntos estudiados) para impedir la afirmación de que falta una estructura homogénea y previsible de las posiciones de los actores del Consejo. Cf. G. M. WINKLER, «Coalition-Sensitive Voting Power in the Council of Ministers: The Case of Eastern Enlargement», *Journal of Common Market Studies*, 36(1998), págs 391-404. M. O. HOSLI, «Coalitions and power: effects of qualified majority voting in the Council of the European Union», *Journal of Common Market Studies*, 34(1996), págs. 255-273; M. KAEDING and T. J. SELCK, «Mapping Out Political Europe: Coalition Patterns in EU Decision-Making», *International Political Science Review*, 26(2005), pp. 271-90; R. THOMSON, J. BOEREFIJN y F. STOKMAN, «Actor alignments in European Union decision making», *European Journal of Political Research*, 43(2004), págs. 237-261; O. ELGSTRÖM, B. BJURULF, J. JOHANSSON y A. SANNERSTEDT, «Coalitions in European Union negotiations», *Scandinavian Political Studies*, 24(2001), págs. 111-128; Ch. ZIMMER, G. SCHNEIDER y M. DOBBINS, «The Contested Council: Conflict Dimensions of an Intergovernmental EU Institution», *Political Studies*, 53(2005), págs. 403-422.

¹²⁰ Globalmente (aunque las cifras varían significativamente de una formación del Consejo a otra), aproximadamente sólo el 35% de los asuntos son decididos a nivel ministerial (HÄGE, y HAYES-RENSHAW y WALLACE, op. cit.) en tanto que en los niveles administrativos del Consejo la distribución es del 22% de decisiones adoptadas por los Comités (Coreper I y II y Comité Especial de Agricultura) y el 43% los grupos de trabajo (HÄGE). El último autor citado, al tomar en cuenta los falsos asuntos A –sometidos a discusión como asuntos B a nivel ministerial y devueltos a los niveles administrativos para solución de cuestiones técnicas, para regresar de nuevo al Consejo como asuntos A– llega, no obstante, a la conclusión de que el Consejo intervino al más alto nivel en el 48% de los asuntos. Cf. Frank M. HÄGE, «Who decides in the Council of the European Union?», *Journal of Common Market Studies*, 46(2008), pp. 533-558, que aportan datos sobre todas las formaciones del Consejo. También M.P.Ch.M. VAN SCHEDELEN, «“The Council decides”: does the Council decide?», *Journal of Common Market Studies*, 34(1996), pp. 531-548 cuyos datos se circunscriben a los asuntos de política agrícola; también sectorial, M. SKOU ANDERSEN y L. NORDVIG RASMUSSEN, «The making of environmental policy in the European Council [sic]», *Journal of Common Market Studies*, 36(1998), pp. 585-597.

¹²¹ La ampliación del número de Estados miembros no ha alterado, en efecto, los elementos definidores del consenso en el Consejo, demostrando los nuevos Estados una rápida interiorización de la «cultura del consenso». Ya en relación a la ampliación de 1995 lo pusieron de manifiesto MATTILA y LANE, op. cit.; y en relación a la ampliación de la UE a 25 y 27 Estados, así lo han demostrado los más recientes estudios: del total de decisiones adoptadas entre 2004 y 2006, se calcula que aproximadamente el 90% lo fueron por unanimidad (i.e. consenso), en tanto que, coherentemente, el número de actos decididos con algún voto en contra cuando la regla es la mayoría cualificada ha sido del 18% (ambos datos más favorables al consenso que los del período pre-2004). En un tercio de los casos, sólo un Estado ha ocupado la minoría, por algo menos de un tercio en que lo han hecho dos o tres Estados, mientras que en sólo un 13% la coalición disidente ha sido de seis o más miembros del Consejo (MATTILA). Por todo ello, no sólo no se ha detectado una disminución de la producción legislativa sino, incluso al contrario, un aumento del número de actos adoptados (HAGEMANN). La importancia de las declaraciones formales al derecho derivado y su aumento desde la adhesión de los 10 nuevos Estados ha sido destacada por HAGEMANN et al.:2007, llegando a afirmar que «desde la amplia-

paso de la unanimidad a la adopción de decisiones por mayoría cualificada podía generar a favor de un mayor recurso al voto formal¹²².

No obstante esta evidencia, un convencionalismo repetido ritualmente como si de una fórmula sacramental se tratara¹²³, ha hecho absolutamente mayoritaria hasta hoy día la convicción de que la adopción de decisiones en

ción, los miembros del Consejo han utilizado las declaraciones formales en la misma medida que el voto para expresar su desacuerdo». Por otra parte, persiste la división norte-sur en la formación de coaliciones, aunque con desviaciones geográficas claras (MATTILA, HAGEMANN, NAURIN y LINDAHL). Y mientras que para MATTILA y HAGEMANN no se ha creado un nuevo patrón de coaliciones norte-sur-este, esto sí ha ocurrido para NAURIN y LINDAHL, quienes señalan además una tendencia de los nuevos países del este a cooperar con el bloque de Estados del norte. Cf. En D. NAURIN y H. WALLACE (eds.) *Unveiling the Council of the European Union: Games Government Play in Brussels*, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2008 los siguientes trabajos: M. MATTILA, «Voting and coalitions in the Council after the Enlargement» págs. 23-35; D. NAURIN y R. LINDAHL, «East-North-South: Coalition-Building in the Council before and after enlargement», págs. 64-78; S. HAGEMANN, «Voting, Statements and Coalition-Building in the Council from 1999 to 2006», págs. 36-63. Ver también el completo estudio de S. HAGEMANN y J. DE CLERCK-SACHSSE, «Old rules, new rules – Decision-making in the Council of Ministers after the 2004 enlargement», *CEPS – special report*, marzo 2007.

¹²² Así, p. ej., en el ámbito de la PESC, pese a la introducción de la mayoría cualificada en el Tratado de Amsterdam aún con muchas prevenciones, señalan S. KEUKELEIRE y J. MACNAUGHTAN que estas previsiones son *irrelevantes* en la medida en que en la práctica la adopción de decisiones por consenso y sin votación formal en la PESC han seguido siendo la norma (haciéndose, en cambio, abundante uso, a iniciativa de la Presidencia, del art. 12 del Regl. interno, que regula el procedimiento escrito simplificado de votación). Cf. *The foreign policy of the European Union*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008, pp. 109-115.

¹²³ Ejemplos, más o menos matizados, de la opinión tradicional son: J. PETERSON y E. BOMBERG, *Decision-making in the European Union*, Londres: Palgrave MacMillan, 1999, p. 49; S. WEATHERILL y P. BEAUMONT, *EU Law...* op. cit., p. 82; S. LASOK y J. W. BRIDGE, *Law & Institutions of the European Communities*, Londres: Butterworths, 4.^a, 1987, p. 208; M. VASEY, «Decision making in the agriculture Council and the “Luxembourg Compromise”», *Journal of Common Market Studies*, 31(1993), pp. 725-732, [p. 731]; A. ARNULL, A. DASHWOOD, M. DOUGAN, M. ROSS, E. SPAVENTA y D. WYATT, *Wyatt & Dashwood's European Union Law*, London: Sweet & Maxwell, 5.^a, 2006, pp. 71-72; A. L. TEASDALE, «The life and death of the Luxembourg Compromise», *Journal of Common Market Studies*, 31(1993), págs. 567-579 [p. 570]; M. WESTLAKE y D. GALLOWAY, *The Council of the European Union*, Hart Publishing, 3.^a, 2004, pp. 234-236; D. DINAN, *Ever closer Union: an introduction to European integration*, Londres: Palgrave MacMillan, 3.^a, 2005, pp. 50-52; N. NUGENT, *The government and politics of the European Union*, Londres: Palgrave MacMillan, 6.^a, 2006, pp. 212, 213.

En la doctrina española, cabe citar, entre los tratados clásicos: R. ALONSO GARCÍA, tanto en *Derecho Comunitario...*, op. cit., pp. 65-70, como en *Sistema jurídico...*, op. cit., p. 24; P. Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA, J. A. GONZÁLEZ VEGA, B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid: Eurolex, 1999, pp. 168 y 169; A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 5.^a, 2005, pp. 174 y 175;

También en la doctrina francesa: cf. por ejemplo J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, París: Dalloz, 3.^a, 2004, pp. 312-316; G. ISAAC y M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, París: Dalloz, 6.^a, 2006, pp. 83 y 84; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, París: Ljdj, 5.^a, 2006, pp. 426-429.

el Consejo, hasta la reforma de los Tratados originarios por el Acta Única Europea, se efectuaba *de facto* por unanimidad aún en aquellos ámbitos en que operaba la mayoría cualificada, desplazando la aplicación de las reglas formales sobre el voto previstas en los Tratados, y sometiendo implícitamente el proceso decisorio a un derecho de veto individual del que serían titulares los Estados miembros y que el Compromiso de Luxemburgo, desde 1966, habría venido a reconocer cuando intereses nacionales importantes estuvieran en juego. Esta dinámica habría paralizado el proceso decisorio comunitario durante dos décadas sometiendo a la integración europea a un período de «*lourdeur*», «*esclerosis*», «*estancamiento*»; «años oscuros», como han sido calificados, a los que habría puesto fin el AUE (y la reforma del Reglamento interno del Consejo de 1987), momento a partir del cual la votación formal por mayoría cualificada habría sido ya habitual y recurrente y ningún poder de veto individual ostentarían los Estados en aquellos ámbitos sujetos al principio mayoritario.

Pues bien, los análisis empíricos sobre el proceso decisorio aportan datos decisivos para desmentir este planteamiento¹²⁴, demostrando que en los años 1966-1986 no puede hallarse una disminución drástica en la producción legislativa (ni en el número de propuestas de la Comisión ni en el de normas adoptadas por el Consejo), ni dilución de la relevancia del contenido sustantivo de las propuestas¹²⁵, ni tan siquiera ralentización alguna del proceso decisorio en general (i.e., del tiempo que transcurre entre que la Comisión propone una medida y esta es aprobada por el Consejo), como consecuencia de un procedimiento decisorio dominado presumiblemente por un derecho de veto y por la unanimidad *de facto*, y el abandono de la adopción de decisiones por mayoría cualificada (*de iure*)¹²⁶. La regla de la

¹²⁴ Que por lo menos no puede ya, de ninguna manera, estimarse incontrovertible, como parece hacer p. ej. C. GUTIÉRREZ ESPADA, al afirmar: que «el Compromiso de 1966 paralizó el funcionamiento de las Comunidades durante no pocos años y en muchos ámbitos *no es hoy puesto en duda por nadie*» («La reforma de las instituciones en el Proyecto de Tratado constitucional presentado por la Convención (2003)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16(2003), págs. 897-941, p. 928).

¹²⁵ S. KRISLOV, C.-D. EHLERMANN y J. WEILER, distinguen entre una *lourdeur* mecánica y una *lourdeur* sustantiva. En relación a esta última sí encuentran cierta rebaja en la importancia de las propuestas de la Comisión en los períodos 1970-73 y 1977-81, aunque señalan que no existe ninguna explicación razonable para ello («The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community» en M. CAPELLETTI, M. SECCOMBE y J. WEILER (eds.) *Integration through law: methods, tools and institutions*, Berlin: De Gruyter, 1986, págs. 3-110 [pp. 30-59]).

¹²⁶ Destaca el trabajo seminal sobre la cuestión de J. GOLUB, «In the shadow of the vote? Decision making in the European Community», *International Organization*, 53(1999), págs. 733-764, quien en «Did the Luxembourg Compromise have any consequences?», en *Visions, Votes and Vetoes. The Empty Chair Crisis and the Luxembourg Compromise Forty Years On*, ed. por J.-M. PAYLARET, H. WALLACE y P. WINAND, Bruselas: P.I.E./Peter LANG, 2006, págs. 279-299 señala que, a la vista de los datos aportados, sólo puede atribuirse al Compromiso un efecto en la actividad legislativa hasta mediados de 1967; en el mismo sentido, años antes, el trabajo de S. KRISLOV et al., «The political organs and the decision-making...», *op. cit.* para el período 1958-81 y el texto de T. SLOOT y P. VERSCHUREN, «Decision-making speed in the European Community», *Journal of Common Market Studies*, 29(1990), págs. 75-

mayoría cualificada ha tenido, pues, un efecto similar en los años previos y posteriores al AUE¹²⁷ y los problemas que ha debido afrontar el proceso decisorio comunitario (y la integración europea en general¹²⁸) se han de buscar en otras circunstancias¹²⁹.

A la vista de lo dicho, es necesario preguntarse ¿qué lugar ocupa en la historia y el derecho de la integración europea el Compromiso de Luxemburgo? Prescindiendo de una caracterización jurídica concreta del Compro-

85, quienes para el período 1975-86 encuentran un rápido y progresivo incremento general en la velocidad del proceso legislativo.

¹²⁷ Cf. J. GOLUB, «Survival analysis and European Union decision-making», *European Union Politics*, 8(2007), págs. 155-179 [pp. 167 y ss.] y las correcciones contenidas en J. GOLUB y B. STEUNENBERG, «How time affects EU decision-making», *European Union Politics*, 8(2007), págs 555-566. Debe destacarse que ni tan siquiera en los tiempos de la esclerosis se ha podido demostrar que el recurso a la mayoría cualificada estuviera absolutamente desterrada del proceso decisorio en el Consejo, como lo demuestra el hecho de que fuera habitual para la adopción del presupuesto, en cuestiones de personal y en asuntos de naturaleza técnica y de detalle de la PAC y de la política comercial, ámbitos éstos precisamente en los que J. DE RUYT y J.-L. DEWOST señalan un aumento del número de votaciones por mayoría entre 1980 y 86, datos que se han utilizado en ocasiones para argumentar a favor de la parálisis de los años anteriores en contraste con la dinamización que habrían hecho posible desde esas fechas el declinar del influjo del Compromiso de Luxemburgo y una evolución calificada de «espectacular». En realidad, nos inclinamos por pensar que en verdad se trata de cambios poco significativos que bien podrían demostrar sólo un aumento de la conflictividad en la adopción de decisiones en determinados ámbitos como consecuencia de factores históricos distintos (como, p. ej., las reivindicaciones financieras del RU, cuestión a la que se vinculó el acuerdo en otros ámbitos, la incorporación de nuevos Estados miembros con niveles de renta inferiores y economías predominantemente rurales...). Cf. J. DE RUYT, *L'Acte Unique Européen*, Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 1987, pp. 116-117 y J.-L. DEWOST, «Le vote majoritaire: simple modalité de gestion ou enjeu politique essentiel», en F. CAPOTORTI et al. (eds.), *Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden: Nomos, 1986, págs. 167-175.

¹²⁸ También desde un punto de vista histórica cabe relativizar la decadencia tradicionalmente atribuida a el proceso de integración durante esos años como efecto del Compromiso de Luxemburgo, especialmente a la vista de los importantes logros alcanzados durante la segunda mitad de los años 60. Cf. N. P. LUDLOW, «The eclipse of the extremes. Demythologising the Luxembourg Compromise», en W. LOTH (ed.), *Crises and Compromises: The European Project 1963-1969*, Baden-Baden: Nomos, 2001, págs. 247-264 [pp. 250 y 251] y, desde una perspectiva general y analizando los logros de la integración durante los años 70 A. AVESTI, «Intergovernmentalist theory and eurosclerosis: a critique», *PAÍS graduate working papers*, n.º 02/06.

¹²⁹ Como, p. ej., la necesaria adaptación a la reforma institucional operada por el Tratado de fusión de los ejecutivos de 1965; la *self restraint* de la Comisión Jenkins durante los años 70; el papel del Coreper y los cambios en los procedimientos internos de la Comisión; el gran número de normas que en los Tratados originarios exigían formalmente la unanimidad (aún después del período transitorio 48 artículos preveían la adopción de decisiones por unanimidad por sólo 25 por mayoría y especialmente todas las cuestiones relacionadas con legislación del mercado interior en virtud del Art. 100); las grandes diferencias en las preferencias de los Estados miembros; la elección de Margaret Thatcher como primer ministro en 1979; el creciente papel, más allá del mero rol de consulta, que en el proceso de adopción de decisiones se fue atribuyendo al Parlamento (lo que ha redundado en una mayor lentitud del mismo).

miso, las Conclusiones de la sesión extraordinaria que el Consejo celebró en Luxemburgo los días 17, 18, 27 y 28 de enero de 1966 que puso término a la grave crisis constitucional que habían sufrido las Comunidades Europeas desde julio de 1965¹³⁰, asumían un acuerdo entre los entonces seis Estados miembros relativo al procedimiento de votación por mayoría en virtud del cual, en el caso de decisiones susceptibles de ser tomadas por mayoría cualificada, cuando estuvieran en juego *intereses muy importantes* de una o de varias partes los miembros del Consejo se esforzarían en llegar a soluciones que pudieran ser adoptadas por todos los miembros del Consejo en el respeto de sus intereses mutuos y de los de la Comunidad. Ahora bien, disentían los miembros del Consejo (de ahí la popular definición del Compromiso como *agreement to disagree*) a la hora de determinar hasta dónde debían llegar esos esfuerzos y qué debería hacerse en el caso de que la conciliación no tuviere éxito: mientras que para Alemania, Italia y los Estados del Benelux los esfuerzos deberían limitarse a un «tiempo razonable» (lo que implícitamente suponía que la pervivencia de la afección a un interés nacional importante tras los esfuerzos conciliadores no impedía la adopción de la decisión si se contaba con una mayoría suficiente), para la delegación francesa, en cambio, cuando se tratara de intereses muy importantes, la discusión debería proseguir hasta que se llegara a un acuerdo unánime¹³¹, lo que implícitamente garantizaba un derecho de veto individual, pues si no se alcanzaba el acuerdo de todos, no podría adoptarse la decisión. Esta última fue la versión del compromiso que prevaleció en el imaginario colectivo de los actores y estudiosos de la Comunidad, los cuales, embriagados por la semántica política, contribuyeron decisivamente a la construcción de uno de los grandes mitos de la historia de la integración europea.

En su «versión francesa», el Compromiso de Luxemburgo sería contrario a la letra y espíritu de los Tratados (somete a una unanimidad coactiva *de facto* decisiones que pueden adoptarse normalmente por mayoría cualificada), inválido desde el punto de vista constitucional por ser frontalmente contrario a la obligación impuesta (ahora y entonces) por el Art. 7(2) TCE, en

¹³⁰ El análisis histórico de la «crisis de la silla vacía» cuenta con una abundante bibliografía. Entre las fuentes secundarias contemporáneas a los hechos destacamos: J. LAMBERT «The Constitutional Crisis 1965-66», *Journal of Common Market Studies* 4(1966), pp. 195-228 y J. NEWHOUSE *Collision in Brussels: The Common Market crisis of 30 June 1965*, London: Faber and Faber, 1967. En la obra colectiva editada por Wilfried LOTH, *Crises and Compromises: The European Project 1963-1969*, Baden-Baden: Nomos, Bruxelles: Bruylant, 2001, se dedican varios trabajos, en su capítulo II (pp. 157-246) a la crisis de la «silla vacía», destacando la perspectiva histórico-política sobre la jurídica. Igualmente, es digno de mención el exhaustivo trabajo sobre la época de N. PIERS LUDLOW, *The European Community and the Crises of the 1960s*, Routledge, 2006, especialmente pp. 65-124. Recientemente se ha editado un importante trabajo dedicado al Compromiso de Luxemburgo y a los hechos históricos de que trajo causa: Jean-Marie PAYLARET, Helen WALLACE y Pascaline WINAND (eds.), *Visions, Votes and Vetoes. The Empty Chair Crisis and the Luxembourg Compromise Forty Years On*, Bruselas: P.I.E / Peter LANG, 2006.

¹³¹ Cf. *Bulletin de la CEE*, n.º 3, marzo 1966, pp. 5.

virtud del cual cada institución debe actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado¹³² (y del que el TJCE ha deducido la prohibición de alterar el equilibrio institucional establecido por aquél), y por constituir una reforma de las reglas sobre votación previstas en los Tratados sin respetar el procedimiento establecido para ello; sería, además, técnicamente imposible ponerlo en práctica sin violar las normas procedimentales esenciales previstas en el Reglamento interno del Consejo. De hecho, ni está, ni ha estado nunca en vigor, *de facto* o *de iure*, un derecho de veto en favor de los Estados miembros en el sentido jurídicamente vinculante de que la invocación del mismo *imponga* a los otros Estados la obligación de prolongar indefinidamente las negociaciones sin que se pueda comprobar formalmente la existencia de una mayoría suficiente y pudiendo conducir, finalmente, a que no se adopte decisión alguna¹³³. Ese aserto del acuerdo adolecería de una inconstitucionalidad radical, por contrario a las normas sobre votación, que ningún efecto produciría ni habría podido producir (*quod nullum est nullum effectum producit*).

Por el contrario, el Compromiso de Luxemburgo dejó inalterados los poderes de decisión del Consejo al tiempo que influyó en sus prácticas informales. Para medir esa influencia, debe establecerse la distinción entre el impulso que indudablemente recibió la búsqueda del consenso (a través de la exigencia del inciso primero de que los miembros del Consejo deberán esforzarse, cuando intereses importantes de un Estado miembro están en juego, y «durante un tiempo razonable» en alcanzar un acuerdo unánime), y el efecto, como tal, de la invocación formal del Compromiso como pretendido «derecho de veto» por un Estado miembro para impedir que se votara sobre un determinado asunto. Sólo alrededor de una decena de veces durante los quince años siguientes a 1966 un Estado miembro invocaría el Compromiso¹³⁴ y, pese a que se desconozcan las circunstancias exactas en que ello ocurrió, nada indica que tuviera el efecto propio de un veto, más allá de la

¹³² TdL: Art. 13(2) TUE. Cf. S. LASOK y J.W. BRIDGE, *Law & Institutions of the European Communities*, Londres: Butterworths, 4.ª, 1987, p. 207.

¹³³ Para una crítica de los intentos de caracterizar jurídicamente el Compromiso (en especial como convención constitucional), cf. J. BAQUERO CRUZ, «The Luxembourg Compromise from a legal perspective. Constitutional convention, legal history or political myth», en *Visions, votes and vetoes. The empty chair crisis and the Luxembourg Compromise forty years on*, ed. por Jean-Marie PAYLARET, Helen WALLACE y Pascaline WINAND, Bruselas: P.I.E / Peter Lang, 2006, p. 274).

¹³⁴ Cf. Anthony L. TEASDALE, «The life and death of the Luxembourg Compromise», *Journal of Common Market Studies*, 31(1993), págs. 567-579 [p. 570].

Es llamativo el hecho de que uno de los Estados que de forma militante han defendido el Compromiso, como derecho de veto, como una de las condiciones en virtud de las cuales se adhirió a las comunidades, integrante del *aquis communautaire*, y que en numerosas ocasiones ha recordado su vigencia inalterada, el Reino Unido, parece que únicamente lo invocó en dos ocasiones: la primera en 1978, en relación a una decisión que se pretendía adoptar por mayoría sobre un acuerdo en materia de pesca con Suecia y las Islas Feroe (entonces la presidencia alemana optó por no iniciar la votación), la segunda en 1982, en relación al acuerdo sobre fijación de precios agrícolas, que más adelante se examina (fte. *House of Lords*, Q1134 – WA172, 2.3.1999).

pura sugestión psicológica que el influjo de la semántica política podría haber provocado en aquél acerca de que ejercitaba un verdadero derecho de tal naturaleza.

La mecánica práctica del Compromiso en los ejemplos de comienzos de los años 80 que se han descrito en la literatura pueden servirnos para demostrar nuestra afirmación: la invocación expresa de un pretendido derecho de veto conforme al Compromiso de Luxemburgo en contra de la voluntad de un número suficiente Estados miembros (suficiente para constituir una mayoría de adopción), siempre se ha visto frustrada y en ningún caso ha impedido el inicio de la votación y la adopción, en su caso, de la decisión controvertida¹³⁵. Por el contrario, alegada la existencia de un interés nacional importante y compartidas las razones para ello (sea por motivo de interés propio del Estado o por «militancia» en la defensa del pretendido de «derecho de veto», o por las razones que fueran) por una minoría suficiente de miembros del Consejo (suficiente para constituir una minoría de bloqueo), se ha impedido o bien el inicio mismo de la votación o bien la adopción del acto¹³⁶. Pero esto, ha de reconocerse, ya no es, ni ha sido nunca, el

¹³⁵ Así, en mayo 1982, en relación a la adopción de una decisión del Consejo sobre fijación de precios anuales de productos agrícolas, el RU invocó el veto que, entendía, le reconocía el Compromiso de Luxemburgo, alegando la existencia de un interés nacional especialmente importante (si bien relacionado no con la cuestión objeto de discusión, sino relativo a la pretensión de que se redujera su contribución neta al presupuesto comunitario). Puesto que sólo Grecia y Dinamarca defendieron que la postura del RU y sus votos no eran suficientes para bloquear (legalmente) la adopción de la decisión, la presidencia belga ordenó proceder a la votación formal.

En diciembre de 1982 y junio de 1983, el gobierno danés trató de vetar la adopción de dos decisiones del Consejo (ambas en materia de política pesquera común), y en su soledad fracasó.

Fte.: ver siguiente nota.

¹³⁶ Así, en junio de 1985, a la delegación alemana no le bastó con invocar el Compromiso de Luxemburgo para impedir que la presidencia italiana del Consejo diera paso a la votación formal de una decisión sobre reducción de precios de productos agrícolas (en concreto, colza y cereales). No obstante, sólo Italia y los tres países del Benelux votaron a favor de la adopción de la medida, en tanto que el resto de países respetaron los intereses alegados por Alemania y votaron en contra, por lo que fue rechazada. Es un nuevo fracaso del Compromiso entendido como derecho de veto.

En 1988, el gobierno de Grecia invocó el Compromiso de Luxemburgo en la discusión de los precios agrícolas para el período 1988-89 sobre la adecuación de los precios al valor de su moneda nacional, recientemente devaluada, demanda que apoyaron Dinamarca, Francia, RU e Irlanda, alcanzándose un acuerdo (falso veto). Después, rechazando la interpretación propuesta por la Comisión del compromiso alcanzado en el Consejo, volvió a invocarlo, esta vez sin el apoyo de un número suficiente de Estados y, por tanto, de forma infructuosa.

Los ejemplos los tomamos de Jean DE RUYT, *L'Acte Unique...* op. cit., loc. cit.; Martin VASEY, «The 1985 farm price negotiations and the reform of the Common Agricultural Policy», *Common Market Law Review*, 22(1985), págs. 649-672, [p. 666]; Martin VASEY, «Decision making in the agriculture Council and the "Luxembourg Compromise"», *Common Market Law Review*, 25(1988), págs. 725-732 [pp. 726-728] y Alan AWINBANK, «The common agricultural policy and the politics of European decision making», *Journal of Common Market Studies*, 27(1989), págs. 303-322 [pp. 307-313].

territorio del «derecho de veto» (capacidad de bloqueo de un solo Estado), sino precisamente la negación del mismo, el de la aplicación ordinaria de las reglas que definen la mayoría cualificada y la formación de la minoría impeditiva de la adopción de la decisión y de la «lucha por el consenso» a través ellas. Esta es, en nuestra opinión, la dinámica que prevaleció también durante los quince años anteriores y la demostración palpable de que nunca existió, tampoco *de facto*, derecho de veto alguno, sino funcionamiento (implícito) regular de las reglas formales del Tratado. Cuestión distinta es que se reconociera cierta preeminencia, en el proceso decisorio, a la presencia de intereses nacionales especialmente importantes de uno o varios Estados miembros (como lo demuestra el hecho de que al parecer hubiera delegaciones que contaran con instrucciones de atender las alegaciones que, con relación a la presencia de un interés de esa naturaleza, pudieran hacer otros miembros del Consejo¹³⁷) y que se construyera el consenso, en ocasiones, precisamente en torno a la preservación de esos intereses (forzado aquel, en su caso, por la presencia de una minoría cualificada –y legal– de bloqueo formada por el Estado o Estados titulares del interés nacional vital y, eventualmente, por aquellos con particular sensibilidad hacia el interés alegado)¹³⁸. Pero ello, reiteramos, pertenece al juego normal de las reglas sobre

¹³⁷ Se ha dicho que éste sería el caso de las delegaciones portuguesa, danesa y británica. La intención de poner en práctica este *modus operandi* ya la habría manifestado el propio gobierno francés, según Jean LECERF, por boca de su ministro de exteriores, M. COUVE DE MURVILLE, en 1965 (Cf., *Histoire de l'unité européenne – vol. II. La communauté en péril*, París: Gallimard, pp. 45 y 46). Las instrucciones del gobierno alemán parecen que eran precisamente en sentido contrario: oponerse, en todo caso, a la razón del interés nacional vital invocado por un Estado para no dar inicio a la votación y forzar la búsqueda del consenso.

¹³⁸ Una minoría de bloqueo que no creemos se formara automáticamente bajo las indicadas «instrucciones», bastando a un Estado con pronunciar las palabras rituales «interés nacional vital en juego», con independencia de las circunstancias, para que estuviera garantizado el apoyo de un número significativo de delegaciones capaz de constituir, en su caso, una minoría de bloqueo. Esa ficción queda desmentida por la propia continuidad de los datos sobre el proceso legislativo comunitario que se han aportado (que no demuestran relevancia alguna de una pretendida esclerosis en la dinámica decisoria en el Consejo, como sería el caso si las palabras mágicas citadas hubieran operado, maquinalmente y de forma tan sencilla, el efecto descrito), por los ejemplos que hemos mostrado sobre el modo en que habría entrado en juego el Compromiso (invocado un interés nacional, debe *convencerse* a los demás que se trata de un interés muy importante o vital que peligra como consecuencia del acto comunitario proyectado) y en fin, por la propia dinámica negociadora en el seno del Consejo, que hace poco creíble esa automaticidad (parece más realista considerar que el Estado se sumará o no a la minoría cualificada no por solidaridad con el Estado cuyo interés nacional vital parece en riesgo, sino movido por un interés nacional propio y distinto, seguramente, en que la medida no se adopte, o se haga en unos términos o en otros; por ello, en el primer momento en el que los intereses de una mayoría cualificada de Estados fueron diferentes a los de la delegación que invocó un interés nacional vital, este quedó postergado y la medida fue adoptada).

Los términos en los que esas instrucciones habrían tenido efecto parecen otros, como ha tenido ocasión de señalar recientemente el ministro del RU para Europa ante la pregunta de un miembro de la *House of Lords* acerca de si la delegación británica tenía la instrucción de apoyar a un Estado que declarara un interés nacional:

Well, under an arrangement, if someone declares it, we examine it to come to a view as to whether it is a legitimate claim and, when it is a legitimate claim, we would

formación de minorías de bloqueo, excitada¹³⁹, si se quiere, por la presencia del interés nacional vital de un Estado que un número suficiente de miembros del consejo comparte que debe ser tenido en cuenta. Se trataría, pues, no de un proceso decisorio conducido «bajo la sombra del veto», sino bajo la sombra de la formación activa de minorías de bloqueo legales impulsada por cierta centralidad reconocida al interés nacional de los Estados miembros, cuando así es explicitado y sólo en determinadas circunstancias¹⁴⁰.

De esta forma, la existencia pasada y actual del Compromiso de Luxem-

work with others to respect that vital national interest, but I am sure your Lordship would accept that we do not, nor should we ever, take as unconditional, superficial and at face value the claim by another about it being a vital national interest, but, where it is proven to be the case, the United Kingdom Government is sympathetic to that political arrangement that has been in place for many years, yes (*House of Lords – Special Committee on EU – Minutes of Evidence*, 19.12.2007, Q 262).

¹³⁹ En efecto, esa predisposición a atender las alegaciones de un Estado sobre la existencia de un interés nacional vital podrían haber favorecido la creación de minorías cualificadas de bloqueo lo que no obstante, reiteramos no guarda relación con derecho de veto alguno. Pensemos que si Francia estaba dispuesta a apoyar a un Estado que invocara un interés nacional importante en juego y que desde 1973 el RU haría otro tanto, la invocación del Compromiso prosperaría no como derecho de veto individual, sino porque se habría formado una minoría de bloqueo conforme a las reglas de votación (y que algunos confusamente califican de «veto legal»). En efecto, recuérdese en este sentido que en la Europa de 6 Estados bastaba para constituir una minoría de bloqueo (6 votos), con la concurrencia de uno de los tres grandes y Bélgica o Países Bajos, por lo que, en ningún caso, una decisión podía adoptarse contra la voluntad de dos Estados grandes. Esto quiere decir que era suficiente con que Francia (país, como hemos visto, dispuesto a hacerlo) apoyara a cualquiera de los otros miembros del Consejo (salvo Luxemburgo), que invocara un interés vital, para que quedara formada una minoría natural (y legal) de bloqueo, en tanto que, en sentido contrario, siendo Francia el país que invocara un interés nacional relevante y se opusiera a la adopción de la decisión, sólo podría haber sido ignorada por una coalición de cuatro Estados (de nuevo Luxemburgo es irrelevante) que votara a favor del acto. Tras la primera ampliación y la incorporación de RU e incluso tras la segunda ampliación, la situación fue aún más clara, dada la predisposición de dos países grandes a bloquear (repetimos, legalmente, nada que ver con derecho de veto alguno) la adopción de cualquier decisión cuando un interés vital, reconocido como tal, de otro Estado pudiera verse perjudicado.

¹⁴⁰ En qué forma y circunstancias, y con qué requisitos deba el Estado miembro manifestar la concurrencia de un interés nacional vital, es una cuestión que ha merecido la atención de algunos documentos, una muestra más de que la relevancia del interés nacional no es reconocida de forma incondicional y automática. Así, pueden encontrarse referencias sobre la exigencia de que deba tratarse de un interés nacional directamente relacionado con el asunto sometido a discusión, y que tenga carácter «vital». También sobre la necesidad de que deban explicarse plena y formalmente, en su caso a través de un procedimiento previsto *ad hoc* y previamente a la celebración de la sesión del Consejo, las razones por las que se considera que un interés especialmente importante está en juego (cf. *Informe sobre las Instituciones europeas* (1979), op. cit., p. 40; *Informe Dooge* (1985), op. cit., pt. III, A, nota 4), llegando a exigirse incluso que se justifique esa actitud por escrito (cf. *Iniciativa germano-italiana de refuerzo de la cooperación política europea a través del proyecto de creación de un Acta Europea* – Consejo Europeo de Londres, 27.11.1981 texto conocido como informe Genscher-Colombo, parte II, ap. 8.2) o que los motivos de la petición de aplazamiento sean reconocidos por la Comisión y deban ser publicados (cf. *Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea aprobado por el Parlamento Europeo*, 14.2.1984, Art. 23.3).

burgo no es una cuestión que pueda ser respondida jurídicamente: todo depende de si, en un concreto supuesto, un número suficiente de Estados miembros para constituir una minoría de bloqueo ha podido ser persuadido, para impedir el voto, por el Estado que alega un riesgo para un interés vital. La presencia de un interés nacional vital de un Estado miembro que se vería afectado por la decisión a adoptar sólo es una circunstancia más que (con carácter excepcional, pues serán de ordinario preferencias nacionales no calificables como «vitales» o esenciales las que determinan la posición de un Estado miembro ante un acto que se pretende adoptar) impulsa la práctica consensual del proceso decisorio comunitario¹⁴¹. ¿Es ello incom-

¹⁴¹ Una «circunstancia», decimos, que ha estado presente en el proceso decisorio comunitario desde sus mismos orígenes, dibujando las tensiones que se viven en el órgano central decisorio de la Comunidad entre la representación de los intereses nacionales y la responsabilidad, que la propia participación en el sistema de la integración impone, de alcanzar un acuerdo. Cf. J. LEWIS, «The Janus face of Brussels: socialization and everyday decision making in the European Union», *International Organization*, 59(2005), pp. 937-971.

Más allá de los prejuicios y del estigma del que la noción ha sido víctima, que la presencia de un interés nacional especialmente importante ha debido, debe, y deberá ser tenido en cuenta en el proceso decisorio en el seno del Consejo (siempre que ello no suponga una derogación expresa o tácita de las normas del Tratado) es algo que se puede comprender si se piensa no en términos de la afección que una decisión comunitaria puede producir a un «interés vital» o «especialmente importante» concerniente a un sector productivo nacional (como la agricultura o la pesca), sino a la posible lesión que puede infligir a la integridad misma del ordenamiento constitucional nacional. La solución a los complejos problemas que el conflicto internormativo plantea cuando está involucrada la norma constitucional no ha encontrado una respuesta satisfactoria para los tribunales constitucionales nacionales en la categórica afirmación del principio de primacía del derecho comunitario hecha por el TJCE (Cf. S. 11/70, de 17.12.1970, as. *Internationale Handelsgesellschaft*, ft. 3), lo cual creemos que es una de las causas de las prevenciones que en el proceso decisorio se han tratado de conservar y, en especial, la resistencia a abandonar los mecanismos procedimentales de «defensa» del interés nacional, como el propio Compromiso de Luxemburgo. Ello se hizo especialmente evidente en un sistema jurídico como el francés, en el que no existen mecanismos para controlar *a priori* la constitucionalidad de la decisión comunitaria y en que el control *a posteriori* de la norma nacional de trasposición está vedado al *Conseil Constitutionnel*. A la solución de este problema, Pierre Mazeaud, presidente entonces de la *Commission des lois de l'Assemblée nationale* (luego miembro primero y Presidente, entre febrero de 2004 y febrero de 2007, del *Conseil Constitutionnel*), propuso en 1996 una reforma del Art. 88(5) de la Constitución conforme a la cual si el *Conseil Constitutionnel* declara que un proyecto de decisión comunitaria es contraria a la Constitución, el Gobierno no podrá aprobar la medida sin antes reformar la propia norma fundamental; si no pudiera hacerlo, continúa, o no se logra que la pretensión de adoptar la medida controvertida sea abandonada, debería recurrirse al «Compromiso de Luxemburgo». Cf. *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 4/1998, p. 118 y el trabajo de Claudina RICHARDS, «The supremacy of community law before the French Constitutional Court», *European Law Review*, 31(2006), págs. 499-517 [pp. 513-515]. Más allá se llegó durante la elaboración de la que finalmente sería la *Loi Constitutionnelle modifiant le Titre XV de la Constitution* de 4.2.2008, cuando el diputado de la Asamblea nacional Jacques M. Myard presentó una enmienda (la 10.^ª) proponiendo añadir un apartado (8) adicional al Art. 88 de la Constitución con el siguiente texto:

«De acuerdo con el Compromiso de Luxemburgo de 29 de enero de 1966, cuando estén en juego intereses muy importantes de Francia por una cláusula de un proyecto

patible con los términos del Tratado? No lo creemos: se trata de un acuerdo¹⁴² concerniente a la conducción de las deliberaciones y que no supone una alteración de las reglas previstas en los Tratados en relación con los procedimientos de votación en el Consejo¹⁴³. En efecto, éstas únicamente contienen una exigencia formal en virtud de la cual una decisión no puede adoptarse si cuenta con menos votos que los requeridos por el procedimiento de votación en cuestión, por lo que si el proceso decisorio se conduce normalmente en unas condiciones tales que favorecen la adopción del acto conforme a una mayoría que excede del umbral legal necesario, ello es perfectamente conforme con los Tratados¹⁴⁴, los cuales únicamente se verían violentados cuando la continuación de la deliberación comporta que no se adopte una decisión en el tiempo legalmente establecido (en el Tratado o en un acto de derecho derivado), o que se excedan los plazos que algunos procedimientos legislativos prescriben (lo que creemos parece salvar la exigencia de que el plazo por el que se prolonguen las deliberaciones sea «razonable»). Respetando estos límites temporales nada obsta a que la existencia de un «interés nacional vital» de un Estado deba conducir a un período más prolongado de reflexión, respetando los Tratados, para la búsqueda de una solución aceptable para el o los miembros del Consejo concernidos. Sólo en este sentido puede afirmarse que aún permanece vigente el Compromiso de Luxemburgo¹⁴⁵, a pesar de la pretensión de algunos Estados

de acto legislativo europeo, la delegación francesa solicitará que la discusión prosiga hasta que el Consejo alcance un acuerdo unánime sobre esa cláusula.

Francia no estará vinculada por un acto legislativo europeo adoptado sin su acuerdo por el Consejo, cuando la delegación francesa haya solicitado, antes de su adopción, la aplicación del Compromiso de Luxemburgo y en tanto que intereses muy importantes de Francia estén en juego».

La tentativa cuenta al menos con un precedente: la *Proposition de loi constitutionnelle* de M. Philippe De Villiers (del partido MPF – *Mouvement Pour la France*) *tendant à compléter le titre XV de la Constitution pour y introduire le compromis de Luxembourg*, n° 537, depositada el 12.12.1997.

¹⁴² Dejamos para mejor ocasión la toma de postura en la discusión sobre la naturaleza del Compromiso de Luxemburgo, objeto de ingeniosas caracterizaciones («agreement to disagree», «gentlemen's agreement», *modus vivendi*, convención constitucional, instrumento informal, acuerdo internacional, mito jurídico y político...) que no han terminado de resolver la cuestión, verdaderamente esencial, de si se trata de un acuerdo político no formalizado en términos de hacerlo vinculante jurídicamente, o de un instrumento dotado (en su aserto primero) de cierta eficacia jurídica. Adelantamos, no obstante, que la respuesta a esta cuestión no es pacífica, en primer término porque las opiniones sobre la naturaleza del Compromiso no han distinguido tradicionalmente entre sus dos formulaciones; de otra, porque la doctrina del TJCE espiritualizadora de las formas debilita toda censura de la eficacia del acuerdo sobre la base de su continente (cf. sobre esto último, J. KLABBERS, «Informal instruments before the European Court of Justice», *Common Market Law Review*, 31(1994), pp. 997-1023).

¹⁴³ Sobre ello, ver *supra*, lo dicho sobre el «Compromiso de Ioannina».

¹⁴⁴ R.H. LAUWAARS, *Lawfulness and legal force of Community decisions*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1973, p. 129. También R. STREINZ, *Die Luxemburger Vereinbarung*, Munich: Florentz, 1984, p. 159, citado por J. BAQUERO CRUZ, «The Luxembourg Compromise...», op. cit. p. 263, n. 48.

¹⁴⁵ Algo en lo que parece estar de acuerdo el propio Consejo cuando, en respuesta a la pregunta escrita P-2887/01 del parlamentario Jens Peter Bonde –2002/C134E/133– (ver también las respuestas a las preguntas escritas E-0317/96 y E-1109/01), señala:

de invocarlo *qua* derecho de veto en algunas ocasiones, aún recientemente¹⁴⁶, e incluso de insistir en el argumento de que, como tal, continúa formalmente en vigor¹⁴⁷.

Desde la perspectiva expuesta (inexistencia de un derecho de veto y reconducción del interés nacional a los términos de una circunstancia de la prác-

«el Consejo recuerda que las conclusiones de la sesión extraordinaria que celebró en Luxemburgo los días 17, 18, 27 y 28 de enero de 1996, que comúnmente se conocen bajo el nombre de Compromiso (o Acuerdo) de Luxemburgo, las cuales no han sido modificadas ni derogadas, *no le impiden adoptar sus decisiones de conformidad con los Tratados*. Ahora bien, el hecho de que los Tratados prevean en muchos casos las decisiones por mayoría no obsta para que los miembros del Consejo se esfuercen en general por reducir sus divergencias y concordar en lo posible sus posiciones previamente a las decisiones del Consejo».

Con gran claridad expresa el XXXII Informe General sobre las actividades de las Comunidades Europeas, 1999, § 977 el modo en que el Compromiso de Luxemburgo se desenvuelve en el contexto del hábito de consenso:

«El Consejo siguió aplicando las disposiciones del Tratado sobre el voto por mayoría cualificada con arreglo a una práctica ya consolidada. La Presidencia del Consejo busca normalmente el más amplio consenso posible sobre las propuestas de la Comisión, y sólo en último extremo, cuando el consenso resulta imposible, recurre a la norma de la mayoría. Este procedimiento facilita la unanimidad de las decisiones manteniendo al mismo tiempo un número básicamente estable de decisiones por mayoría».

¹⁴⁶ Así, podemos reseñar la amenaza de Francia de invocar el Compromiso de Luxemburgo en dos ocasiones: en 1993 (acuerdo de «Blair House» concluido con Estados Unidos sobre límites a los subsidios a las oleaginosas) y 1994 (acuerdo OCDE sobre construcción de navíos). El RU, en 1996, durante la crisis de las «vacas locas», ante la suspensión de las importaciones de carne desde el RU, anunció su intención de bloquear 60 medidas en varios estadios de desarrollo antes de que se alcanzara un acuerdo. En el Parlamento británico, se ha interrogado en diversas ocasiones al Gobierno sobre la conveniencia de invocar formalmente el compromiso de Luxemburgo, llegando incluso a reprochársele que no lo hiciera: así ha ocurrido, a finales de los años 90 en relación con la aplicación de la normativa europea sobre régimen especial del IVA para obras de arte llegándose incluso a responderse por el Gobierno que se consideró la invocación del Compromiso de Luxemburgo, aunque finalmente no se hizo intentando en su lugar, fallidamente, lograr una minoría de bloqueo; e incluso, más recientemente, en relación con la normativa sobre Servicios de Inversión, en cuya discusión se hizo patente la situación extenuante en que se encuentra el Compromiso *qua* derecho de veto, pues pese a que el gobierno británico exigió la continuidad de las negociaciones hasta que se pudiera alcanzar un acuerdo satisfactorio a sus intereses, la presidencia italiana dio paso a la votación formal, que resultó en la aprobación de la norma por mayoría cualificada.

¹⁴⁷ En la medida en que, como ha alegado el gobierno británico en diversas ocasiones, ni lo derogó el AUE, ni lo han hecho las reformas posteriores de los Tratados. Así, p. ej., en las declaraciones de los representantes del gobierno en el Parlamento con ocasión del AUE: «como último recurso, el Compromiso de Luxemburgo permanece inalterado y inafectado» (Sir Geoffrey Howe en *House of Commons Deb.* 23.4.1985, vol. 96) o en el Libro Blanco de 1996: «no es cuestión controvertida que se vaya a debilitar esta salvaguarda nacional [el Compromiso de Luxemburgo] en la CIG» (*A partnership of nations: The British approach to the European Union Intergovernmental Conference 1996*, § 27). No obstante, difícilmente puede ser abrogada una realidad *de iure* inexistente, como el pretendido derecho de veto que supuestamente introdujo el compromiso de Luxemburgo.

tica consensual), puede relativizarse fácilmente el impacto que tradicionalmente se ha atribuido al Acta Única Europea en el uso formal de la mayoría cualificada, ya que, si bien amplió significativamente su ámbito de aplicación, no alteró de forma relevante, como los estudios citados han demostrado, el hábito de consenso y el escaso recurso a la votación formal por mayoría, que prevalecieron antes de la reforma del AUE y aún de que el Compromiso de Luxemburgo hiciera su aparición, y que continúan siendo determinantes del modo ordinario de adopción de las decisiones más de dos décadas después de que aquél, según el pensamiento convencional expuesto, fuera relegado al ostracismo¹⁴⁸.

También es necesario dedicar unas palabras a la reforma del Reglamento interno del Consejo de 20.7.1987¹⁴⁹, a la que también se ha atribuido una relevancia excesiva en nuestra opinión, y por la cual se establecía la exigencia de que deba darse inicio a la votación no sólo a iniciativa de la Presidencia del Consejo (como hasta entonces ocurría), sino de un Estado miembro o de la Comisión cuando una mayoría de los Estados estén conformes. Ello debe ser entendido como una garantía de que la Presidencia no abusará de sus poderes¹⁵⁰ (como en ocasiones había hecho), impidiendo el inicio de la votación formal en el caso, e.g., de que un Estado invoque un interés nacional importante cuando, en cambio, haya una mayoría suficiente (normalmente para la adopción del acto) que desee el inicio de la votación¹⁵¹ (lo cual tampoco quiere decir que antes de esa reforma un miembro del Con-

¹⁴⁸ Es más, la tradicional convicción de que la importante ampliación formal del campo de la mayoría cualificada por el AUE (principalmente en virtud del Art. 100A introducido por ella) impuso un constante recurso a la votación en los años siguientes es desmentida por P. DE SCHOUTHEETE, que aporta el sorprendente dato de que aproximadamente el 80 por 100 (220 de 260 medidas) de la legislación adoptada para la consecución del Plan 1992 (mercado común) lo fue por consenso, sin recurrir a la votación formal, a pesar de estar sujetas a la regla de la mayoría cualificada (cf. *The case for Europe: unity, diversity and democracy in the European Union*, Boulder: Lynne Rienner, 2000, pp. 9 y 10). Cf. datos algo diferentes en P. SHERRINGTON, *The Council of Ministers: political authority in the European Union*, Londres/Nueva York: Pinter, p. 64, aunque muy similares a los que ofrecen M. WESTLAKE y D. GALLOWAY, *The Council...*, op. cit. p. 224.

¹⁴⁹ DO n.º L 291 de 15.10.1987, p. 27.

¹⁵⁰ Destacando también este aspecto de la reforma P. RAWORTH, *The legislative process in the European Community*, Boston: Kluwer Law, 1993, pp. 75 y 76.

¹⁵¹ Pensemos que había en la Comunidad hasta cinco delegaciones (RU, Francia, Grecia, Portugal y Dinamarca) que defendían intensamente la vigencia del «Compromiso de Luxemburgo» (España e Irlanda eran consideradas partidarios moderados del mismo). Pues bien, bastaba con que uno de esos países ostentara la presidencia para que no se procediera al voto con sólo invocar otro Estado el Compromiso, a pesar de que hubiera una mayoría de miembros del Consejo a favor de hacerlo. Ese temor es expuesto por Alan AWINBANK, en relación a las negociaciones sobre revisión de precios agrícolas para 1987-88, que si se hubieran prolongado más allá de 1.7.1987, fecha en la que cambiaba la presidencia del Consejo, no hubieran siquiera culminado en votación formal por la previsible negativa de la presidencia danesa a iniciarla ante la firme oposición a la medida que manifestaba el RU (que amenazaba con invocar el Compromiso, lo que muy posiblemente habría hecho) (cf. «The common agricultural...» op. cit. p. 311).

sejo que deseara someter a votación una decisión no pudiera exigirlo y, ante la negativa, plantear la cuestión ante el TJCE, lo que sin embargo nunca ocurrió). Se ha dicho, por el contrario, que la mencionada reforma es algo más, en cuanto obligaría al Estado que hubiese invocado un interés nacional vital a convencer a una mayoría de miembros para impedir el acceso a la votación formal; en nuestra opinión bastará con que un número de Estados necesario, no ya para alcanzar la mayoría simple (como exige la norma reglamentaria) sino la minoría de bloqueo, sea convencido por el Estado cuyo interés nacional vital es concernido, para no haber lugar al inicio de la votación expresa, ya que si esta ocurre y se demuestra que no hay mayoría suficiente, la propuesta legislativa decaerá definitivamente¹⁵², lo que obliga en todo caso a los Estados en mayoría que quieren aprobarla pero que no cuentan con la mayoría cualificada suficiente a no dar comienzo a la votación, sino a continuar las deliberaciones.

El hábito consensual que domina desde sus orígenes la adopción de decisiones en el Consejo (teñida en ocasiones por la ensoñación sugestiva de algunos Estados de que en verdad la práctica respondía a una preeminencia absoluta del interés nacional y a la presencia constante –implícita o explícita– de la máxima garantía del mismo, el «derecho de veto») ha tenido, sin duda efectos positivos: 1) ha facilitado la ampliación geográfica de la integración comunitaria, evitando escollos a la adhesión de Estados con fuertes preferencias nacionales y en los cuales, además, el apoyo a la integración no era especialmente intenso¹⁵³; 2) ha reforzado la autoridad del derecho comunitario y el grado de cumplimiento por los Estados miembros en

¹⁵² El hecho de que la propuesta se perdería en vez de permanecer bajo discusión, señala W. NICOLL, es una circunstancia subestimada por los observadores que condenan al Consejo por no respetar las reglas del Tratado (cf. «The Luxembourg Compromise», *Journal of Common Market Studies*, 23(1984), págs. 35-43, p. 36).

¹⁵³ Que la costumbre del consenso en la adopción de decisiones facilitó la adhesión de nuevos Estados miembros es evidente en el caso del Reino Unido: así lo demuestran los debates parlamentarios que tuvieron lugar en la primera mitad de los años 70 en relación a la incorporación y permanencia en las Comunidades, así como el hecho de que en el documento emitido por el Gobierno británico en 1975 recomendando el voto favorable a la permanencia en las Comunidades Europeas, bajo la rúbrica «¿perderá el Parlamento [británico] su poder?» se afirmara: «es el Consejo de Ministros, y no los funcionarios del mercado (*market's officials*), el que toma las decisiones importantes. Estas decisiones sólo pueden ser adoptadas si todos los miembros del Consejo están de acuerdo. *El Ministro que representa a Gran Bretaña puede vetar cualquier propuesta de una nueva norma o de un nuevo impuesto si considera que es contrario a los intereses británicos*» [cursiva añadida]. Ver el documento *Britain's new deal in Europe: «Her Majesty's Government have decided to recommend to the British people to vote for staying in the Community»* pp. 11 y 12. Cf. también, *The UK and the European Communities*, Command Paper 4715, HMSO, Londres, 1971, §29, *Membership of the European Community – Report on renegotiation*, Command Paper 6003, HMSO, Londres, 1975, §124. Similar efecto se ha dicho que tuvo en Dinamarca y en Grecia: cf. F. HAYES-RENSHAW y H. WALLACE, «Changing the course of European integration – or not?», en J.-M. PAYLARET, H. WALLACE y P. WINAND (eds.), *Visions, Votes and Vetoes op. cit.* págs. 301-320 [p. 312].

la ejecución del mismo¹⁵⁴, lo que ha tenido especial importancia en tiempos en que las garantías frente a la violación por parte de los Estados miembros de sus obligaciones comunitarias eran muy débiles; 3) paradójicamente, ha favorecido la extensión de la mayoría cualificada a nuevos ámbitos de decisión a partir del AUE, ya que los Estados miembros han podido confiar en el modo preferentemente consensual en que el Consejo se había conducido durante décadas aún en ámbitos que no exigen unanimidad; 4) permitió que los Estados miembros, dominando a través de prácticas informales el proceso decisorio, estuvieran dispuestos a digerir y aceptar el proceso de constitucionalización pretoriana del sistema jurídico comunitario¹⁵⁵.

Pero el consenso ha tenido también efectos negativos: 1) los problemas que comporta este modo de adoptar las decisiones a efectos de transparencia y fiscalización democráticas, ya que si los representantes de los Estados miembros deben ser responsables políticamente ante sus parlamentos y, en último término, ante sus ciudadanos, difícilmente será una responsabilidad exigible cuando el disenso político real (ante la evidencia de haberse quedado en minoría) se enmascara detrás de la práctica decisoria consensual, o de la no obligatoriedad de hacer público el voto en contra o la abstención¹⁵⁶; 2) la neutralización de buena parte de los efectos integradores del derecho comunitario, al tratar de acomodar las heterogéneas preferencias nacionales de los Estados disidentes (y que ha correspondido al esfuerzo de las presidencias del Consejo y la Comisión)¹⁵⁷; 3) la pérdida de influencia de la Comisión como actor del proceso legislativo, ya que la búsqueda del consenso neutraliza la exigencia de unanimidad para la reforma de la propuesta de la Comisión y la propia facultad de ésta para enmendar su propia iniciativa en cualquier momento (lo que la convierte, en teoría, en un miembro más del Consejo a efectos negociadores), aunque conserve su poder para retirarla.

VI. CONCLUSIONES

Algunas conclusiones pueden extraerse de cuanto se ha dicho. Primero, desde un punto de vista formal, desde la ampliación de 1995 y la fracasada

¹⁵⁴ Así, p.ej. L. VAN MIDDELAAR, «Spanning the river...», op. cit., pp. 117 y 118 y F. HAYES-RENSHAW y H. WALLACE, *The Council...*, op. cit., p. 163.

¹⁵⁵ El argumento es de J.H.H. WEILER, «The transformation of Europe», inicialmente publicado en *Yale Law Journal* 100 (1991), aunque hemos utilizado la versión, algo diferente, aparecida en *The Constitution of Europe. «Do the new clothes have an Emperor?» and other essays on European Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 10-101.

¹⁵⁶ R. H. STEINBERG califica por ello el consenso de «hipocresía organizada», (cf. «In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO», *International Organization*, 56(2002), págs. 339-374, p. 342).

¹⁵⁷ Cf. D. HEISENBERG, «Informal decision-making in the Council: the secret of the EU's success?» en S. MEUNIER y K. R. MACNAMARA (eds), *The state of the European Union*, vol. 8, Oxford: Oxford University Press, 2007, págs. 67-87 [pp. 74 y 75].

reforma institucional de 1997, se ha atribuido una importancia reverencial tanto a la ponderación del voto como al poder de bloqueo de los Estados en el Consejo, convertidos ambos en verdaderos «fetiches» para las delegaciones nacionales que han negociado cada nuevo tratado de reforma. Junto a ello, los tratados constitutivos, en número creciente, han sido jalonados de salvaguardas formales del poder de decisión último de los Estados, codificadas en los tratados o no (así, el «Compromiso de Luxemburgo», de discutida naturaleza jurídica, la Decisión «Ioannina» del Consejo, o los «frenos de emergencia» –con y sin potencial efecto de veto–...), pero en todo caso dotadas de una complejidad técnica que, en las más de las ocasiones, no ha hecho justicia a su impacto ni potencial ni (desde luego) real en el equilibrio de poder en el Consejo. Todo ello ha contribuido a construir un monstruoso monumento de intrincada técnica legislativa sumido más en el mundo de lo esotérico y arcano que en el orbe de las normas constitucionales que deben servir de fundamento al sistema jurídico-comunitario y a su comunidad política.

Segundo, creemos que se ha abordado no sin ciertos prejuicios la discutida caracterización jurídica de algunas de las referidas salvaguardas, en particular, del llamado «Compromiso de Ioannina» y del mistificado «Compromiso de Luxemburgo». Ambos son instrumentos que conciernen no al sistema de votación, sino a la deliberación interna de los asuntos que tiene lugar en el Consejo: nada habría, pues, que objetar a su validez material (en el caso del Compromiso de Luxemburgo nos referimos exclusivamente al aserto primero, no a la fórmula francesa, incompatible con los Tratados, como hemos dicho). Más problemática ha sido la defensa de su validez formal, en el caso del Compromiso de Ioannina, por la falta de base jurídica de la Decisión (*sui generis*) del Consejo, en el caso del Compromiso de 1966, por la ausencia total de una mínima reducción a forma normativa. No es sin embargo ese rigor formalista el que aplica el TJCE a la hora de determinar si un instrumento informal puede hacer surgir derechos y obligaciones, puede, en definitiva, producir efectos jurídicos. Por otra parte, la alegada falta de base jurídica de la Decisión «Ioannina» puede ser salvada defendiendo la implícita reconducción de la misma a la potestad del Consejo para fijar su reglamento interno y entendiendo que el rigor que normalmente se exige en orden a la expresión de los motivos del acto comunitario puede ser flexibilizado cuando se trata de normas dirigidas exclusivamente a quienes las han adoptado (los Estados miembros), y que no producen efectos *ad extra*.

Tercero, relativamente al margen de las reglas formales de adopción de decisiones, un sólido «hábito de consenso», «la norma no escrita más antigua y penetrante en el funcionamiento diario del Consejo»¹⁵⁸, ha dominado el proceso de adopción de decisiones desde los orígenes mismos de las Comunidades. Ni fue una consecuencia del Compromiso de Luxemburgo

¹⁵⁸ J. LEWIS, «Informal integration and the supranational construction of the Council», *Journal of European Public Policy*, 10(2003), págs. 996-1019, p. 1007.

(aunque sin duda éste contribuyó a hacerlo más sólido), ni su presencia ha decaído cuando, según la opinión tradicional dominante, los efectos de aquél desaparecieron. Se ha caracterizado por un escaso recurso a la votación formal, una fuerte relevancia de las estructuras burocráticas del Consejo en el proceso decisorio, un reducido número de decisiones adoptadas en contra del voto o de la abstención de algún miembro del Consejo, y la ausencia de estabilidad en las coaliciones de votantes. Sólo en el contexto de esta cultura informal puede entenderse adecuadamente el Compromiso de Luxemburgo: no existió ni *de facto* ni *de iure* un derecho de veto, como tradicionalmente se ha defendido; sí ha tenido lugar, y aún así ocurre, un acomodo de los intereses nacionales en el proceso decisorio comunitario, pero ello siempre ha ocurrido, entendemos, en el seno del juego implícito de las reglas formales sobre constitución de mayorías de adopción y minorías de bloqueo.

Cuarto, la cultura del consenso ha conducido a una dinámica circular que favorece tendencias flexibilizadoras: una sacrosanta «cultura del consenso» que se quiere conservar a toda costa y que ha dado lugar a la ausencia de votaciones explícitas y de medios formales de expresión del disenso (más allá de las declaraciones al derecho derivado); una realidad jurídico-formal cada vez más liberada del peso de la unanimidad *de iure* (i.e. cada vez más ámbitos competenciales sometidos a la exigencia de mayoría cualificada), lo que de una parte favorece el consenso («bajo la sombra del voto»), pero de otra crea en los miembros del Consejo la inquietud de que, ante la creciente complejidad del acomodo de las preferencias nacionales en una UE de 27 Estados, se termine imponiendo una «cultura del voto» en la que se ignoren por completo sus intereses; entre la espada (el posible recurso a las reglas formales de votación) y la pared (la cultura consensual que no se quiere quebrar) se opta, de una parte, por resistir el abandono de la unanimidad en algunos ámbitos que se consideran estratégicos para los intereses nacionales, y de otra, por la previsión de instrumentos de «ingeniería procedimental», que favorezcan la incorporación de los Estados disidentes al compromiso y de «flexibilización», a costa de incrustar en el texto legislativo, padeciendo con ello la coherencia y armonía del propio derecho comunitario, reglas diferenciadas en cuanto a la interpretación o la aplicación de la norma, excepciones, derogaciones, períodos transitorios o *vacatio legis* singulares, y de dotar a la propia estructura constitucional comunitaria de una geometría variable mediante instrumentos de exclusión (a través de fórmulas de *opt-out* generales –con y sin posibilidad de *opting-in*–, o instrumentos de exclusión *ad hoc*, como la abstención constructiva en el ámbito de la PESC) y, a modo de reacción pro-integracionista, de formas de cooperación reforzada, de escaso impacto real que están llamadas a ser un arma en el arsenal de persuasión en el Consejo de ministros frente a los Estados recalcitrantes¹⁵⁹.

¹⁵⁹ En este sentido D. HEISENBERG, «Informal decision-making in the Council... op. cit., pp. 84 y 85.

Quinto, ningún efecto revolucionario ha podido, ni puede esperarse, de la formulación de una u otra regla definidora de la mayoría cualificada como determinante del proceso decisorio en el Consejo; ¿puede ello llevar a afirmar que es irrelevante la mayoría necesaria para la adopción de un acto o que es absolutamente indiferente para la viabilidad y el contenido del producto legislativo final que se exija la unanimidad o una mayoría cualificada más o menos intensa? Naturalmente que no: el papel que juega la mayoría cualificada no se traduce en asegurar que las decisiones deban ser adoptadas por una mayoría de los votos, pues siempre será preferible buscar una solución satisfactoria para todos los miembros del Consejo, sino en que, cuando tal consenso no puede alcanzarse, pueda ser posible, no obstante, adoptar el acto en cuestión procediéndose a una votación formal. La decisión por mayoría es, pues, una *ultima ratio*. Las reglas formales de votación importan, pero en un sentido muy distinto del que resulta de una traducción automática y proporcionada del poder relativo de los Estados que el sistema normativo sanciona; es, en su lugar, el trazo grueso del constituyente comunitario que decide someter a la regla de la mayoría las decisiones que se adopten sobre una materia, abandonando la unanimidad, el que verdaderamente tiene un potencial transformador del proceso decisorio (consolidando, entre otras cosas, su naturaleza consensual¹⁶⁰) el cual posee, a su vez, un sutil significado que sólo puede ser comprendido desde la perspectiva de la gestión que ejerce sobre los actores del Consejo y que WEILER intuitivamente denominó la «sombra del voto»:

«hoy, el voto efectivo sigue siendo excepcional. La mayor parte de las decisiones se alcanzan por consenso. Pero alcanzar el consenso bajo la sombra del voto es completamente diferente a alcanzarlo bajo la sombra del veto. La posibilidad de romper los empates mediante votación lleva a los negociadores a deshacer el empate sin acudir de hecho al voto»¹⁶¹.

Precisar cuán alargada e intensa sea esta sombra bajo la que se desarrolla el proceso decisorio del Consejo es una cuestión para la que aún no se tiene una respuesta clara.

¹⁶⁰ La posibilidad de recurrir al voto por mayoría cualificada introduce un elemento de flexibilidad en la posición de los Estados miembros, forzados a alcanzar un consenso. E.g., ya el *Informe sobre las Instituciones europeas* (1979), op. cit. p. 40 señalaba que «la mera perspectiva del recurso al voto alienta a los Estados a unirse en un compromiso»; el *XXIV Informe General sobre las actividades de las Comunidades Europeas*, Luxemburgo: EC Official Publications, 1991; también el *XXV Informe General*, 1992 y el *XXXI Informe General*, 1998, según el cual «la perspectiva de la votación por mayoría cualificada ha facilitado en numerosos casos una decisión unánime» [§ 1026].

¹⁶¹ J.H.H. WEILER, «The transformation of... op. cit. p. 72, la traducción es de M^a Ángeles AHUMADA RUIZ, en J.H.H. WEILER, *Europa fin de siglo*, Madrid: CEPC, 1995, págs. 13-126 [p. 96].