

INSUFICIENCIAS JURÍDICAS E INSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

RICARDO GOSALBO BONO*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. UNA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DERIVADA, LIMITADA Y RELATIVA
- III. LAS TENSIONES COMPETENCIALES INTERNAS
 1. LA CUESTIÓN DE LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA UE Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS
 2. LAS INCERTIDUMBRES EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES
- IV. EL TRATAMIENTO PRECARIO DE LOS ACTOS UNILATERALES INTERNACIONALES DE LA UE
 1. LA CAPACIDAD FUNCIONAL DE LA UE PARA RECONOCER INTERNACIONALMENTE
 2. LA AUSENCIA DE BASE JURÍDICA PARA FUNDAMENTAR LAS DECLARACIONES UNILATERALES VINCULANTES DE LA UE
 3. LA CUESTIÓN DE LA LEGALIDAD DE LAS SANCIONES INTERNACIONALES IMPUESTAS POR LA UE
- V. LA PROBLEMÁTICA REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN
 1. LA DEFICIENTE ESTRUCTURA INSTITUCIONAL
 2. ¿QUIÉN REPRESENTA A LA UE INTERNACIONALMENTE?
 3. ¿QUÉ SE DEBE REPRESENTAR?
 4. LA COORDINACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES ACTORES
 5. EL CASO PARTICULAR DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES
- VI. LA DIFÍCIL RELACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE Y EL DERECHO INTERNACIONAL
 1. RESTRICCIONES IMPUESTAS POR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS
 2. RESTRICCIONES RESULTANTES DE LA RECIPROCIDAD Y LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL
 3. RESTRICCIONES DERIVADAS DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UE
- VII. CONCLUSIÓN

* Director en el Servicio Jurídico del Consejo de la UE. Profesor de Derecho en la Universidad Libre de Bruselas (VUB). Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

RESUMEN: Esta contribución expone, analítica y reflexivamente, algunas de las carencias, de naturaleza institucional y jurídica, que permiten explicar, al menos en parte, los desafíos actuales que la Unión Europea experimenta en la esfera internacional. La acción exterior de la Unión se ve entorpecida no sólo por la condición derivada, limitada, y relativa de la propia personalidad jurídica internacional de la Unión, sino también por las incertidumbres que, procedentes de las tensiones interinstitucionales existentes sobre la delimitación de las competencias, se proyectan en el proceso de negociación, firma y celebración de acuerdos internacionales. Además, la Unión necesita un marco jurídico adecuado que la capacite para ejercer eficazmente su cualidad de sujeto de Derecho internacional cuando adopta actos unilaterales internacionales ya sea a través del reconocimiento de terceros Estados, de la realización de declaraciones unilaterales vinculantes, o de la legalidad de sus sanciones internacionales dirigidas a terceros países o de las medidas restrictivas impuestas contra las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. Tampoco dispone la Unión de una estructura institucional única, clara, simple y consolidada que facilite su representación internacional puesto que ésta se caracteriza en la actualidad por una multiplicidad de representantes y papeles, por la imbricación y superposición de competencias idénticas entre ellos, y por la acumulación excesiva de funciones por parte de uno de ellos; todo ello mina la eficacia negociadora internacional de la Unión y afecta negativamente su influencia en las conferencias e instancias internacionales y, en particular, en el estatuto que obtiene en el seno de las organizaciones internacionales. Finalmente, existe el riesgo de que una opacidad desmesurada y una timidez excesiva hacia la recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión, justificadas por la defensa de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y por los supuestos valores superiores que ésta encarna, pongan en peligro la necesaria confianza que los distintos sujetos internacionales deben tener con los compromisos internacionales asumidos por la Unión y contribuyan así al aislamiento internacional de ésta.

PALABRAS CLAVE: Personalidad jurídica internacional de la Unión; delimitación de competencias; negociación, firma y celebración de acuerdos internacionales; actos unilaterales de la Unión (reconocimiento de Estados, declaraciones unilaterales vinculantes; sanciones internacionales y medidas restrictivas); representación internacional de la Unión; relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

LEGAL AND INSTITUTIONAL INADEQUACIES IN THE EXTERNAL ACTION OF THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: This contribution presents an analysis of and reflections on certain legal and institutional weaknesses which help to explain, at least in part, the challenges which the European Union faces at present in its action on the international scene. Its international action faces obstacles owing not only to the derived, limited and relative international legal personality of the Union, but also to the uncertainties which, as a result of existing institutional tensions on the delimitation of competences, are reflected in

the process of negotiation, signature and conclusion of international agreements. Furthermore, the Union needs an adequate legal framework which would enable it to act effectively as a subject of international law whenever it adopts international unilateral acts, whether it be by recognizing third countries or by adopting binding unilateral declarations, or whenever challenges are brought against the legality of international sanctions which the Union adopts vis-à-vis third countries or restrictive measures which it takes against natural or legal persons, groups or non-State entities. The Union does not have a single, clear, simple and consolidated institutional structure which would facilitate its international representation because its present structure is characterized by a multiplicity of representatives and roles, by an overlapping of identical competences and the overcrowding of the functions exercised by one of them; all this undermines the effectiveness of the Union in international negotiations and impacts negatively on its influence in international organizations and conferences, particularly as concerns its ambition to obtain an appropriate status within these organizations. Lastly, there is the risk that a disproportionate opacity and excessive reluctance with regard to the reception of international law within the Union's legal order for the sake of preserving the autonomy of the Union's legal order or the supposedly superior values embodied by the Union, will undermine the confidence that other subjects of international law should have in the commitments undertaken by the Union, and which could even lead to the international isolation of the Union.

KEY WORDS: Legal personality of the Union; delimitation of competences; negotiation, signature and conclusion of international agreements; international unilateral acts of the Union (recognition of third states, binding unilateral declarations, international sanctions and restrictive measures); international representation of the Union; relationship between international law and the law of the Union; case-law of the Court of Justice of the European Union.

FAIBLAISES JURIDIQUES ET INSTITUTIONNELLES DANS L'ACTION EXTERIEURE DE L'UNION EUROPEENNE

RÉSUMÉ: Cette contribution expose de manière analytique et réflexive certaines carences institutionnelles et juridiques qui permettent d'expliquer, au moins en partie, les défis auxquels l'Union européenne est actuellement confrontée dans son action internationale. Cette action se voit contrainte pas uniquement du fait que la personnalité juridique internationale de l'Union est dérivée, limitée et relative, mais aussi à cause des incertitudes qui, découlant des tensions institutionnelles existantes sur la délimitation des compétences, se reflètent dans le processus de négociation, signature et conclusion des accords internationaux. De plus, l'Union a besoin d'un cadre juridique adéquat qui l'habilite à exercer efficacement sa qualité de sujet de droit international lorsqu'elle adopte des actes unilatéraux internationaux, soit lorsqu'elle reconnaît des Etats tiers, soit lorsqu'elle adopte des déclarations unilatérales contraignantes, soit lorsqu'est remise en question la légalité des sanctions internationales qu'elle prend vis-à-vis des pays tiers ou celle des mesures restrictives qu'elle impose à l'encontre des personnes physiques ou mora-

les, groupes ou entités non étatiques. L'Union ne dispose pas non plus d'une structure institutionnelle unique, claire, simple et consolidée qui faciliterait sa représentation internationale compte tenu du fait que celle-ci se caractérise à présent par une multiplicité de représentants et de rôles, par la superposition et l'imbrication des compétences identiques qu'ils exercent et par l'accumulation excessive des fonctions par l'un d'entre eux; tout ceci mine l'efficacité de l'Union dans les négociations internationales et affecte négativement son influence dans les conférences et organisations internationales et, en particulier, dans l'obtention d'un statut approprié au sein des celles-ci. Enfin, le risque existe qu'une opacité démesurée et une timidité excessive à l'égard de la réception du droit international dans l'ordre juridique de l'Union, au nom de la défense de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ou des valeurs prétendument supérieures incarnées par celui-ci, mettent en danger la confiance nécessaire que les différents sujets internationaux devraient avoir dans les engagements assumés par l'Union, contribuant ainsi à l'isolement international de celle-ci.

MOTS CLÉS: Personnalité juridique internationale de l'Union; délimitation des compétences; négociation, signature et conclusion des accords internationaux; actes unilatéraux internationaux de l'Union (reconnaissance des Etats tiers, déclarations unilatérales contraignantes, sanctions internationales et mesures restrictives); représentation internationale de l'Union; rapports entre le droit international et le droit de l'Union; jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho y la práctica de la Unión Europea (en adelante UE) en la acción exterior recaba constantemente la atención de estudiosos y ejercientes por múltiples razones: en primer lugar, por la escasez de disposiciones que los Tratados consagran a este ámbito y por el número de cuestiones que permanecen sin respuesta explícita en los Tratados; en segundo lugar, consecuentemente, por el carácter evolutivo de un área en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desempeña un papel preeminente a la hora de clarificar las disposiciones existentes y de cubrir las lagunas que el Derecho positivo ha dejado sin resolver; en tercer lugar, y también consecuentemente, por la propia naturaleza jurídica *sui generis* de la UE, característica que por sí misma genera dificultades prácticas en la escena internacional; y, en cuarto lugar, por el carácter conflictivo que la ejecución práctica de este Derecho ha experimentado debido a las diferencias interpretativas entre las instituciones de la Unión, los Estados miembros y las personas físicas y jurídicas.

La acción exterior de la UE —y las razones de sus éxitos y fracasos— particularmente en estos momentos claves de su existencia en los que la UE

se ve acosada por múltiples desafíos, han sido y continúan siendo analizados desde perspectivas políticas, económicas, sociológicas y culturales. Estos no son aspectos que corresponda analizar al jurista, y como tal me propongo limitar las páginas que siguen a exponer las razones que desde una perspectiva jurídica e institucional explican algunos de los desafíos actuales de la UE en su acción exterior.

II. UNA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DERIVADA, LIMITADA Y RELATIVA

El punto de partida es indudablemente la insuficiencia que resulta de la derivada, limitada y relativa personalidad jurídica internacional de la UE. La UE no es un sujeto de pleno derecho en las relaciones internacionales y su estatuto indefinido es fuente de múltiples problemas prácticos. Estas dificultades son engendradas a la vez por el Derecho internacional y por el propio Derecho de la UE.

La UE no es un Estado, pero sí es sujeto de Derecho internacional, es decir, tiene capacidad de ser destinatario de normas que atribuyen derechos y obligaciones internacionales. La diferencia entre el Estado y la UE es importante en la conducta de las relaciones exteriores.

Los Estados son los sujetos «originarios» de Derecho internacional porque éste ha surgido históricamente como un Derecho entre Estados jurídicamente iguales. Debido a este hecho histórico, el Derecho internacional se limita a «reconocer» (y no a crear u otorgar) la subjetividad internacional de los Estados desde el momento mismo de su existencia, desde el instante mismo que reúnen los requisitos que los caracterizan como tales («principio de efectividad»), en particular, su soberanía (el fundamento último de la personalidad internacional), territorio y población. Sólo los Estados tienen plenitud de competencias y plenitud de derechos y obligaciones, en Derecho internacional y, por lo tanto, su personalidad internacional es «ilimitada» o «total».

La plenitud de la personalidad internacional de los Estados incluye una norma de Derecho internacional general de naturaleza constitucional con arreglo a la cual los Estados están dotados de capacidad y competencia para establecer, en un acto/acuerdo fundacional, organismos y entidades no estatales y para dotarlos de personalidad jurídica internacional, que puede figurar explícita en el acuerdo constitutivo o resultar implícitamente del análisis de las funciones atribuidas a sus órganos en dicho acuerdo, con capacidad jurí-

dica para llevar a cabo una acción exterior. La personalidad jurídica de las organizaciones internacionales es pues «derivada» y está condicionada por la voluntad de los Estados miembros, que encuentra su expresión jurídica en el consentimiento. Así pues, al estar desprovistas de soberanía, es por lo tanto el propio Derecho internacional, inicialmente acompañado por la voluntad concertada de los Estados miembros de dichas entidades, el que «autoriza» el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los organismos no estatales y el que precisa el contenido de esa personalidad, normalmente afectada por el «principio de especialidad» que inspira todo su régimen jurídico, puesto que su capacidad está limitada al logro de los objetivos y funciones que les han sido confiados en el acto fundacional por los Estados miembros¹. El Derecho internacional establece que para obtener la subjetividad internacional y gozar de personalidad internacional, una entidad no estatal debe ser autónoma con respecto a los Estados que la componen, es decir, debe estar dotada de una estructura que permita imputar a la entidad misma, y no a los Estados que forman parte de ella, los actos de los órganos/instituciones de la entidad. Si se cumplen estas condiciones, la Organización es un sujeto de Derecho internacional, que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene capacidad para prevalerse de estos derechos por vía de reclamación internacional lo que no equivale a decir que «la Organización sea un Estado, lo que ciertamente no es, o que su personalidad jurídica, sus derechos o deberes sean los mismos que los de un Estado, cualquiera que sea el sentido de esta expresión. Ni siquiera implica ello que todos los derechos y deberes de la Organización deban encontrarse en el terreno internacional, de la misma manera que no todos los derechos y deberes de los Estados deben encontrarse en él.»² Como en todo Derecho, en Derecho positivo internacional «Los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o la extensión de sus derechos»³.

En el supuesto de las entidades no estatales/organizaciones internacionales la personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica para actuar se funden puesto que la extensión de ambas es obra de los Estados que las crean en los tratados fundacionales y se extienden únicamente al ámbito de

¹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts, Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1996*, p. 76, par. 25.

² *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949*, p. 178.

³ *CIJ., Rec. 1949*, p.178.

las competencias que les atribuyen los Estados miembros. Al no gozar de la totalidad de derechos y obligaciones de Derecho internacional, la personalidad de las organizaciones internacionales es, a diferencia de la de los Estados, además de «derivada», «parcial» y «funcionalmente limitada».

La personalidad jurídica internacional de la UE deriva del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). El artículo 1 del Tratado de la Unión Europea claramente instituye a la Unión Europea (en adelante UE) como una organización internacional al disponer que «las Altas Partes Contratantes constituyen entre si una Unión Europea... a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos». Al disponer además que la UE «sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea», este artículo del TUE implícitamente (aunque no explícitamente) deroga los Tratados preexistentes estableciendo la Comunidad Europea y la Unión Europea, lo que significa que la nueva UE es sustituta y sucesora de las personalidades jurídicas internacionales de las que disponía la Comunidad Europea y, más controvertidamente, de la capacidad jurídica y tácita personalidad de la antigua Unión Europea con arreglo a los Tratados preexistentes. El nuevo artículo 47 TUE dispone explícitamente que «la Unión tiene personalidad jurídica». Este artículo no prevé explícitamente que la UE tiene una personalidad jurídica «internacional», aunque implícitamente así se debe asumir puesto que el artículo 335 TFUE, que tiene «el mismo valor jurídico» que el TUE, se encarga de reglamentar la personalidad jurídica «interna» de la UE al disponer que «la Unión gozará en cada uno de los Estados miembros de la mas amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas». Así pues, el artículo 47 TUE a la vez confiere a la UE la facultad para ser sujeto de derechos y obligaciones en el plano internacional, y clarifica que es únicamente la nueva UE a la que se le han confiado derechos y obligaciones frente a otros sujetos de Derecho internacional.

Como cualquier otra organización internacional, la UE goza en Derecho internacional únicamente de una personalidad internacional «limitada», «parcial» y «funcionalmente limitada» en virtud del principio de atribución, el principio constitucional fundamental en el que se basa toda la acción interna y externa de la UE, según el cual «la Unión actúa dentro del marco de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan» y «toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros» (artículo 5, apartado 2 TUE). Es cierto que las funciones asignadas a la UE exceden con

mucho, cualitativa y cuantitativamente, de las atribuciones conferidas a las organizaciones clásicas designadas como «organizaciones de cooperación» (que cumplen meras funciones de coordinación de intereses y operan limitadas por los poderes estatales). La UE pertenece mas bien a las llamadas «organizaciones de integración» y, como tal, tiene atribuida una función de unificación alimentada de los poderes de los Estados miembros que le han sido transferidos por esos Estados. Pero la singularidad de funciones de la UE no produce el efecto de poner en tela de juicio su personalidad internacional limitada que está marcada por el principio de atribución.

Además de gozar de personalidad jurídica «limitada» o «parcial», la UE comparte otra característica con las organizaciones internacionales, que la diferencian de los Estados. Con arreglo al Derecho internacional y más específicamente al principio de igualdad soberana de los Estados, éstos gozan de personalidad internacional frente a «todos» los sujetos de Derecho internacional (personalidad jurídica internacional «objetiva»). Sin embargo, este no es el caso de las organizaciones internacionales que si bien gozan de personalidad jurídica/capacidad jurídica interna e internacional reconocidas por cada uno de sus Estados miembros debido al acto de creación de las mismas en los tratados fundacionales, esta consecuencia no es aplicable a los terceros países o a los otros sujetos de Derecho internacional. Esto tiene causa en que el Derecho internacional incorpora la regla del Derecho Romano clásico, en cuya virtud, los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales constituyen, como los demás tratados internacionales, una «res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest», es decir, «las convenciones entre las partes no engendran ni derechos ni obligaciones para los terceros». Los terceros, por tanto, no pueden verse afectados por los tratados en los que no han sido partes contratantes. Se trata de un principio general de derecho (art. 38 apartado 1 (c) del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia), que aparece reflejado en el artículo 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, el cual dispone que «un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento»⁴. Esto significa que, como toda organización internacional, la personalidad jurídica internacional de la UE es «relativa»: la UE no goza automáticamente de personalidad internacional frente a «todos» los sujetos de Derecho internacional. La acción externa de la UE para ser oponible frente a terceros exige su aceptación/consentimiento, que a menudo se expresa a través de un reconocimiento expreso o tácito por parte de estos.

⁴ *The S.S. Lotus Case, P.C.I.J. Ser. A, n° 10, p. 18 (1927).*

Sin embargo, la UE se configura a sí misma de forma distinta y singular en el orden jurídico internacional. La singularidad de la UE se manifiesta, según ella, sobre todo en la naturaleza excepcional de sus funciones y en su carácter «supranacional». Según el Tribunal de Justicia de la UE «al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos»⁵, por lo que la Comunidad «constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales»⁶. Estas características llevan al Tribunal de Justicia a estimar que aunque «el Tratado, haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho»⁷. Sin embargo, el Derecho internacional no reconoce a la UE un estatuto distinto al de las demás organizaciones internacionales: el acto fundacional de la UE es un tratado internacional celebrado voluntariamente por Estados soberanos y como es el caso de todo tratado internacional, las partes contratantes limitan su soberanía al crear la norma internacional que gobierna sus relaciones. Aunque los Estados deleguen en parte sus derechos soberanos en la UE, esta no asume por ello soberanía porque, a diferencia de los Estados, no tiene «la competencia sobre la competencia» (kompetenz-kompetenz), o una especie de «aseidad» jurídica para determinar los ámbitos en los que desea actuar. Así lo estableció el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto Wimbledon al estimar que «El Tribunal se niega a ver en la conclusión de un Tratado cualquiera, por el cual un Estado se compromete a hacer o no hacer alguna cosa, un abandono de su soberanía. Sin duda toda convención que engendra una obligación de este género establece una restricción al ejercicio de derechos soberanos del Estado, en el sentido de que imprime una dirección determinada a dicho ejercicio. Pero la facultad de contraer compro-

⁵ Sentencia de 15 de julio de 1963, 6/64, Costa/Enel (1965) ECLI:EU:C:1964:66 p. 105.

⁶ Sentencia de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, Van Gend en Loos ECLI:EU:C:1963:1 p. 340.

⁷ Dictamen de 14 diciembre de 1991, 1/91, Tratado por el que se crea un Espacio Económico Europeo ECLI:EU:C:1991:490, apartado 21. Véase también la sentencia de 23 de abril de 1993, Asunto 294/83, Partido ecologista «Los Verdes», ECLI:EU:C:1986:166

misos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado»⁸; tampoco las competencias atribuidas por los Estados miembros a la UE son «irreversibles» puesto que los Tratados UE en vigor prevén explícitamente la facultad de repatriar a los Estados miembros las competencias de la UE (artículo 48 TUE, Declaración nº 18 aneja a los Tratados relativa a la delimitación de competencias), ni es la UE de duración ilimitada puesto que los Tratados en vigor prevén la posibilidad de retirarse de la UE (artículo 50 TUE); tampoco el principio de primacía confiere a la UE una singularidad en Derecho internacional porque «sería suficiente recordar el principio fundamental de Derecho internacional de que éste prevalece sobre el Derecho interno. Este principio ya había sido reafirmado en un fallo judicial el 14 de septiembre de 1872, con ocasión del laudo arbitral en el caso del Alabama, entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, y ha sido recordado con frecuencia desde entonces»⁹; y este principio, como en el caso de la UE, requiere a los Estados adecuar su legislación interna («Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación interna las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos»¹⁰) así como la prelación de la norma internacional («Un Estado no podrá invocar frente a otro Estado, su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor»¹¹). Tampoco la doctrina de los efectos directos o la aplicabilidad directa de Derecho de la UE es excepcional en Derecho internacional: así tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto sobre la *Competencia de los tribunales de Danzig*¹², como el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *La Grand*¹³, rechazan la existencia de un principio de Derecho internacional general, según

⁸ CPJI, Serie A no 1, Wimbledon, Rec. 1923 p 25

⁹ Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud del acuerdo relativo a la sede de la ONU, texto en español en Doc. A/42/952 de 29 de abril de 1988, pág. 25, apartado 57. Véase también el caso relativo a las Comunidades greco-búlgaras en que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró que «constituye un principio generalmente aceptado de derecho internacional el de que, en las relaciones entre Potencias que sean Partes contratantes en un tratado, las disposiciones del derecho interno no podrán prevalecer sobre las del tratado.» (P.C.I.J. Series B, No. 17, pág. 32)

¹⁰ Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Asunto del intercambio de poblaciones griegas y turcas, CPJI, serie B, no 10 p. 20.

¹¹ Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Opinión consultiva en el asunto del trato de los nacionales polacos, CPJI, serie A, nº 24 p. 12.

¹² PCIJ series B No. 15, Rec. 1928 págs. 17 y 18.

¹³ CIJ, Rec. 2001, apartado 77.

el cual, los acuerdos internacionales se limitan a establecer estrictamente relaciones interestatales, y confirman más bien el principio de Derecho internacional general, según el cual, los acuerdos internacionales pueden establecer disposiciones de las que se derivan derechos y obligaciones con efectos directos para los individuos y que son de aplicación directa en el orden jurídico interno cuando el objeto mismo del acuerdo así lo prevé y es puesto de manifiesto a través la intención de las partes contratantes¹⁴; la referencia del Tribunal de Justicia a la naturaleza de los Tratados como «carta constitucional fundamental» de la UE, tampoco cambia el hecho de que la entidad UE «hunde sus raíces y sus límites en el Derecho internacional»¹⁵, y en concreto en el Derecho de las Organizaciones Internacionales, puesto que los Tratados dejan claro que, como es el caso de todas las organizaciones internacionales, los Estados miembros permanecen soberanos e independientes y que sólo ellos son «los dueños de los tratados» (*Masters of the Treaties, maîtres des traités, Herren der Verträge*). Finalmente, la característica de «supranacionalidad de la UE referida a la adopción de decisiones por mayoría cualificada, también es compartida por otras organizaciones internacionales¹⁶.

Así pues, en el caso de la UE existe una asimetría entre, por una parte, la voluntad concertada de los Estados miembros sobre el alcance de la subjetividad internacional de la UE, y por otra parte, el reconocimiento que los terceros países y el Derecho internacional otorgan al alcance de dicha subjetividad. Esta asimetría genera incertidumbres en la acción exterior de la UE tanto en el ámbito interno de la UE como en el internacional.

¹⁴ Bien es cierto que en el caso de las Naciones Unidas el Tribunal Internacional de Justicia opinó que debido al número de Estados miembros, a su universalidad, tenía una personalidad internacional objetiva porque «una muy amplia mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional, tendrían el poder, conforme al derecho internacional, de crear una entidad poseedora de una personalidad internacional objetiva —y no simplemente una personalidad reconocida solo por ellos» *C.I.J. Recueil 1949*, pág.180. Pero a diferencia de la ONU, la UE, no reúne esta característica ya que es una organización regional aunque ha sido reconocida por la mayoría de países terceros y por varias organizaciones internacionales.

¹⁵ Araceli MANGAS MARTÍN y Diego LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Octava edición, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 47.

¹⁶ Por ejemplo, en los sistemas de votación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial (BM) se asignan un número de «votos básicos» a cada Estado miembro, y cada uno de los votos restantes se distribuyen por cada determinada aportación de dólares como participación (BM) o cuota de asignaciones especiales de derechos de giro (FMI).

III. LAS TENSIONES COMPETENCIALES INTERNAS

Toda la acción exterior de la UE tiene su fundamento en el conjunto de competencias que le han sido atribuidas en los Tratados. Sin embargo, la delimitación de esas competencias ha sido tradicionalmente una operación extremadamente compleja debido a la escasez tradicional de disposiciones explícitas en los Tratados, al reconocimiento jurisprudencial de competencias mediante la aplicación de la doctrina de los poderes implícitos, así como al recurso a la llamada «clausula de imprevisión» que permite ajustar las competencias de la Unión a los objetivos asignados por los tratados cuando estos no hayan previsto los poderes de acción necesarios para alcanzar dichos objetivos (artículo 352 TFUE).

Uno de los objetivos principales del Tratado de Lisboa ha sido precisamente establecer una delimitación mas clara de las competencias exteriores de la Unión y salvaguardar, al mismo tiempo, las competencias nacionales.¹⁷

1. LA CUESTIÓN DE LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA UE Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS

En efecto, por primera vez en el Derecho de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa establece explícitamente los principios constitucionales que, salvo en el caso del de atribución, yacían implícitos en los Tratados: la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros a los tratados (*principio de atribución*); toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros (*principio de presunción de competencia del Estado* - artículos 4 y 5 TUE, Declaración nº 18 relativa a la delimitación de competencias); los Estados miembros «podrán decidir aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los tratados» (artículo 48, apartado 2, TUE); cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado en el ejercicio de las competencias compartidas, «el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluye todo el ámbito en cuestión» (Protocolo nº 25). El objetivo principal Tratado de Lisboa es pues no sólo extender el ámbito de algunas de las competencias externas de la Unión (por

¹⁷ Véase, en general, Paz ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, «El Tratado de Lisboa y la alargada sombra de los Estados», *RDUE*, nº 18, 2010, págs. 55 y sigs.

ejemplo, inversiones extranjeras directas, la propiedad intelectual, la ayuda humanitaria y la cláusula de solidaridad), sino fijar al mismo tiempo, imperativa y vinculadamente, los límites de dichas competencias con el fin de preservar las competencias externas de los Estados miembros¹⁸.

También, por primera vez en la historia constitucional de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa establece las categorías de competencia de la Unión y describe el ámbito, las condiciones de ejercicio y el alcance de cada competencia en relación con aquellas de los Estados miembros, y ello en términos más o menos precisos (artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del TFUE). Estas categorías reflejan ampliamente las disposiciones del antiguo Tratado de la Comunidad Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al aplicar y examinar las disposiciones de los tratados a lo largo de los años. Según el Tratado de Lisboa, existen tres tipos de competencias: la competencia exclusiva, la competencia compartida y la competencia de apoyo.

Cuando los tratados atribuyen a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado «solamente la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión» (artículo 2, apartado 1, TFUE). Además de enumerar explícitamente los ámbitos de competencia exclusiva de la UE¹⁹, el artículo 3 TFEU codifica la jurisprudencia existente al disponer que la Unión también

¹⁸ Por ejemplo, por lo que respecta a la «cláusula de imprevisión» el Tribunal de Justicia ya había establecido que dicha cláusula «no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones de dicho Tratado y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad» (Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, ECLI:EU:C:1996:140 apartado 30); pero el nuevo artículo 252, apartados 2 y 3 TFUE ha añadido la prohibición de adoptar medidas armonizadoras o que persigan objetivos de la PESC. Compárense las nuevas disposiciones con las disposiciones del antiguo artículo 318 TEC y recuérdese que, en el pasado, el Tribunal de Justicia ha estimado que esta disposición permite al Consejo adoptar todas «las disposiciones adecuadas» en el ámbito de las relaciones exteriores (Sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión c. Consejo, AETR, asunto 22/70 ECLI:EU:C:1971:32). A mayor abundamiento, algunos Estados miembros (Alemania, Reino Unido y República Checa) han introducido en su legislación nacional criterios y límites específicos para la aplicación del artículo 352, lo que convierte su utilización en todavía más excepcional que en el pasado.

¹⁹ La Unión dispone de competencia externa exclusiva en los ámbitos de la Unión aduanera, el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el Euro, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común, y la política comercial común.

tiene atribuida competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional «cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas» (artículo 3, apartado 2, TFUE).

Aunque el artículo 4 TFUE no contiene un listado exhaustivo de los ámbitos de competencia compartida (enumera a título no exhaustivo «los (...) ámbitos principales»²⁰), es indudable que esa competencia constituye la regla general en los Tratados. En estos ámbitos, «la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes» y los Estados miembros ejercerán su competencia «en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya». Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia «en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya» (artículo 2, apartado 2, TFUE). El Protocolo nº 25 sobre el ejercicio de las competencias compartidas dispone, además, que «cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado, el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión». Entre los ámbitos de competencia compartida figuran algunos de competencia «paralela» por cuanto el ejercicio de esta competencia «no puede tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya»: se trata de los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, en los que la Unión dispone de competencia «para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas», así como de los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria, en los que la Unión dispone de competencia «para llevar a cabo acciones y una política común» (artículo 4, apartados 3 y 4, TFUE).

Finalmente, existen una serie de ámbitos en los que la Unión sólo dispone de competencia para «apoyar, coordinar o complementar» la acción de los Estados miembros²¹. Esta última categoría de competencias no supone que la UE

²⁰ El mercado interior; la política social, en los aspectos definidos en el Tratado; la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; la energía; el espacio de libertad, seguridad y justicia; y los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el Tratado.

²¹ En los ámbitos de las políticas económicas, de empleo y sociales (artículo 5 TFUE), así como en los ámbitos de la protección y mejora de la salud humana; la industria; la cultura; el turismo; la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte (artículo 6 TFUE).

pueda «sustituir» la competencia de los Estados miembros en dichos ámbitos, ni llevar a cabo «armonización alguna» de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros (artículo 2, apartado 5, TFUE).

La enumeración de la tipología de competencias previstas en los artículos 2, 3, 4, 5, y 6, TFUE no cubre todos los aspectos de la acción de la UE y, por esta razón, el artículo 2, apartado 6, TFUE dispone que «El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito». Por ejemplo, el alcance de la política comercial se debe entender como abarcando «las inversiones extranjeras directas» puesto que las nuevas disposiciones del artículo 207 TFUE incluyen esta materia en la definición de la política comercial común. El Tratado incluye nuevos artículos que especifican formalmente nuevas competencias, pero algunos de estos artículos confirman generalmente ámbitos de competencia en los que la Unión ya ha tomado medidas legislativas fundamentadas sobre una base jurídica distinta. La competencia de la Unión también ha sido extendida visiblemente a través de enmiendas a artículos que ya existían.

También por primera vez en la historia constitucional de la UE, el Tratado de Lisboa prevé expresamente la facultad de devolver las competencias de la Unión a los Estados miembros, es decir, de «repatriar» las competencias de la Unión. En la Declaración n° 18, la Conferencia intergubernamental que negoció el Tratado de Lisboa, luego de subrayar que las competencias que los Tratados no hayan atribuido a la Unión «serán de los Estados miembros», indica, además, que en los ámbitos de competencia compartida, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya «o haya decidido dejar de ejercerla». Esta última situación «se plantea cuando las instituciones competentes de la Unión deciden derogar un acto legislativo, en particular para garantizar mejor el respeto constante de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». Es el Consejo, «a iniciativa de uno o varios de sus miembros (representantes de los Estados miembros) y de conformidad con el artículo 241» TFUE, la institución que está facultada para «pedir» a la Comisión «que presente propuestas de derogación de un acto legislativo», y la Comisión «concederá una atención especial a dichas solicitudes». De igual modo, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en una Conferencia intergubernamental, «podrán decidir» con arreglo al procedimiento de revisión ordinario previsto en los apartados 2 a 5 del artículo 48 TUE, modificar los Tratados en los que se fundamenta la Unión, «incluso para aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en dichos Tratados».

Esta Declaración ha dejado explícitamente claro (aunque se haya considerado como una «blasfemia» en ciertos círculos) lo que ha sido obviamente siempre la naturaleza de la competencia de la Unión, a saber que los Estados miembros son los dueños de los tratados (*the Masters of the Treaties, les maîtres des traités, die Herren der Verträge*). Puesto que la Unión no tiene soberanía, tampoco goza de la competencia última para establecer su propia competencia (*the competence of competences, kompetenz-kompetenz*). En consecuencia, toda competencia atribuida a la Unión puede ser repatriada al ámbito nacional. A ello se añade también que también por primera vez se prevé explícitamente que «todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión» (artículo 50 TUE). La razón de este blindaje competencial reside en gran medida en la necesidad, compartida por los Estados miembros, de evitar en la medida de lo posible, el riesgo de «arañar» centímetro a centímetro competencias a los Estados miembros (*competence creep*).

El significado y la importancia de las disposiciones competenciales de los Tratados han sido percibidas de forma distinta por las instituciones de la Unión y por los Estados miembros y las diferencias de percepción, de interpretación y de aplicación que se presentan a nivel institucional y/o estatal, han tenido que ser resueltas por el Tribunal de Justicia cuya función es garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados» (artículo 19, apartado 1, TUE). Pero en la práctica, también ha resultado problemática la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia que ha consagrado el principio, según el cual, toda competencia atribuida a la UE es «definitiva» debido a que los Estados miembros han constituido «una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias» y la transferencia de competencias a la Unión «implica pues una limitación de sus derechos soberanos»²²; además, toda competencia ejercida (*occupied territory*) o atribuida es «irreversible» ya que «un desposeimiento de las atribuciones conferidas y el retorno de las materias objeto de las mismas al ámbito de competencias exclusivas de los Estados miembros, no podría producirse sino en virtud de una disposición expresa del Tratado»²³. Esto implica en el caso de las competencias compartidas que cuando la Unión Europea adopta disposiciones en un ámbito determinado de esta competencia, los Estados miembros pierden la competencia para legislar en dicho ámbito y, por lo tanto, la competencia compartida se con-

²² Sentencia de 15 de julio de 1963, Costa c. ENEL, ECLI:EU:C:1964:66 .

²³ Sentencia de 14 de diciembre de 1971, Comisión c. Francia, 7/71, ECLI:EU:C:1971:121, apartado 20.

vierte en una mera competencia residual. Pues bien, a pesar de las disposiciones competenciales específicas introducidas por el Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia continúa aplicando sin restricciones su jurisprudencia tradicional cuando es llamado a interpretar dichas nuevas disposiciones. Por ejemplo, en el Dictamen 1/13, de 14 de octubre de 2014, sobre el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, el Tribunal consideró que la observancia del requisito previsto en el artículo 3, apartado 2, TFUE relativo a la existencia de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional, «en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas», debía examinarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente con anterioridad al Tratado de Lisboa. Según esta jurisprudencia, el riesgo de que unos compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros afecten a normas comunes de la Unión o alteren el alcance de dichas normas, justifica una competencia externa exclusiva de la Unión, cuando tales compromisos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dichas normas²⁴. Para comprobar la existencia de ese riesgo de afectación «no se requiere una concordia completa entre el ámbito abarcado por los compromisos internacionales y el abarcado por la normativa de la Unión»²⁵; especialmente, el alcance de las normas comunes de la Unión «puede verse afectado o alterado por tales compromisos cuando éstos pertenezcan a un ámbito ya cubierto en gran medida por esas normas»²⁶. Según el Tribunal de Justicia, esta antigua jurisprudencia «sigue siendo pertinente, en el contexto del artículo 3 TFUE, apartado 2, para apreciar si se cumple el requisito relativo al riesgo de que se vean afectadas normas comunes de la Unión o de que se vea alterado su alcance»²⁷. Otro ejemplo ilustrativo lo constituye la Sentencia del 4 de septiembre de 2014 sobre la Decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión a negociar el futuro *Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos de los organismos de radiodifusión afines a los derechos de autor*, en la que el Tribunal de Justicia de nuevo afirma que en el supuesto contemplado el artículo 3, apartado 2, «el alcance de las normas comunes de la Unión tam-

²⁴ Véanse en este sentido las sentencias Comisión/Consejo, denominada «AETR», 22/70, EU:C:1971:32, apartado 30; Comisión/Dinamarca, C467/98, EU:C:2002:625, apartado 82, y Comisión/Consejo, C114/12, EU:C:2014:2151, apartados 66 a 68.

²⁵ Véanse el dictamen 1/03, EU:C:2006:81, apartado 126, y la sentencia Comisión/Consejo, EU:C:2014:2151, apartado 69.

²⁶ Véase, en este sentido, el dictamen 2/91, EU:C:1993:106, apartados 25 y 26.

²⁷ Dictamen 1/13 de 14 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2303 apartados 71-73.

bién verse afectado por tales compromisos (internacionales) cuando éstos pertenecan a un ámbito que ha sido cubierto en gran medida por esas normas»²⁸.

En esta Sentencia, el Tribunal rechaza que una interpretación más restrictiva de su jurisprudencia pueda ampararse en el Protocolo UE nº 25 que tiene por objeto «precisar el alcance con el que la Unión puede ejercer una competencia compartida con los Estados miembros que le haya sido atribuida por los Tratados y no limitar el alcance de la competencia exclusiva de la Unión en el supuesto contemplado en el artículo 3 apartado 2 TFUE»²⁹; y juzga que «el contenido de las negociaciones para la elaboración (del futuro Convenio del Consejo de Europa) (...) está comprendido en un ámbito regulado en gran medida por normas comunes de la Unión y que esas negociaciones pueden afectar a normas comunes de la Unión o alterar el alcance de las mismas»³⁰.

El Consejo no comparte la valoración del Tribunal de Justicia sobre su jurisprudencia anterior al Tratado de Lisboa. Considera así que el hecho de que el ámbito de aplicación de un acuerdo internacional esté cubierto en gran parte por normas equivalentes del Derecho de la Unión no permite deducir la existencia de una competencia externa exclusiva, entre otras razones porque este criterio no es pertinente, puesto que no se retomó en el artículo 3 TFUE, apartado 2, que ha codificado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los criterios de competencia exclusiva de la Unión para la celebración de acuerdos internacionales. El Consejo valora la interpretación literal de las disposiciones del Tratado de Lisboa y ello refleja la opinión de la mayoría (y a menudo de la totalidad) de los Estados miembros. Mantiene que una competencia que no haya sido ejercida por la Unión, incluso en lo que respecta a los aspectos específicos de un determinado ámbito que ha sido ampliamente regulado por la Unión, continúa siendo una competencia de los Estados miembros y que éstos disponen de un poder discrecional para elegir políticamente si en un caso determinado la Unión ejerce o no ejerce una competencia compartida.

La práctica de los acuerdos mixtos requiere una consideración especial puesto que estos contienen disposiciones que se corresponden a ámbitos bajo

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de septiembre de 2014, C-114/12, Comisión c. Consejo, Protección de los derechos de los organismos de radiodifusión afines a los derechos de autor, ECLI:EU:C:2014:2151, apartado 70. Dictamen 2/91, EU:C:1993:106, apartado 25; sentencia Comisión/Dinamarca, EU:C:2002:625, apartado 82, y dictamen 1/03, EU:C:2006:81, apartados 120 y 126.

²⁹ Asunto C-114/12 apartado 73.

³⁰ Asunto C-114/12 apartado 102.

la competencia de la Unión, otras que se corresponden a competencias en las que los Estados miembros tienen competencia, y otras disposiciones en las que tanto la Unión como los Estados miembros tienen competencia. El Consejo y los Estados miembros recurren frecuentemente a la negociación, firma, aplicación provisional y celebración de acuerdos mixtos incluso en los casos en los que un acuerdo podía haberse celebrado por la Unión exclusivamente si ésta hubiera ejercido sus competencias en el marco de la PESC. La apertura de negociaciones, la firma y la celebración³¹ de los acuerdos mixtos se adoptan por regla general mediante dos decisiones separadas: una por el Consejo en el ámbito de la competencia de la UE y otra distinta por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo por lo que respecta a las competencias de éstos. En algunos casos, este procedimiento también se ha aplicado para la firma y la aplicación provisional de acuerdos mixtos³². Dejando aparte la cuestión de si tales decisiones pueden ser válidamente combinadas en una sola «híbrida» del Consejo y de los Estados miembros, (cuestión que se halla pendiente de resolución ante el Tribunal de Justicia³³), el punto de interés aquí reside en que la práctica de las decisiones híbridas, denota la tendencia de los Estados miembros de indicar explícitamente que una competencia no ha sido ejercida, y ello incluso en los casos en que estén dispuestos a autorizar la apertura de negociaciones designando a la Comisión como único negociador tanto en lo que respecta a la competencia de la UE como en lo que respecta a la competencia de los Estados miembros³⁴.

³¹ Véanse las decisiones relativas a la República de Kazajstán documento del Consejo 8282/11 del 13 de abril de 2011 o respecto a los acuerdos con Georgia, Armenia, Azerbaiyán y Australia (para este último véase el documento del Consejo 14658/11 del 4 de octubre de 2011).

³² Véase la decisión 11/708/UE del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea reunidos en el seno del Consejo de 16 de junio de 2011, acuerdo con Noruega e Islandia DO L 283, 29.10.2011 p. 1.

³³ Véase la Decisión «híbrida» del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo, de 16 de junio de 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América, por una parte, la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, (Doc 2011/708/UE). La validez de esta decisión híbrida se halla pendiente de resolución en el asunto C-28/12, Consejo c. Comisión.

³⁴ Véase el artículo 1 apartado 1 de la Decisión de los Estados miembros relativa al acuerdo con Kazajstán citado *supra*.

A pesar de que la Comisión ha propuesto evitar el recurso a los acuerdos mixtos en algunos casos y ha presentado recomendaciones para que el Consejo le dicte directrices para negociar acuerdos internacionales entre terceros países y la Unión sola, el Consejo ha rechazado sistemáticamente estas iniciativas de la Comisión y no ha permitido el ejercicio «potencial» externo de competencias compartidas no ejercidas internamente con anterioridad por la UE, o ha considerado que algunos elementos de los acuerdos previstos pertenecían al ámbito de la competencia exclusiva de los Estados miembros, y/o ha elegido no ejercer las competencias PESC de la Unión con el fin de permitir la presencia y la participación de los Estados miembros junto a la Unión en dichos acuerdos. Esta posición del Consejo y de los Estados miembros se percibe a la vez en lo que respecta a los llamados acuerdos «horizontales» (los acuerdos de asociación, o acuerdos de partenariado y cooperación) y en el caso de los acuerdos «sectoriales» (medio ambiente o transporte). En algunos casos, la Comisión ha contestado la legalidad de las decisiones tomadas por el Consejo (y por los Estados miembros) y ha interpuesto recursos de anulación ante el Tribunal de Justicia (artículo 263 TFUE). Una de las raras excepciones la constituye la negociación del acuerdo de estabilización y de asociación con Kosovo, pero esta excepción ha sido debidamente justificada en razón de que algunos Estados miembros (incluida España) no han reconocido a Kosovo como un Estado independiente. Se quería evitar, por lo tanto, el riesgo de que la negociación y celebración de dicho acuerdo por parte de la UE y los Estados miembros pudiera ser interpretada como un reconocimiento implícito de Kosovo por parte de estos últimos.

A pesar de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando generosamente el alcance de las competencias de la Unión en el ámbito de las relaciones internacionales, me parece dudoso que esta jurisprudencia vaya a cambiar la posición del Consejo y de los Estados miembros sobre los acuerdos mixtos, una práctica que, reforzada con la aplicación provisional de los mismos, se fundamenta en el principio constitucional fundamental de atribución de competencias, y que a juicio del Consejo y de los Estados miembros ha resultado ser muy útil. No se puede albergar ninguna duda acerca de la validez jurídica de tal práctica, puesto que la existencia de acuerdos mixtos ha sido aprobada por el Tribunal de Justicia³⁵, que ha establecido que los acuerdos mixtos forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión³⁶ y ha enfatizado,

³⁵ Sentencia de 30 de septiembre de 1987, Asunto 12/86, Demirel, ECLI:EU:C:1987:400.

³⁶ Sentencia de 11 de septiembre de 2007, Asunto C-431/05, Merck ECLI:EU:C:2007:496, apartados 33-38.

además, la necesidad de una «asociación común» o de una cooperación sincera, entre la Unión y los Estados miembros en estrecha colaboración tanto en el proceso de negociación como en la celebración y la aplicación de los acuerdos. Este deber de cooperación sincera se deriva de lo que el Tribunal de Justicia ha catalogado como la exigencia de coherencia entre la actuación internacional de la Unión y el reparto de competencias y facultades en el ámbito interno y el principio de unidad en la representación internacional de la Unión³⁷, que es uno de los principios fundamentales de las relaciones exteriores de la Unión. Consecuentemente, a nuestro juicio los acuerdos mixtos continuarán constituyendo una de las características más idiosincráticas de Derecho de las relaciones exteriores de la Unión y de la práctica de la Unión.

En el marco de los acuerdos mixtos, la PESC requiere un análisis separado. Aunque en general el Consejo no ha recurrido a las disposiciones de la PESC en su práctica de firma y de celebración de acuerdos internacionales³⁸, sí ha designado al Alto Representante como negociador de las materias potencialmente cubiertas por la PESC³⁹. Además, el Consejo ha considerado que es posible celebrar un acuerdo combinando la base jurídica PESC con otra no PESC como, por ejemplo, en el ámbito de la cooperación al desarrollo⁴⁰. Sin embargo, en las fases de firma y celebración de acuerdos mixtos, el Consejo ha elegido no aceptar que la Unión ejerza su competencia PESC, permitiendo de esta guisa a los Estados miembros ejercer la competencia PESC como parte de su competencia nacional. Esta práctica ha conocido una excepción reciente con la decisión *de firma y de aplicación provisional* del Acuerdo de asociación con Ucrania⁴¹, que ha sido justificada por la necesidad imperativa de aplicar de

³⁷ Resolución 1/78, Convenio relativo a la protección física de los materiales instalaciones y transportes nucleares, ECLI:EU:C:1978:202, apartados 34-36.

³⁸ Véase, Decisión del Consejo 212/272/UE del 14 de mayo de 2012, Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y la República de Filipinas DO L 134, 24.5.2012, p. 3. Esta Decisión ha sido anulada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 11 de junio de 2014, asunto C-377/12 Comisión c. Consejo, ECLI:EU:C:2014:1903. La Decisión no incluyó una base jurídica PESC a pesar de que el acuerdo contenía disposiciones en materia de PESC.

³⁹ Véase por ejemplo la Decisión del Consejo sobre el acuerdo con Kazajistán artículo 2 apartado 2.

⁴⁰ Véase la Decisión del Consejo 2002/308/PESC de 26 de abril de 2012, DO L 154, 15.06.2012 p.1. Esta decisión se fundamenta en los artículos 37 y 31 TUE y en los artículos 209 y 2012 conjuntamente con el artículo 218 apartado 6 (a) y apartado 8 TFUE.

⁴¹ Decisión del Consejo 2014/295/UE de 17 de marzo de 2014, DO L 161, 29.05.2014, punto 1.

forma inmediata las partes políticas de ese acuerdo. La aplicación provisional imperativa y rápida no fue considerada como practicable si las disposiciones de política exterior hubieran sido ejercidas como parte de la competencia de los Estados miembros, debido a que las tradiciones constitucionales de algunos de ellos no permiten la aplicación provisional y porque los procedimientos de ratificación de dichos acuerdos por los Estados miembros duran varios años. En cambio, no se ha estimado pertinente incluir la base jurídica PESC en la *decisión de celebración* de este acuerdo con Ucrania, que continuará siendo de naturaleza mixta⁴², lo que le diferencia del acuerdo de asociación con Kosovo que incluirá, entre otras, la base jurídica PESC (el artículo 37 TUE) y que, como se ha señalado, a fin de evitar las dificultades derivadas del reconocimiento de Kosovo como un Estado soberano por parte de algunos Estados miembros, será celebrado exclusivamente como un acuerdo entre la Unión Europea y Kosovo. Estimo que el recurso frecuente a acuerdos mixtos en el ámbito de la PESC es difícil de explicar puesto que la naturaleza específica de la PESC que se rige «por reglas y procedimientos específicos» (artículo 24 TUE) ofrece todas las garantías a los Estados miembros para controlar por unanimidad el procedimiento decisorio del Consejo: no existe una doctrina de «territorio ocupado» («occupied territory») o un principio de prioridad o preferencia («preemption»⁴³) en el ámbito de la PESC. Su característica peculiar es que el ejercicio de una competencia PESC se entiende sin perjuicio de las responsabilidades y las competencias de los Estados miembros en la formulación y conducción de su política exterior (Declaraciones nº 13 y 14 en el ámbito de la PESC)⁴⁴. En sustancia, la competencia PESC puede asimilarse a las competencias designadas como paralelas en el ámbito no PESC tales como la investigación, el desarrollo tecnológico, el espacio, la cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria para las que, como he señalado, el Tratado dispone que el ejercicio de estas competencias no puede tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya (artículo 4, apartados 3 y 4, TFUE). Además, en la práctica, la aplicación de las partes de los acuerdos mixtos relativas a la

⁴² Véase documento del Consejo 13613/3/13 de 20 de junio de 2014 que no contiene ninguna referencia al artículo 37 TUE.

⁴³ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, págs. 343 y ss. (356).

⁴⁴ A. MANGAS MARTÍN, «Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional», en *Obra en homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, págs. 445-466.

PESC afectan esencialmente a materias en los que la Unión ha adoptado una posición o una acción en el ámbito de la PESC. Consecuentemente, estimo que la reticencia de los Estados miembros para aceptar el ejercicio por parte de la Unión Europea de su competencia PESC en el marco de los acuerdos internacionales está principalmente fundamentada en consideraciones políticas, es decir, en la preferencia de los Estados miembros de afirmar su propia presencia en el marco de acuerdos internacionales esencialmente horizontales y así garantizar que la aplicación de tales acuerdos horizontales continuará siendo controlada también por ellos.

2. LAS INCERTIDUMBRES EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Ninguna organización internacional dispone de una actividad convencional que iguale cualitativa o cuantitativamente al poder de celebrar acuerdos internacionales de la UE⁴⁵. El principio general está recogido en el artículo 216, apartado 1, TFUE, que integra el principio de atribución y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, al disponer que en el ámbito de las relaciones exteriores la Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales «cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en el Tratado, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas».

En la práctica, han surgido divergencias interinstitucionales importantes, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que han dificultado el procedimiento decisorio de negociación, firma y celebración de acuerdos internacionales previsto en el artículo 218 TFUE. Los puntos de fricción incluyen tres cuestiones: primero, la cuestión del alcance de la potestad del Consejo de conferirse facultades en las directrices que dicta a la Comisión cuando la autoriza a abrir las negociaciones y/o de imponer en dichas directrices obligaciones vinculantes para la Comisión⁴⁶; segundo, la cuestión de la

⁴⁵ Araceli MANGAS MARTÍN y DIEGO LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Octava edición, Tecnos, Madrid 2014, págs. 523 y 543.

⁴⁶ Hay un asunto pendiente ante el Tribunal en esta materia: se trata del asunto C-425/13 Comisión c. Consejo (ECLI:EU:C:2014:91) en el que la Comisión solicita la anulación total o parcial de la decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de

necesidad o de la utilidad de identificar las bases jurídicas sustantivas para fundamentar las decisiones por las que se autoriza la apertura de negociaciones pues mientras el Consejo considera que es necesario identificar las bases jurídicas sustantivas además de las procedimentales del artículo 218 TFUE, la Comisión, en cambio, no considera necesario que la decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones indique una base jurídica sustantiva⁴⁷; y tercero, la cuestión del alcance de la obligación de mantener al Parlamento Europeo cumplida e inmediatamente informado en todas las fases del procedimiento establecido en el artículo 218 TFUE (artículo 218, apartado 10, TFUE)⁴⁸.

La designación del negociador o del jefe del equipo de negociación de la Unión también ha resultado ser problemática. Además de la cuestión de la naturaleza mixta y del posible papel de los Estados Miembros que ejercen la pre-

negociaciones para vincular el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero de la UE con el régimen australiano. La decisión confiere facultades al Consejo e impone obligaciones a la Comisión. La Comisión alega que la Decisión del Consejo viola el equilibrio institucional previsto en los artículos 13 TUE, 218 apartados 2, 3 y 41 y 295 TFUE porque estima que el Consejo no puede conferirse facultades ni imponer obligaciones a la Comisión en el proceso negociador. El 17 de marzo de 2015 el Abogado General Wathelet ha presentado unas sorprendentes conclusiones en este asunto dando la razón a la Comisión (ECLI:EU:C:2015:174)

⁴⁷ Véase la declaración de la Comisión que aparece reproducida en el documento del Consejo n. 10191/1/14 Rev. 1, p. 18.

⁴⁸ Sentencia de 24 de junio de 2014, Asunto C-658/11, Parlamento Europeo c. Consejo, Decisión 2011/640/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2011, relativa a la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega, por la fuerza naval dirigida por la Unión Europea a la República de Mauricio, de sospechosos de piratería y de los bienes incautados relacionados, y sobre las condiciones de trato de tales sospechosos después de su entrega (DO L 254, p. 1) ECLI:EU:C:2014:2025. En esta sentencia el Tribunal estima que «en la medida en que no se informó cumplida e inmediatamente al Parlamento en todas las fases del procedimiento según exige el artículo 218 TFUE, apartado 10, incluida la fase precedente a la celebración del acuerdo, no se permitió a esa institución ejercer la facultad de supervisión que en materia de PESC le han atribuido los Tratados y, en su caso, exponer su punto de vista en lo referente, en particular, a la base jurídica adecuada que debe fundamentar el acto en cuestión. En estas circunstancias, la inobservancia de este requisito de información afecta negativamente a las condiciones del ejercicio por parte del Parlamento de sus funciones en el ámbito de la PESC y constituye, en consecuencia, la violación de un requisito esencial de forma» (apartado 86). Véase en general Gregorio GARZÓN CLARIANA, *El control parlamentario del ejecutivo en la Unión Europea*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid 2013 págs. 5-26.

sidencia de turno del Consejo, el artículo 218, apartado 3, TFUE establece competencias distintas para la Comisión y para el Alto Representante en materia de proceso de negociación, al establecer que «la Comisión, o el Alto Representante (...) cuando el acuerdo previsto se refiera exclusiva o principalmente a la Política Exterior y de Seguridad Común, presentará recomendaciones al Consejo, que adoptará una decisión por la que se autorice la apertura de negociaciones y se designe en función de la materia del acuerdo previsto, al negociador o al jefe del equipo de negociación de la Unión». En los supuestos en los que el Consejo designa conjuntamente a la Comisión y al Alto Representante, ha nombrado explícitamente a alguno de los dos como jefe del equipo de negociación⁴⁹ y ha dado al Alto Representante (y a través de él, al Servicio Europeo de Acción Exterior, en adelante, SEAE) y a la Comisión plena libertad y autonomía para establecer entre ellos una cooperación y una coordinación plenas a lo largo del proceso de negociación. En algunos casos, la Comisión ha permitido que sea el SEAE el que lidere las negociaciones a pesar de haber sido designada ella jefe del equipo de negociación. Parte de la explicación de esta práctica reside en el hecho de que la Comisión carece en la actualidad de oficinas geográficas (todas fueron transferidas al SEAE a partir del establecimiento de este último) y la Comisión ha designado la dirección general temática mas pertinente como su servicio en cada área geográfica.

La práctica del Consejo tampoco es uniforme en el supuesto en que la decisión del Consejo relativa a la negociación, firma o celebración de acuerdos internacionales requiera la combinación de una base jurídica sustantiva perteneciente al ámbito del Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia previsto en el Título V TFUE (en adelante ámbito LSJ) con otra distinta fuera del ámbito LSJ: en un número importante de casos el Consejo ha tomado dos decisiones debido a que en el ámbito de LSJ la composición del Consejo excluye la participación de Dinamarca y, dependiendo del caso, del Reino Unido e Irlanda (quienes en virtud de los Protocolos nº 21 y 22 no toman parte en la adopción de medidas en el ámbito LSJ⁵⁰); en otros casos el Consejo ha tomado una decisión única⁵¹. Esta institución fundamenta su práctica

⁴⁹ Véase la decisión del Consejo sobre las negociaciones con Kazajstán (documento del Consejo 8282/11 del 11 de 11 abril del 2011, artículo 2 punto 1).

⁵⁰ Por ejemplo la celebración del Protocolo al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros por mar del 2002 (decisiones del Consejo 2012/22/UE y 2012/23/UE de 12 de diciembre de 2012).

⁵¹ Véase la decisión del Consejo 2012/418/UE de 21 de diciembre de 2011 relativa a la firma y la aplicación provisional de algunas disposiciones del Acuerdo de partenariatio

en el principio de la autonomía del Consejo para organizar su trabajo interno teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Sin embargo, el punto de fricción institucional más importante lo constituye la cuestión de la elección de la base jurídica que fundamente la decisión del Consejo de negociación, firma, aplicación provisional y celebración de acuerdos internacionales. Es obvio que esta cuestión ha sido siempre motivo de disputa interinstitucional, pero el Tratado de Lisboa ha introducido modificaciones que no han facilitado, antes bien todo lo contrario, la resolución de esta cuestión.

Un desafío importante lo constituyen los regímenes especiales acordados para el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en el ámbito LSJ (artículos 67 a 89 TFUE). Más en particular, por una parte, las exclusiones (*opts-outs*) del Reino Unido y de Irlanda de los acuerdos internacionales de la UE que afecten al ámbito LSJ y las posibilidades de notificar la participación (*opts-ins*) en tal ámbito por parte de dichos Estados en las condiciones previstas en el Protocolo nº 21, y, por otra parte, la exclusión incondicional de Dinamarca de dichos acuerdos en virtud del Protocolo nº 22. No cabe albergar ninguna duda sobre el valor constitucional de Derecho primario de estos Protocolos. La cuestión que se plantea en estos supuestos es la de si son aplicables los criterios tradicionales elaborados por el Tribunal de Justicia sobre la elección de bases jurídicas (tales como el «centro de gravedad» o el método de lo «accesorio/secundario») en el supuesto en el que un acuerdo internacional incorpore medidas en el ámbito de LSJ. Especialmente cuando los acuerdos internacionales, además del ámbito LSJ, cubren varios ámbitos competenciales de la UE: ¿Pueden dichos Protocolos ser considerados como accesorios o secundarios a las bases jurídicas que prevalezcan con arreglo al método del centro de gravedad? Si la respuesta fuera positiva, significaría que los Estados Miembros beneficiarios de los Protocolos se verían privados de unas prerrogativas constitucionales que pertenecen al área de Derecho primario y que incluyen el derecho a no participar en la adopción por el Consejo de las medidas propuestas relativas al ámbito LSJ.

El Tribunal de Justicia ha dejado claro que, en estos supuestos, continuará aplicando el método tradicional del centro de gravedad a la cuestión de la elección de bases jurídicas⁵², a pesar de que el resultado del método aplicado

y cooperación celebrado entre la Unión Europea y los Estados Miembros por una parte y la Republica de Irak por la otra parte, DO L 204, 31.7.2012, p. 18.

⁵² Un análisis general del control judicial de los acuerdos internacionales celebrados por la UE hasta 2001 se puede encontrar en la obra de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid 2001.

sea descartar los derechos garantizados por los Protocolos y, por lo tanto, por el Derecho primario: en la sentencia de 27 de junio de 2014 sobre el Acuerdo de libre circulación de personas entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y Suiza, por otra, el Tribunal de Justicia ha dejado claro que «resultan irrelevantes para la conformidad a Derecho de la base jurídica de un acto de la Unión las consecuencias que este puede tener en cuanto a la aplicación o no del protocolo nº 21 y del protocolo nº 22 (...) anexos a los Tratados UE y FUE»⁵³. El Tribunal aplica el mismo razonamiento cuando la elección de la base jurídica implica una medida PESC junto con otras medidas que no son PESC⁵⁴. Se debe señalar que, en la práctica, los Estados miembros afectados por los Protocolos no han aceptado por ahora el razonamiento del Tribunal de Justicia y continúan invocando sus derechos constitucionales garantizados por los Protocolos, incluso en los casos en los que la dimensión LSJ tiene un carácter secundario.

Recientemente, el Tribunal de Justicia ha indicado, además, de manera más general, que el criterio del centro de gravedad que ya aplicaba para la elección de la base jurídica de los acuerdos internacionales sectoriales (por ejemplo, en el caso de la elección entre una base jurídica medioambiental y/o comercial⁵⁵) también se aplica ahora a los acuerdos internacionales horizontales. Esta conclusión se apoya en la Sentencia de 11 de junio de 2014 sobre el Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación con Filipinas, un acuerdo horizontal en la medida en que cubre múltiples ámbitos de la competencia de la Unión, en la que el Tribunal anuló la Decisión del Consejo relativa a la firma de dicho

⁵³ Sentencia del 27 de febrero de 2014, Asunto C-656/11, Reino Unido c. Consejo, Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea, sus Estados miembros, y Suiza, ECLI:EU:C:2014:97, apartado 49; véase también la sentencia del 18 de diciembre de 2014, Asunto C-81/13, Reino Unido c. Consejo, Coordinación de los sistemas de seguridad social en el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, ECLI:EU:C:2014:2449 apartado 37; la sentencia del 11 de junio de 2014, Asunto C-377/12, Comisión c. Consejo, Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación con Filipinas, ECLI:EU:C:2014:1903 apartados 34-60, especialmente apartados 57-60; y la sentencia del 26 de septiembre de 2013, Asunto C-431/11, Reino Unido c. Consejo, Coordinación de los sistemas de seguridad social en el Acuerdo Espacio Económico Europeo, ECLI:EU:C:2013:589, apartados 45-68.

⁵⁴ Sentencia de 24 de junio de 2014, Asunto C-658/11, Parlamento/Consejo, (*Acuerdo PESC con Mauricio*), ECLI:EU:C:2014:2025 apartado 45.

⁵⁵ Dictamen 2/00 de 6 de diciembre de 2001 (Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología), ECLI:EU:C:2001:664, apartados 23 y 42. Véase también un ejemplo de base jurídica combinada en el asunto C-94/03, Comisión c. Consejo, Convenio de Róterdam relativo al comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos, ECLI:EU:C:2006:2.

acuerdo, en la medida en que el Consejo añadió a la misma las bases jurídicas sectoriales relativas a la readmisión de nacionales de terceros países (artículo 79 TFUE en el ámbito de LSJ), a los transportes (artículos 91 y 100 TFUE) y al medio ambiente (artículo 191 TFUE); el Tribunal considera suficiente para fundamentar la Decisión del Consejo la base jurídica prevista en el artículo 209 TFUE en el ámbito de la cooperación para el desarrollo —que es considerada por el Tribunal de naturaleza general—⁵⁶. Por lo tanto, en la jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia abandona su doctrina tradicional en la que había establecido que la firma y la celebración de acuerdos internacionales horizontales requería la inserción de tantas bases jurídicas como competencias de la Unión se ejercían⁵⁷. Sin embargo, el Tribunal no parece aplicar su nueva jurisprudencia de forma coherente: por una parte, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014 relativa a la anulación de la Decisión del Consejo determinando la posición de la UE en el seno del Consejo de Asociación establecido por el acuerdo de asociación con Turquía, el Tribunal de Justicia considera que las bases jurídicas correctas son la combinación del artículo 217 TFUE (la base jurídica general para la celebración de acuerdos de asociación) y el artículo 48 TFUE que es la base jurídica específica en materia de seguridad social para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores; por otra parte, en la misma Sentencia, el Tribunal rechaza de nuevo la utilización del artículo 79, apartado 2, letra b TFUE en el ámbito del espacio LSJ porque, según el Tribunal, «carece de pertinencia la base jurídica empleada para la adopción de otros actos de la Unión que, en su caso, presenten características similares, puesto que la determinación de la base jurídica de un acto debe realizarse teniendo en cuenta su finalidad y su contenido propios», porque la decisión impugnada «constituye una etapa más en la realización gradual de la libre circulación de trabajadores entre la Unión y Turquía», que es una finalidad distinta «que la que pretende alcanzar la política común de inmigración» en el ámbito del espacio LSJ; y porque el Protocolo n° 21 «no puede tener ninguna influencia de ninguna clase en la determinación de la base jurídica apropiada»⁵⁸. El Tribunal complica todavía más la incertidumbre que reina en materia de elección de

⁵⁶ Sentencia del 11 de junio de 2014, Asunto C-377/12, Comisión c. Consejo, Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación con Filipinas ECLI:EU:C:2014:1903

⁵⁷ Dictamen 1/94 del 15 de noviembre de 1994 sobre la competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos relativos a los servicios y a la protección de la propiedad intelectual, ECLI:EU:C:1994:384.

⁵⁸ Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-81/13, Reino Unido c. Consejo, Acuerdo de Asociación con Turquía, ECLI:EU:C:2014:2449, apartados 36, 37, 45, 46 y 63.

bases jurídicas en su Sentencia de 6 de mayo de 2014 relativa al intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, en la que parece considerar más importante el objetivo de una medida que su contenido al rechazar de nuevo la base jurídica del artículo 87 TFUE en el ámbito de la cooperación policial del espacio LSJ, en favor del artículo 91 TFUE en el ámbito de la seguridad en los transportes⁵⁹.

IV. EL TRATAMIENTO PRECARIO DE LOS ACTOS UNILATERALES INTERNACIONALES DE LA UE

En Derecho internacional, la teoría de los actos unilaterales todavía adolece de tratamiento precario por parte de la jurisprudencia internacional y la doctrina. Hay sin embargo un acuerdo generalizado en que tales actos se caracterizan porque emanan de un solo sujeto de Derecho, no dependen para ser eficaces de ningún otro acto jurídico, no producen nunca obligaciones para terceros, aunque sí pueden atribuir derechos a terceros Estados, y producen efectos jurídicos obligatorios y exigibles para el Estado del que emana el acto. El reconocimiento, la declaración, la renuncia, la notificación, y la promesa son ejemplos clásicos de actos unilaterales y la UE no es ajena a ninguno de estos instrumentos, aunque la práctica de la UE de los instrumentos internacionales ha mostrado claramente la limitación y la relatividad de la acción exterior de la UE.

1. LA CAPACIDAD FUNCIONAL DE LA UE PARA RECONOCER INTERNACIONALMENTE

En el marco de su acción exterior, la UE ha debido en ciertos supuestos pronunciarse sobre la aparición de otros sujetos de Derecho internacional o sobre la naturaleza de ciertos hechos internacionales. En el caso de la UE este reconocimiento acarrea consecuencias también para sus Estados miembros. ¿Cual es pues la naturaleza del reconocimiento internacional por parte de la UE y cuales son las consecuencias que acarrea este reconocimiento para los Estados miembros?

⁵⁹ Sentencia de 6 de mayo de 2014, Asunto C-43/12, Comisión/Parlamento Europeo y Consejo, *Intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial*, ECLI:EU:C:2014:298 apartados 42 y 43.

La práctica de la UE en este ámbito tiene una larga trayectoria y un eslabón importante lo constituyeron las dos Declaraciones de 1991 relativas al reconocimiento de independencia de las repúblicas yugoslavas, de los nuevos Estados en Europa del Este y de la Unión Soviética mediante las que respectivamente «la Comunidad y sus Estados miembros acuerdan reconocer la independencia de todas las repúblicas yugoslavas» y «afirman la voluntad de reconocer» a los nuevos Estados del Este con arreglo a ciertas condiciones que figuran en sendas Declaraciones. En el pasado, dicho reconocimiento no planteó dificultad alguna puesto que se produjo de común acuerdo por la Comunidad y todos los Estados miembros. Sin embargo una dificultad práctica se ha planteado a raíz de la espinosa cuestión del reconocimiento de la estatalidad e independencia de Kosovo.

La UE y Kosovo acaban de concluir las negociaciones del texto completo para la celebración de un acuerdo de asociación y estabilización, cuya apertura de las negociaciones había sido decidida por el Consejo el 22 de octubre de 2012. Se proyecta que el futuro acuerdo cubra un amplio abanico de materias tales como el comercio, el diálogo político, la justicia, la libertad y seguridad y otras políticas sectoriales. España es uno de los cinco Estados miembros de la UE que no ha reconocido la independencia de Kosovo y fue uno de los países que más trabas puso para aceptar negociar este acuerdo puesto que el Gobierno español sólo aceptó que la Unión Europea abriera las negociaciones tras recibir garantías de que ello no supondrá el reconocimiento «implícito o explícito» de Kosovo por parte de España. Una de las condiciones ya cumplidas es que el acuerdo no tenga carácter mixto, es decir que únicamente sea celebrado por la UE y no conjuntamente por la UE y sus Estados miembros.

La pregunta que surge es si la apertura de negociaciones, firma o celebración del acuerdo de asociación con Kosovo por parte de la UE acarrea el reconocimiento de la independencia de Kosovo por parte de la UE y si, en caso afirmativo, conlleva también el reconocimiento de Kosovo por parte de España.

La respuesta a esta pregunta la da en primer lugar el Derecho internacional. Con arreglo a este derecho tanto la caracterización del reconocimiento como acto declarativo (un Estado existe *de iure* desde que concurren en él los elementos básicos de la estatalidad, limitándose el reconocimiento a verificar tal circunstancia) como la caracterización del reconocimiento como acto constitutivo (el reconocimiento crea el Estado), que es una distinción artificial para algunos autores⁶⁰, tienen efectos jurídicos en la medida en que in-

⁶⁰ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU y Alain PELLET, *Droit international publique*, L.G.D.J., 8ème edición, 2009, p. 522.

cluso en un acto meramente declarativo el reconocimiento no constituye una mera formalidad, sino que es un verdadero acto jurídico y no un puro gesto político aunque se trate de un acto voluntario o discrecional (no existe en Derecho internacional un deber de reconocer): en ambos supuestos (declarativo o constitutivo) el acto permite ejercitar ciertos derechos y obligaciones entre el que reconoce y el reconocido. Además, el Derecho internacional acepta como válidas las múltiples formas que puede revestir el reconocimiento en la práctica estatal (por ejemplo, el artículo 7 del Convenio de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados dispone que el reconocimiento del Estado podrá ser expreso o tácito y que este último resulta de todo acto que implique la intención de reconocer al nuevo Estado) entre los que se incluyen la declaración expresa, el establecimiento de relaciones diplomáticas plenas y la celebración de acuerdos bilaterales (por ejemplo el reconocimiento de la independencia de Estados Unidos por parte de Francia tuvo lugar mediante la firma del Tratado de amistad y comercio de 1778). En el caso que se quiera evitar un posible reconocimiento tácito derivado de la celebración de un acuerdo bilateral, la práctica internacional admite que los sujetos de Derecho internacional realicen declaraciones en las que ponen de relieve que esos actos no deben ser interpretados como otorgando reconocimiento a una determinada entidad. Es más, el Derecho internacional no se opone a que los sujetos de Derecho internacional que rehúsan otorgar el reconocimiento a una entidad puedan tener en cuenta la existencia de tal entidad, incluso que puedan mantener relaciones con dicha entidad sin que por ello se haya otorgado un reconocimiento tácito (por ejemplo, el régimen rebelde que se reconoce como insurgente). Pero también existen circunstancias en las que la celebración de un acuerdo bilateral no constituye prueba de reconocimiento (por ejemplo, entre los años 1919 y 1920 varios gobiernos europeos celebraron acuerdos con el gobierno soviético que prevenían la repatriación de prisioneros de guerra y nacionales sin que los acuerdos fueran interpretados como constituyendo prueba de reconocimiento). Dada la variedad y la complejidad de la práctica en este ámbito, los Estados dan importancia no sólo al contenido de los acuerdos, sino al contexto y la terminología que se utilizan en ellos; especialmente, cuando el contenido específico de un acuerdo bilateral puede implicar que mediante su celebración se otorga un reconocimiento tácito de una parte hacia la otra, las partes recurren a una declaración explícita para evitar tal reconocimiento.

En el caso concreto de Kosovo es indudable que el procedimiento de celebración por parte de la UE de un acuerdo de asociación con Kosovo cons-

tituye la forma comercial y política mas elevada, completa y estrecha de relación internacional que la UE ofrece a los terceros países. Esto significa la aceptación por la Unión que Kosovo posea, por lo menos en cierta medida, la cualidad de sujeto de derecho internacional. Pero ese reconocimiento por parte de la Unión sólo puede tener efectos únicamente dentro de los límites de las competencias de la Unión. Puesto que la Unión, a diferencia de los Estados, no goza de plenitud de subjetividad internacional, la aceptación por parte de la Unión de una cierta autoridad de Kosovo para actuar en la esfera internacional tiene un carácter exclusivamente funcional y no puede ser equivalente al reconocimiento soberano y pleno otorgado por los Estados miembros con arreglo al Derecho internacional. Además, como el acuerdo previsto con Kosovo no será mixto, no existe obligación para los Estados miembros, ni en virtud del Derecho internacional, ni en virtud del Derecho de la UE, de establecer una relación bilateral con Kosovo. Si bien con arreglo al art. 216, apartado 2, TFUE, los acuerdos celebrados por la Unión vinculan a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, las obligaciones asumidas por la Unión en dicho acuerdo que tengan que ser ejecutadas por los Estados miembros no conciernen directamente a Kosovo, sino a la Unión misma. En virtud del Derecho internacional, sólo la UE, en su calidad de autor del reconocimiento, (cualificado por la naturaleza funcional del mismo debido a las propias características de la UE), queda vinculada por él. Por consiguiente se puede considerar que los Estados miembros continúan disponiendo de competencia estatal propia y plena para, a pesar de la existencia de dicho acuerdo bilateral de la UE con Kosovo, decidir soberana e individualmente si reconocen o no a Kosovo como un estado independiente⁶¹. Y para evitar cualquier duda al respecto, el Consejo ha añadido, a su Decisión de 22 de octubre de 2012 relativa a la apertura de negociaciones para la celebración del una acuerdo de asociación, una serie de condiciones para dejar claro que la Decisión, si bien constituía una aceptación de la autoridad de Kosovo para celebrar dicho acuerdo con la Unión, no podía ser interpretada como un reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por parte de los Estados miembros.

⁶¹ La Unión estableció ya un precedente cuando reaccionó a la desmembración de la antigua republica yugoslava. Véase las *Guidelines on the formal recognition of new states in Eastern Europe and in the Soviet Union* y la *Declaration on Yugoslavia* que indican claramente que tanto la Comunidad como los Estados miembros estaban capacitados para reconocer los nuevos estados.

2. LA AUSENCIA DE BASE JURÍDICA PARA FUNDAMENTAR LAS DECLARACIONES UNILATERALES VINCULANTES DE LA UE

Una cuestión que se ha planteado recientemente, y sobre la que el Tribunal de Justicia de la UE no se ha pronunciado todavía, es la de la si la UE puede realizar declaraciones unilaterales vinculantes. La respuesta a esta cuestión depende de si la UE tiene capacidad con arreglo al Derecho internacional para formular declaraciones vinculantes y de si la UE tiene competencia atribuida en los Tratados para formular dichas declaraciones.

En Derecho internacional las declaraciones unilaterales pueden adoptar diversas formas y tener distintas funciones y efectos jurídicos (y/o políticos). Por ejemplo, pueden utilizarse declaraciones para reconocer nuevos Estados, para efectuar una declaración política, para aceptar la competencia de un tribunal de justicia o para hacer una declaración interpretativa que cumpla los requisitos para probar la existencia de Derecho internacional consuetudinario. En el ámbito del Derecho internacional, no cabe duda de la capacidad de los Estados para realizar este tipo de declaraciones⁶², si bien, con arreglo al Derecho internacional consuetudinario, la naturaleza de algunas condiciones que confieren a la declaración su carácter vinculante no ha sido aún determinada o confirmada. Pero ningún tribunal internacional se ha pronunciado aún sobre la cuestión de si otras personas jurídicas, en particular las entidades no estatales o las organizaciones internacionales, tienen capacidad para efectuar declaraciones similares, ni tampoco la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha examinado esta cuestión detalladamente.

⁶² Véanse las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia, Ensayos nucleares (Nueva Zelanda/Francia), C.I.J. Rec. 1974, p. 457 apartados 46,48, 51 y 53, y Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo/Ruanda) (en lo sucesivo, «Actividades armadas»), competencia y admisibilidad, C.I.J. Rec. 2006, p. 6, apartados 49, 50 y 52; la sentencia y las excepciones preliminares del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del templo de Preah Vihear (Camboya/Tailandia), C.I.J. Rec. 1961, p. 17, apartado 31; la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali) (en lo sucesivo, «Controversia fronteriza»), C.I.J. Rec. 1986, p. 554, apartados 39 y 40. Véase, a este respecto el principio rector nº 2 de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Estos principios, con los correspondientes comentarios, fueron adoptados por la CDI en su 58º período de sesiones y remitidos a la Asamblea General como parte del informe de la CDI sobre la labor realizada por ésta en dicho período de sesiones (A/61/10). La Asamblea General tomó nota de ellos en la A/RES/61/34.

En principio, el Derecho internacional no prescribe requisitos formales para efectuar una declaración unilateral vinculante salvo la manifestación pública (oral o escrita), en términos claros y concretos, de la intención de producir efectos jurídicos con arreglo al Derecho internacional y, por tanto, de crear obligaciones para el autor de la declaración. La intención debe determinarse a la luz del contenido real de la declaración y de todas las circunstancias de hecho en las que se lleva a cabo y expresarse por la autoridad competente para realizar tales declaraciones vinculantes. La Comisión de Derecho internacional, que se ocupa desde 1996 de la codificación y el desarrollo progresivo de los «Actos unilaterales de los Estados» ha aprobado unos *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas* que reflejan todas estas características. En particular, el Principio rector nº 1 (no vinculante) indica que las «declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas; cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones»⁶³. El propio Tribunal Internacional de Justicia ha establecido que del principio de buena fe se desprende que los «Estados interesados pueden reconocer y confiar en declaraciones unilaterales y tienen derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones así creadas»⁶⁴. Este principio es aplicable también en circunstancias en las que una declaración unilateral vinculante puede ser revocada. Sin embargo, de acuerdo con el principio de que no se puede imponer una obligación a un Estado sin su consentimiento⁶⁵, una declaración unilateral vinculante no puede crear obligaciones para otros Estados. Así, el Tribunal Internacional de Justicia ha indicado que una declaración unilateral es vinculante cuando su eficacia no depende de ningún *quid pro quo*, ni de su aceptación posterior, ni de ninguna respuesta o reacción por parte de otros Estados, por cuanto dicho requisi-

⁶³ Véase el Doc. A/CN.4/L.703.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia Ensayos nucleares, citada *supra*, apartado 49.

⁶⁵ Véase, con respecto a la aplicación de este principio a los tratados, la sentencia de 25 de febrero de 2010, Asunto C-386/08, Brita, Denegación de aplicación del régimen arancelario preferencial concedido en favor de los productos originarios de Israel a los productos originarios de Cisjordania, EU:C:2010:91, apartado 44. Véase también el artículo 34 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

to no sería compatible con la naturaleza unilateral del acto jurídico a través del cual el Estado manifestó su voluntad⁶⁶.

Como ha señalado la Abogado General Sharpston en las Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 2014 en el asunto sobre la *Declaración UE dirigida a Venezuela sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros venezolanos*⁶⁷ no existe ningún impedimento en Derecho internacional a que una entidad como la UE, o una organización internacional tradicional, con personalidad jurídica internacional propia, tenga capacidad para efectuar un acto/declaración unilateral con la intención de obligarse, siempre y cuando así lo autoricen los tratados constitutivos. Si la UE tiene capacidad para celebrar acuerdos internacionales y, por lo tanto, para obligarse a través de ellos frente a Estados u otras organizaciones internacionales (independientemente del tipo de obligación y de si ésta es recíproca o no), en principio el Derecho internacional no se opone a que la UE o una organización tenga capacidad para obligarse respecto de la misma obligación mediante un acto unilateral. Aunque los requisitos de las distintas fuentes del Derecho internacional relativos a la creación, validez y extinción de cada fuente pueden ser particulares a cada una de ellas, todas las fuentes del Derecho internacional están sometidas a los dos principios básicos que rigen el establecimiento y cumplimiento de las obligaciones jurídicas, «cualquiera que sea su fuente»⁶⁸, es decir al principio de buena fe y al principio de consentimiento. Por este motivo, los requisitos relativos, por ejemplo, a la creación, validez y desistimiento que han sido desarrollados en Derecho internacional en relación con las declaraciones efectuadas por Estados pueden aplicarse del mismo modo a las declaraciones efectuadas por la UE (o por una organización internacional), incluso si algunos de los requisitos no son aplicables exactamente del mismo modo.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia Ensayos nucleares, C.I.J. Rec. 1974, apartado 46. Véase asimismo el principio nº 2 de los *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas* de la Comisión de Derecho Internacional, que indica que «todo Estado tiene capacidad para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales».

⁶⁷ Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 2014 en los asuntos acumulados C-103/12 y C-165/12, Parlamento Europeo y Comisión Europea c. Consejo, Declaración dirigida a Venezuela sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros venezolanos, ECLI:EU:C:2014:334.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre los Ensayos Nucleares, C.I.J. Rec. 1974, apartado 46.

En el caso de la UE, todos estos principios se plantearon con la Declaración UE de 16 de diciembre de 2011 dirigida a Venezuela. El contexto de este asunto es el siguiente: durante un largo periodo de tiempo anterior a esta Declaración de la UE existía la práctica de conceder autorizaciones de pesca a buques venezolanos sin ningún título expreso de Derecho internacional. Esta Declaración se adoptó para remediar esta falta de título puesto que había fracasado un intento anterior de negociación de un acuerdo con Venezuela de tal forma que las actividades de pesca no se viesan interrumpidas. El examen del contenido de la Declaración⁶⁹ no deja lugar a dudas sobre su carácter conforme al Derecho internacional, y en particular el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)⁷⁰, del que la UE es parte contratante. Tampoco surgen dudas sobre los efectos jurídicos vinculantes de la Declaración unilateral: en primer lugar, el título de la Declaración establece claramente que se dirige a Venezuela, que su objeto es la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a buques venezolanos, y que más que conceder autorizaciones incorpora más bien un compromiso por parte de la UE según el cual ésta

⁶⁹ La Declaración dispone que: «1. La Unión Europea concederá posibilidades de pesca a un número limitado de buques pesqueros que enarbolan el pabellón de [Venezuela] para faenar en la parte de la [Zona Económica Exclusiva] (ZEE) frente a la costa de la Guayana Francesa situada a más de 12 millas náuticas desde las líneas de base, sujetas a las condiciones establecidas en la presente Declaración. 2. De conformidad con el artículo 22 del [Reglamento de autorización de pesca], los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de [Venezuela] autorizados, que faenen en la zona a que se refiere el apartado 1, deberán cumplir las disposiciones de la política pesquera común de la Unión Europea relativas a las medidas de conservación y control y las demás disposiciones de la Unión Europea que regulan las actividades pesqueras en dicha zona. 3. En particular, los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de [Venezuela] autorizados deberán cumplir todas las normas y los reglamentos pertinentes de la [UE] que especifiquen, entre otras cosas, las poblaciones de peces que pueden capturarse, el número máximo de buques autorizados y la proporción de las capturas que deberá desembarcarse en los puertos de la Guayana Francesa. Y 4. Sin perjuicio de la retirada de la autorización concedida a los distintos buques pesqueros que enarbolan el pabellón de [Venezuela] por su incumplimiento de las normas y los reglamentos de la [UE] pertinentes, la [UE] podrá retirar en cualquier momento, mediante una declaración unilateral, el compromiso específico expresado en la presente Declaración de conceder posibilidades de pesca».

⁷⁰ La CNUDM dispone en su artículo 61 que «El Estado ribereño determinará la captura permisible de los recursos vivos en su [ZEE]... El Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su [ZEE] no se vea amenazada por un exceso de explotación. [...]

«concederá posibilidades de pesca a un número limitado» de buques venezolanos; en segundo lugar, las posibilidades de pesca, se concederán «sujetas a las condiciones establecidas en la presente Declaración». En particular los buques venezolanos autorizados deberán cumplir las disposiciones de la política común de la pesca de la UE relativas a las medidas de conservación y control y las demás disposiciones de la UE que regulan las actividades pesqueras en aguas de la UE, así como al cumplimiento de la normativa de la UE en materia de poblaciones de peces que pueden capturarse, de número máximo de buques autorizados y, de proporción de las capturas que deberá desembarcarse en los puertos de la Guayana Francesa.

Por consiguiente, la Declaración puede tipificarse como un instrumento unilateral que emana de la UE destinado a producir efectos jurídicos conforme al Derecho internacional y proporcionar una base para fundamentar las solicitudes de autorizaciones de pesca por parte de los buques venezolanos. Se trata de un instrumento unilateral porque nada en el texto de la Declaración sugiere que la validez de tal compromiso dependa de la aceptación ulterior de Venezuela. La Declaración tampoco impone obligaciones a Venezuela sin su consentimiento: los buques autorizados deberán cumplir las disposiciones del Derecho de la UE para poder beneficiarse de sus autorizaciones, pero esto no hace depender el compromiso de la UE establecido en la Declaración del cumplimiento de una obligación por parte de Venezuela. Tampoco hay en el texto de la Declaración propiamente dicha nada que sugiera que ésta se limita a documentar un acuerdo existente celebrado entre la UE y Venezuela. Es más, en la Declaración, la UE se reserva el derecho a retirar, en cualquier momento, mediante una declaración unilateral, el compromiso específico expresado en la Declaración.

Pero los Tratados UE y FUE guardan silencio sobre el procedimiento para formular una declaración unilateral vinculante. Por una parte, el artículo 43 TFUE se limita a proporcionar una base jurídica sustantiva a la UE para adoptar actos internos para la consecución de los objetivos de la política común de pesca ya sea con arreglo al procedimiento legislativo ordinario previsto en el artículo 43, apartado 2, ya sea con arreglo al procedimiento especial previsto en el artículo 43, apartado 2; por otra parte, el artículo 218 TFUE indica cómo puede la UE obligarse a sí misma a través de un acuerdo internacional en un ámbito en el que dispone de competencia (ya sea competencia exclusiva o competencia compartida con los Estados miembros) y respecto a una de las etapas de dicho procedimiento —la intervención del Parlamento— se refiere a las normas para la adopción de una medida interna (aprobación en el caso de procedimiento legislativo ordinario y consulta en los demás casos), pero no hay en el artículo 218 TFUE

ninguna referencia a la posibilidad de que la UE se obligue a sí misma a través de una declaración unilateral vinculante. Ante esta laguna, la Abogado General Sharpston ha sugerido explorar la posibilidad de una aplicación analógica del artículo 218 TFUE. Sin embargo, las disposiciones de este artículo no son de fácil aplicación a la adopción de declaraciones unilaterales vinculantes: en esencia, el artículo 218 TFUE establece un procedimiento de naturaleza constitucional aplicable cuando la actuación de la UE está encaminada a convertirse en parte de un acuerdo internacional, que es el modo más obvio de que ésta asuma obligaciones conforme al Derecho internacional; además, el artículo 218 TFUE se basa en un equilibrio interinstitucional especial entre la Comisión (que inicia el procedimiento y representa a la UE en el ámbito exterior), el Consejo (que es el responsable para decidir si la UE se obliga desde el punto de vista del Derecho internacional) y el Parlamento (que debe ser informado en todo caso y cuya aprobación o dictamen puede, según los casos, ser solicitado); otras disposiciones del artículo 218 constituyen fases propias de las negociaciones de acuerdos internacionales que no tienen sentido en el marco de una declaración unilateral vinculante; tampoco se puede asumir sin más que existiría un equilibrio interinstitucional idéntico y que las competencias respectivas del Consejo y la Comisión serían las mismas en el caso de la aplicación analógica del apartado 6 del artículo 218 para la adopción de una decisión que aprueba una declaración unilateral vinculante; tampoco parece que haya razones convincentes para aplicar, a las declaraciones unilaterales efectuadas por la UE, el procedimiento específico para establecer las posiciones que deban adoptarse en nombre de la Unión en un organismo creado por un acuerdo previsto en el apartado 9 del artículo 218 TFUE que tienen como objeto obligar a la UE conforme al Derecho internacional independientemente de cualquier otro acto por parte de un tercero.

Estas lagunas jurídicas explican que la propuesta de Decisión que presentó la Comisión al Consejo (y al Parlamento Europeo) el 7 de enero de 2011 y que contenía en anexo la Declaración que no fue discutida ni negociada con Venezuela, se fundamentara sobre la base jurídica del artículo 43 TFUE, en relación con el artículo 218 TFUE, apartado 6, letra a), que requería la aprobación del Parlamento, al considerar la Comisión que el objetivo y efectos de la declaración unilateral eran equivalentes a los de un acuerdo internacional y conformes a la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Ensayos nucleares*⁷¹. El 16 de diciembre de 2011, el Consejo de la Unión

⁷¹ *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, págs. 267-268 y 472-473.

Europea adoptó mediante la Decisión 2012/19 la Declaración controvertida, que fue notificada mediante nota verbal a Venezuela⁷², aunque al adoptarla, el Consejo modificó la base jurídica propuesta por de la Comisión y fundamentó su Decisión en el artículo 43, apartado 3, TFUE en relación con el artículo 218, apartado 6, letra b), TFUE que requería la consulta del Parlamento Europeo. El Parlamento (en el asunto C-103/12) y la Comisión (en el asunto C-165/12) presentaron ante el Tribunal de Justicia de la UE sendos recursos de anulación de la Decisión manteniendo en esencia que la Decisión se fundamentaba en una base jurídica errónea y que el Consejo no respetó las prerrogativas del Parlamento. La Comisión también alegó que el Consejo no motivó la elección de la base jurídica y desnaturalizó la propuesta de la Comisión. El Tribunal de Justicia dictó Sentencia el 26 de noviembre de 2014 y recogiendo en gran parte los argumentos del Parlamento y de la Comisión, anuló la Decisión 2012/19/UE del Consejo, de 16 de diciembre de 2011. En el fallo el Tribunal de Justicia afirma, mediante *obiter dictum*, algo especialmente relevante sobre la naturaleza de la Declaración controvertida efectuada por la Unión y su aceptación por Venezuela, que, según el Tribunal, «deben calificarse conjuntamente de acuerdo celebrado por ambas en lo que atañe a la autorización de explotación, en las condiciones que se precisan en dicha Declaración, de una parte del excedente del volumen admisible de capturas en la zona económica exclusiva de Guayana»⁷³.

Es cierto que, conforme al Derecho internacional, un acuerdo internacional puede resultar de un instrumento unilateral que exprese la intención de obligarse por una propuesta ya hecha o que es una propuesta que es posteriormente aceptada. Y es que la definición de «tratado» que figura en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no enumera exhaustivamente todas las formas que pueden adoptar los tratados⁷⁴. Pero se pueden albergar dudas sobre si en el caso que nos ocupa hay indicios de la intención de Venezuela de obligarse en los términos de la Declaración: todo parece indicar que cuando Venezuela solicitó las autorizaciones de pesca no «aceptó» la propuesta de la UE con la intención de quedar obligada por ella como si se tratara de un

⁷² DO L nº 6, de 10.1.2012, págs. 8/9.

⁷³ Sentencia de 26 de noviembre de 2014, C-103, 165/12, Parlamento y Comisión/Consejo, apartado 73.

⁷⁴ En la sentencia en el asunto sobre los ensayos nucleares, el Tribunal Internacional de Justicia sancionó una declaración unilateral como equivalente a un acuerdo internacional, *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, págs. 267-268 y 472-473.

acuerdo internacional; más bien, al llevar a cabo las solicitudes, confió de buena fe en el compromiso adquirido por la UE en la Declaración (y posteriormente confirmado en el Reglamento nº 44/2012 que fija y asigna el «total admisible de capturas» o TAC para 2012 y que en esos momentos ya se había adoptado⁷⁵); el hecho de que la Declaración produjera los efectos jurídicos previstos, y que, por tanto, fuera beneficiosa para Venezuela, no es suficiente para afirmar que Venezuela aceptó obligarse por la Declaración como un acuerdo celebrado entre dicho país y la UE; tampoco basta para realizar dicha afirmación la mera recepción de la notificación de la Declaración o la posterior solicitud de información por parte de Venezuela sobre los efectos de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia. El objetivo de la Decisión era únicamente garantizar la existencia de un título internacional para el acceso a aguas de la UE *antes* de poder fijar posibilidades de pesca y de expedir autorizaciones; un acuerdo internacional que sólo se concluye en el momento en que Venezuela solicita las autorizaciones de pesca *después* de la fijación de las posibilidades de pesca no cumple, a mi juicio, este objetivo.

3. LA CUESTIÓN DE LA LEGALIDAD DE LAS SANCIONES INTERNACIONALES IMPUESTAS POR LA UE

En Derecho internacional, debido a la carencia de órganos de ejecución orgánicos, la represión de los hechos ilícitos se lleva a cabo por los Estados y por algunas organizaciones internacionales. Entre las medidas reconocidas como medios lícitos de sanción se encuentran la retorsión, las represalias pacíficas, la legítima defensa y la autoprotección.

La Unión considera que la imposición de sanciones internacionales constituye un instrumento esencial para alcanzar los objetivos de la Unión en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). De manera general estas medidas restrictivas prevén la interrupción o la reducción, parcial o totalmente, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países. La Unión impone medidas restrictivas con la finalidad de inducir un cambio político o de actitud por parte del país objeto de sanciones o por parte de personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. Las medidas restrictivas tienen una naturaleza preventiva, no punitiva, y permiten a la Unión Europea responder rápidamente a los desafíos políticos

⁷⁵ DO L.25, 27.1.2012 p. 55.

de un momento determinado. Los objetivos y criterios políticos de las medidas restrictivas están definidos en los actos jurídicos de la Unión y forman parte del marco de la política extranjera global de la Unión y de sus estrategias de diálogo político y de otros instrumentos sectoriales.

La Unión ha impuesto un amplio abanico de medidas restrictivas tales como las sanciones diplomáticas (expulsión de diplomáticos, interrupción de relaciones diplomáticas, suspensión de las visitas oficiales); las suspensión de cooperación con un país tercero; los vetos a los acontecimientos culturales o deportivos; las sanciones comerciales (de tipo específico, general, o el embargo de armas); las sanciones financieras (congelación de los activos o de los recursos financieros, prohibiciones de transacciones financieras, restricciones a la exportación de crédito o inversiones); y restricciones a la admisión de ciudadanos de terceros países a través de las prohibiciones de viaje o de otorgamiento de visados. Estas sanciones muy a menudo incluyen medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales⁷⁶.

La práctica de la Unión en relación con las medidas restrictivas data de mucho antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Comprende todas las posiciones comunes PESC y otros actos jurídicos fundamentados en los tratados, entre los que figuran los actos PESC que prevén meramente medidas restrictivas para las que ningún reglamento ha sido adoptado como es el caso de las restricciones en la admisión de personas (prohibiciones de visado o de viaje). El Tratado de Lisboa codifica la práctica existente, e incluye una base jurídica explícita para la adopción de medidas restrictivas contra personas físicas y jurídicas, grupos o entidades no estatales (artículo 215, apartado 2, TFUE)⁷⁷. El Tratado de Lisboa también extiende la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre los recursos relativos al control de

⁷⁶ Las medidas restrictivas en vigor cubren un amplio abanico de países: Afganistán, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Birmania, la Republica Centro Africana, China, la Republica Democrática del Congo, Egipto, Eritrea, Republica de Guinea, Conakri, Guinea Bissau, Haití, Irán, Irak, Costa de Marfil, la Republica Popular Democrática de Corea, Líbano, Liberia, Libia, Moldavia, Myanmar, Federación Rusa, Serbia y Montenegro, Somalia, Sudan del Sur, Sudan, Siria, Túnez, Ucrania, Estados Unidos y Zimbabue. Las medidas restrictivas también cubren personas físicas y jurídicas en esos países así como grupos terroristas (Al Qaeda, Hamas, Estado Islámico, etc.). Esta lista no incluye las sanciones decididas en el marco de la cooperación política europea existente hasta noviembre de 1993, ni tampoco las restricciones que no aparecen en decisiones PESC ni la suspensión o la terminación de los acuerdos bilaterales y de cooperación con terceros países.

⁷⁷ Compárese la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, C-402 y 415/05 P, Kadi I ECLI:EU:C:2008:461, por lo que se refiere a la situación anterior al Tratado de Lisboa.

la legalidad de las decisiones PESC del Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas entre personas físicas y jurídicas (artículo 275, párrafo 2, TFUE). Estas personas y entidades están sujetas a sanciones «inteligentes» (llamadas «smart») que comprenden obligaciones de congelar todos los activos y los recursos financieros de dichas personas y entidades además de una prohibición de otorgamiento de fondos o recursos financieros directa o indirectamente a dichas personas o en su beneficio.

Algunas de las medidas restrictivas de la Unión Europea se adoptan incorporando en el ordenamiento jurídico de la UE las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptadas con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La Unión Europea puede sin embargo decidir aplicar medidas autónomas, ya sea completando las sanciones de las Naciones Unidas ya sea creando nuevas medidas restrictivas. Estas medidas se someten a un procedimiento de revisión a intervalos regulares con la finalidad de ajustar su vigencia a las necesidades que surgen. En el supuesto de la adopción de medidas restrictivas que son destinadas a individuos o entidades la Unión Europea establece criterios claros, adaptados a cada caso específico, a fin de determinar quien debe figurar en la lista y quien debe dejar de figurar en ella.

La introducción y la aplicación de las medidas restrictivas está sujeta a condiciones jurídicas estrictas: respeto de los Derechos humanos y las Libertades fundamentales, en particular el derecho de defensa (artículo 41, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47 de la Carta)⁷⁸. Además, las medidas impuestas deben ser siempre proporcionales al

⁷⁸ Sentencia de 18 de julio de 2013, C-584, 593 y 595/10 P, Comisión, Consejo y Reino Unido/Yassin Abdulla Kadi (*Kadi II*), ECLI:EU:C:2013:518. En esta sentencia el Tribunal de Justicia ha codificado los requisitos en materia de derechos fundamentales que se deben respetar con respecto al listado de personas sujetas a medidas restrictivas. En esencia el Tribunal de Justicia ha establecido que «los Tribunales de la Unión deben garantizar un control en principio completo, de la legalidad de todos los actos (de la Unión) desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del derecho de la Unión, control que también se extiende a los actos... destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas» (*Kadi II*, apartado 97; Véanse igualmente en este sentido, la Sentencia recaída en los asuntos C-399 y 403/06 P, Hassan/Consejo y Comisión; Ayadi/Consejo, ECLI:EU:C:2009:748, apartado 71; y C-548/09 P, Bank Melli Irán/Consejo ECLI:EU:C:2011:735, apartado 105). Estos derechos incluyen entre otros el respeto al derecho de defensa (artículo 41 apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

objetivo a alcanzar. Finalmente, las medidas y su aplicación deben llevarse a cabo en conformidad con el Derecho internacional (incluyendo las obligacio-

Europea), véase en este sentido el asunto C-27/09 P, Francia/People's Mojahedin Organisation of Irán, ECLI:EU:C:2011:853, apartado 66; y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47 de la Carta), véase Sentencia de 4 de junio de 2013, C-300/11, ZZ/Secretary of State for the Home Department, ECLI:EU:C:2013:363, apartado 53). El derecho de defensa comprende el derecho a ser oído y el derecho a acceder al expediente, «dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad» (*Kadi II*, apartado 99). El derecho a la tutela judicial efectiva exige que «el interesado pueda conocer los motivos de la resolución adoptada con respecto a él, bien mediante la lectura de la propia resolución, bien mediante la notificación de éste efectuada a petición suya» (*Kadi II*, apartado 100). Aunque el artículo 52 apartado I de la Carta autoriza la limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, tales limitaciones deben ser establecidas por la ley, respetar el contenido esencial de dicho derechos y libertades y solo podrán introducirse, respetando el principio de proporcionalidad «cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (*Kadi II*, apartado 101, véase también la Sentencia ZZ antes citada, apartado 51). En cualquier caso, la existencia de una violación del derecho de defensa y del derecho a una tutela judicial efectiva «debe apreciarse en función de las circunstancias específicas de cada asunto» (*Kadi II*, apartado 102, véase en este sentido la Sentencia del 25 de octubre de 2011, Solvay/Comisión, C-110/10 P, ECLI:EU:C:2011:687, apartado 63) y esto incluye una apreciación «de la naturaleza del acto de que se trate, del contexto en el que se adoptó y de las normas jurídicas que regulan la materia correspondiente» (*Kadi II*, apartado 102). A propósito de cumplimiento del deber de motivación, véanse en este sentido, Sentencia de 15 de noviembre de 2012, Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa, C-539 y 550/10 P, ECLI:EU:C:2012:711, apartados 139 y 140, y Consejo/Bamba, C-417/11 P, ECLI:EU:C:2012:718, apartado 53.

En concreto, en lo que se refiere a la aplicación del derecho de defensa el artículo 296 TFUE impone que las medidas restrictivas «deberán ser motivadas» lo que exige «en cualquier circunstancia» que dicha motivación identifique «las razones individuales, específicas y concretas por las que las autoridades competentes consideran que la persona afectada debe ser objeto de medidas restrictivas» (*Kadi II*, apartado 116, véase en este sentido la sentencia Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa, antes citada, apartado 141). El deber de motivación establecido en el artículo 296 TFUE exige en cualquier circunstancia, incluso cuando la motivación del acto de la Unión concuerde con los motivos expuestos por un órgano internacional, que dicha motivación identifique las razones individuales, específicas y concretas por las que las autoridades competentes consideran que la persona afectada debe ser objeto de medidas restrictivas (véanse en este sentido las sentencias antes citadas Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa, apartados 140 y 142, y Consejo/Bamba, apartados 49 a 53). Además, el respeto al derecho de defensa exige que al proceder a dicha comunicación «la autoridad competente de la Unión debe permitir que esa persona de a conocer oportunamente su punto de vista sobre los motivos invocados en su contra» (*Kadi II*, apartado 112; véanse en este sentido las sentencias de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros, C-32/95 P, ECLI:EU:C:1996:402, apartado 21; de 21 de septiem-

nes internacionales de la Unión Europea y de sus Estados miembros resultantes de los acuerdos OMC).

bre de 2000, *Mediocrurso/Comisión*, C-462/98 P, ECLI:EU:C:2000:480, apartado 36, y de 22 de noviembre de 2012, *M. M./Attorney General of Ireland*, C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744, apartado 87 y jurisprudencia citada). Y la autoridad competente de la Unión está obligada a «examinar, de modo cuidadoso e imparcial, la fundamentación de los motivos alegados, teniendo en cuenta tales observaciones y las eventuales pruebas de descargo que las acompañen» (*Kadi II*, apartado 114; véanse, por analogía, las sentencias de 21 de noviembre de 1991, C-269/90 *Technische Universität München*, ECLI:EU:C:1991:438, apartado 14; de 22 de noviembre de 2007, C-525/04 P, *España/Lenzing* ECLI:EU:C:2007:698, apartado 58, y *M. M.*, antes citada, apartado 88).

En lo que respecta a la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, la persona listada tiene derecho al control del juez de la Unión Europea, en el caso de un procedimiento judicial en el que la persona afectada haya impugnado la legalidad de incluir o mantener su nombre en la lista, y el control del juez de la Unión debe centrarse «en la observancia de las normas formales y de competencia, y en la cuestión, del carácter apropiado o no del fundamento jurídico» (*Kadi II*, apartado 117, véase en este sentido la sentencia *Kadi*, apartados 121 a 236; véase igualmente, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2012, C-376/10 P, *Tay Za/Consejo* ECLI:EU:C:2012:138 apartados 46 a 72). Además el Juez de la Unión debe «verificar» si la autoridad competente de la Unión ha respetado las garantías de procedimiento incluidas en el derecho de defensa, así como el deber de motivación establecido en el artículo 296 TFUE, y en particular «comprobar si los motivos invocados son suficientemente precisos y concretos» (*Kadi II*, apartado 118). La efectividad del control jurisdiccional exige igualmente que, al controlar la legalidad de los motivos en que se basa la decisión de incluir o mantener el nombre de una persona concreta en la lista, el juez de la Unión «se asegure de que dicha decisión, que constituye un acto de alcance individual para dicha persona» (*Kadi II*, apartado 119, véase en este sentido la sentencia du 23 de abril de 2013, C-478 y 482/11 P, *Gbagbo y otros/Consejo*, ECLI:EU:C:2013:258, apartado 56), y dispone «de unos fundamentos de hecho suficientemente sólidos» (*Kadi II*, apartado 119, véase en este sentido la Sentencia *Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa*, antes citada, apartado 68), lo que implica «verificar los derechos alegados en el resumen de los motivos en los que se basa dicha decisión» (*Ibíd.*), de modo que el control jurisdiccional «no quede limitado a una apreciación de la verosimilitud abstracta de los motivos invocados, sino que examine la cuestión de si tales motivos, o al menos uno de ellos que se considere suficiente, por sí solo, para fundamentar tal decisión, están o no respaldados por hechos» (*Ibíd.*).

También incumbe al juez de la Unión proceder a ese examen «solicitando, en su caso, a la autoridad competente de la Unión que presente los datos o pruebas, confidenciales o no, pertinentes para este examen» (*Kadi II*, apartado 120). En particular es preciso que «los datos o pruebas presentados respalden los motivos invocados contra la persona afectada» (*Kadi II*, apartado 122). Si a la autoridad competente de la Unión le resulta imposible acceder a lo solicitado por el juez de la Unión «este último deberá entonces basarse únicamente en los datos que le han sido comunicados, es decir en este supuesto, en la información recogida en el resumen de motivos que le ha sido facilita-

Habida cuenta del conjunto de condiciones detalladas y específicas que en materia de Derechos fundamentales impone el juez de la Unión para proce-

do», y si tales datos no permiten constatar que un motivo es fundado el juez de la Unión «no tomará en consideración tal motivo como base de la decisión de incluir en la lista o de mantener en ella a la persona afectada» (*Kadi II*, apartado 123). Si por el contrario, la autoridad competente de la Unión presenta datos o pruebas pertinentes, el juez de la Unión «deberá verificar la exactitud material de los hechos alegados a la vista de tales datos o pruebas, y evaluar la fuerza probatoria de estos últimos en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta las eventuales observaciones presentadas sobre los mismo por la persona afectada» (*Kadi II*, apartado 124). Cuando consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad de la Unión o de sus Estados miembros o con la gestión de sus relaciones internacionales se opongan a que se comuniquen ciertos datos o pruebas a la persona afectada, en tal caso «incumbe sin embargo al juez de la Unión, a quien no cabe oponer el secreto o la confidencialidad de tales datos o pruebas, aplicar técnicas que en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las consideraciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de garantizar en grado suficiente al justiciable el respeto de sus derechos procedimentales, tales como el derecho a ser oído y el principio de contradicción» (*Kadi II*, apartado 125). A estos efectos, incumbe al juez de la Unión verificar, mediante un examen de todos los datos de hecho y derecho aportados por la autoridad competente de la Unión «si son fundadas las razones que dicha autoridad ha invocado para oponerse a esa comunicación» (*Kadi II*, apartado 126).

Si el juez de la Unión llega a la conclusión de que tales razones no se oponen a la comunicación, al menos parcial, de los datos o pruebas de que se trata, «ofrecerá a la autoridad competente de la Unión la posibilidad de comunicarlos a la persona afectada», y si dicha autoridad se opone a la comunicación total o parcial de tales datos o pruebas «el juez de la Unión procederá entonces a examinar la legalidad del acto impugnado basándose únicamente en los datos que hayan sido comunicados» (*Kadi II*, apartado 127). En cambio, si queda de manifiesto que las razones invocadas por la autoridad competente de la Unión se oponen efectivamente a la comunicación a la persona afectada de datos o pruebas presentados ante el juez de la Unión «será necesario alcanzar un equilibrio apropiado entre las exigencias derivadas del derecho a una tutela judicial efectiva, y en particular del respeto del principio de contradicción, por una parte, y las derivadas de la seguridad de la Unión o de los Estados miembros o de la gestión de sus relaciones internacionales, por otra» (*Kadi II*, apartado 128). Para alcanzar ese equilibrio, cabe recurrir «a posibilidades tales como comunicar un resumen del contenido de los datos o pruebas de que se trate», e independientemente de recurso a tales posibilidades «corresponde al juez de la Unión apreciar si la falta de comunicación de datos o pruebas de que se trate. Independientemente del recurso a tales posibilidades, corresponde al juez de la Unión apreciar si la falta de comunicación de datos o pruebas confidenciales a la persona afectada y la consiguiente imposibilidad de que ésta formule observaciones sobre los mismos tienen entidad suficiente para afectar a la fuerza probatoria de las pruebas confidenciales, y de ser así en qué medida» (*Kadi II*, apartado 129).

der a los listados de personas, así como los amplios poderes que el juez de la Unión se reserva en el ejercicio del control de la legalidad de los listados, no debe causar sorpresa que las medidas restrictivas contra individuos y entidades han dado lugar a una abundante contencioso ante los tribunales de la Unión Europea. La jurisprudencia de los tribunales europeos ha clarificado un gran número de cuestiones y el Consejo ha adaptado su práctica para cumplir con las sentencias de los tribunales europeos⁷⁹.

Sin embargo, todavía quedan un número de cuestiones que permanecen abiertas. La más difícil es probablemente la prueba exigida para fundamentar las razones por las que se designa a un individuo o a una entidad. Habida cuenta de los recursos limitados de que dispone el Consejo para obtener información sobre situaciones en países en los que los gobiernos se oponen a las medidas restrictivas y del hecho de que la información que a veces es pertinente esta clasificada por motivos de seguridad, esta dificultad va a permanecer durante algún tiempo⁸⁰. Esta cuestión es distinta de la del deber de la motivación suficiente, que también ha sido objeto de varios recursos ante el Tribunal de la Unión, aunque ha dado lugar a menos casos de nulidad debido a que las razones de la designación son ahora mucho mas concretas y específicas. Otra dificultad se refiere a las medidas restrictivas que se fundamentan en resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en cuyo caso el respeto de los Derechos humanos debe reconciliarse con las obligaciones de cumplimiento de las decisiones de este órgano principal de Naciones Unidas. También se debe tener en cuenta que el Consejo ha sido condenado a pagar daños y perjuicios en el caso de una medida restrictiva⁸¹. Además, en dos sentencias separadas concernientes a medidas restrictivas contra grupos terroristas fundamen-

⁷⁹ Véase en este sentido los documentos del Consejo 11205/12 y COR 1 y COR 2. La doctrina también ha analizado el sistema de sanciones de la UE. Véase por ejemplo los estudios de Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ, «A Critical Assessment of the implementation of Security Council Resolution 1373», en B. SAUL (ed), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar Publ., 2014, Capítulo 36; «Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment», *International Organisations Law Review*, vol. 5(2008), nº 2, págs 339-357; y «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes, son realmente inteligentes?», *REDI*, vol. 58 (2006), nº 2, págs. 737-770.

⁸⁰ El Tribunal de la Unión Europea ha propuesto resolver el tema de la información clasificada en su propuesta de revisión del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, artículo 105, véanse los documentos del Consejo 16724/14 y 16651/14.

⁸¹ Sentencia del 25 de noviembre del 2014, T-384/11, Zafa Nicu Sepahan/Consejo, ECLI:EU:T:2014:986.

tadas en el Posición Común 2001/931/PESC y Reglamento nº 2580/2001⁸², el Tribunal General ha anulado las designaciones de Hamas y de los Tigres Tamiles (LTTE). En ambos fallos, el Tribunal General ha anulado los listados fundamentándose en razones relacionadas con el procedimiento seguido para la adopción de los listados. En el asunto Hamas, el Tribunal General estimó que el Consejo no había demostrado que las decisiones de las autoridades nacionales competentes se conformaban a la Posición Común puesto que no se habían identificado los hechos que subyacían para fundamentar dichas decisiones, y porque el Consejo no podía basarse en elementos que no figuraban en esas decisiones, incluidos aquellos provenientes de material de dominio publico («open source»). En el caso de los Tamiles, el Tribunal General consideró además que el Consejo no había demostrado en su exposición de motivos que había verificado que una decisión de una autoridad competente de un tercer país, en la que el Consejo se había basado, entraba dentro del campo de aplicación de la Posición Común y que el tercer país en cuestión protegía el derecho de defensa y el derecho a una tutela judicial efectiva de manera equivalente a la protección otorgada por la Unión Europea⁸³. Contra estas sentencias, el Consejo ha interpuesto un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

V. LA PROBLEMÁTICA REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN

Uno de los objetivos fundamentales del Tratado de Lisboa fue dar cabida al único punto de acuerdo resultante del fracasado Tratado Constitucional en

⁸² DO L 344, 28.12.2001 p. 93; DO L 344, 28.12.2001 p. 70. Con arreglo a esta Posición Común (y Reglamento) algunas medidas restrictivas contra las personas, grupos y entidades que participan en actos terroristas se toman con arreglo al artículo 1, apartado 4 de la Posición Común (y del Reglamento) que exigen confeccionar la lista «sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y crebles, o si se trata de una condena por dichos hechos».

⁸³ Sentencia de 17 de diciembre 2014, T-400/10, Hamas/Consejo, ECLI:EU:T:2014:1095; y los asuntos acumulados T-2008/11 y sentencia del 16 de octubre de 2014, T-208 y 508/11, Liberation Tigers of Tamil Emla (LTTE)/Consejo, ECLI:EU:T:2014:885, apartados 138-147 y 126-136.

materia de Derecho internacional: la necesidad de conseguir mayor coherencia en el ámbito de las relaciones internacionales. La obtención de una representación exterior clara y única se convirtió en una necesidad imperativa y para lograr la consolidación, la clarificación y la simplificación de las disposiciones de los tratados se introdujeron modificaciones estructurales, y se tomaron medidas para lograr una simplificación de la representación externa de la UE y para establecer las posiciones de la UE en las instancias internacionales. Sin embargo la experiencia acumulada a lo largo de estos años, resultante de la aplicación de las nuevas disposiciones del Tratado de Lisboa, no es muy edificante por las razones que pasamos a examinar.

1. LA DEFICIENTE ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

En primer lugar, la Alta Representante que aparece en el artículo 18, apartado 2, TUE «al frente de la Política Exterior de la Unión» ha tenido una tarea prácticamente imposible, al tener que asumir las responsabilidades de la Presidencia del Consejo de asuntos exteriores, de la Vicepresidencia de la Comisión, la elaboración de propuestas en el ámbito de la PESC, la ejecución de las decisiones adoptadas por el Consejo Europeo y el Consejo, la representación de la Unión en el ámbito de la PESC y la dirección del diálogo político con terceros en nombre de la Unión. Todas estas funciones se han atribuido al Alto Representante *intuitu personae* puesto que no existe ninguna disposición en los Tratados que permita la creación de adjuntos al Alto Representante. Además, el Alto Representante ha tenido que hacer frente a importantes dificultades frente al Consejo en el caso de los representantes especiales y frente a la Comisión en relación con las decisiones en materia de política exterior adoptadas por el Presidente Barroso en el inicio del mandato de la Comisión después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como en razón de los recursos interpuestos por la Comisión que, esencialmente, están dirigidos a desautorizar las acciones del Alto Representante.

Cuando el Alto Representante actúa con arreglo a los artículos 27 TUE y 218 TFUE en el ámbito exclusivamente PESC tiene que hacer frente a dificultades interinstitucionales y a obstáculos jurídicos importantes. En el plano institucional, resulta reveladora la Sentencia de 24 de junio de 2014 sobre el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo, con el apoyo de la Comisión, de la Decisión del Consejo 2011/640/PESC, por la que se autoriza la firma y la celebración del Acuerdo de entrega de piratas entre la

Unión y Mauricio; tanto la Decisión del Consejo, fundamentada en el ámbito de la PESC en el artículo 37 TUE y en la excepción de consulta/aprobación de Parlamento prevista en el ámbito de la PESC en el artículo 218, apartado 6, como se adoptaron y celebraron a propuesta del Alto Representante ; no es impensable asumir que el Alto Representante también participó o fue representado, como Vicepresidente de la Comisión, en la reunión de la Comisión en la que esta institución decidió adherirse a la tesis del Parlamento Europeo, según la cual, el acuerdo internacional con Mauricio no se refería exclusivamente a la PESC, sino también al ámbito del Espacio LSJ, contradiciendo así la propuesta inicial del Alto Representante y dando la impresión que el Alto Representante puede adoptar posiciones contradictorias sobre una misma cuestión y hacerlas depender de la función que ejerza en un determinado momento⁸⁴.

Por lo que respecta a los obstáculos jurídicos previstos en el propio TUE hay varios supuestos. En primer lugar, si bien el Alto Representante ejerce por regla general un derecho de iniciativa compartido con los Estados miembros (artículos 30 apartado 1 y 42 apartado 4 del TUE), hay supuestos en los que este goza de un derecho de iniciativa exclusivo tales como la celebración de acuerdos internacionales en materia de PESC (artículo 218 TFUE) o la designación de los representantes especiales de la UE (artículo 33 TUE) o el establecimiento de un fondo inicial de financiación en el marco de la PESC (artículo 41, apartado 3 TUE); en el ámbito de las medidas restrictivas, que constituyen el instrumento fundamental de la política exterior de la Unión, el artículo 215 del TFUE prevé que las decisiones sean adoptadas en base a una propuesta conjunta del Alto Representante y la Comisión. El mismo supuesto se aplica a los casos cubiertos por la llamada «cláusula de solidaridad» prevista en el artículo 222, apartado 3, TFUE en el caso de ataques terroristas y de desastres naturales.

En segundo lugar, la función de representar la Unión en el ámbito de la PESC la ha heredado el Alto Representante porque tal función estaba desempeñada por la Presidencia de turno del Consejo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; en esta función el Alto Representante tiene un derecho específico atribuido por el artículo 34, apartado 2, TUE de ser informa-

⁸⁴ Sentencia de 24 de junio de 2014, C-658/11, Parlamento Europeo/Consejo, Acuerdo PESC entre la Unión Europea y la República de Mauricio, ECLI:EU:C:2014:2025. Véase en general Gregorio GARZÓN CLARIANA, *El control parlamentario del ejecutivo en la Unión Europea*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 5-26.

do, junto con los otros Estados miembros, de la concertación y de la defensa de las posiciones e intereses de la Unión en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Esta obligación de información incumbe a los Estados miembros de la Unión que también son miembros del Consejo de Seguridad; especialmente, cuando la Unión haya definido una posición sobre un tema incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad, los Estados miembros que sean miembros de este organismo deben pedir que se invite al Alto Representante a presentar la posición de la Unión en el Consejo de Seguridad; si bien, es verdad que el Alto Representante se ha dirigido al Consejo de Seguridad en varias ocasiones (especialmente en temas relativos a la cooperación entre la Unión Europea y las Naciones Unidas, los días 13 y 14 de febrero de 2014, y más recientemente el 5 de marzo de 2015), la práctica de pedir la participación del Alto Representante en las reuniones del Consejo de Seguridad no ha sido sistemática; en cualquier caso el Alto Representante comparte la representación exterior con el Presidente del Consejo Europeo, que según el artículo 15, apartado 6, TUE asume, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de la PESC.

En tercer lugar, en el curso de las negociaciones sobre el establecimiento del SEAE se planteó la cuestión de si los representantes especiales deberían ser integrados en el SEAE, puesto que con arreglo al artículo 33 TUE su designación por el Consejo se realiza a propuesta del Alto Representante y una vez designados ejercen su mandato bajo la autoridad de éste. Sin embargo, esta opción no fue retenida por razones jurídicas, entre otras, ya que la existencia de una disposición específica en el tratado otorgando expresamente un poder decisorio del Consejo para definir el mandato y la forma de su ejercicio perdería su razón de ser si los representantes especiales se integraran de pleno derecho en el SEAE, que es un servicio administrativo que funciona bajo la autoridad exclusiva del Alto Representante⁸⁵.

La pluralidad de presidencias del Consejo y de sus instancias también ha sido fuente de dificultades institucionales. El Alto Representante preside el Consejo de Asuntos Exteriores (CAE) y sus representantes presiden a la vez las instancias preparatorias del Consejo que tratan las relaciones exteriores.

⁸⁵ En el proceso de la revisión del Servicio de Acción Exterior el Consejo subrayó su compromiso con la institución de los representantes especiales como instrumento útil de la Política Exterior de la Unión Europea así como la necesidad de reforzar su eficacia y de asegurar una coordinación y coherencia en su acción con los otros actores de la Unión Europea; el Consejo puso el énfasis en la importancia de una cooperación más estrecha con el Servicio de Acción Exterior.

Estos últimos incluyen *inter alia* el Comité Político y de Seguridad, el Comité de los aspectos civiles de la gestión de crisis, el Grupo Político Militar, y las instancias preparatorias que tratan los asuntos relativos al desarme, la no proliferación y, además, los grupos geográficos. Los representantes del Alto Representante se integran automáticamente en el SEAE desde el momento en que se les nombra como presidentes de las instancias preparatorias, a no ser que ya sean con anterioridad funcionarios del SEAE. En cambio, la presidencia de turno preside otras instancias preparatorias del CAE, en particular el Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores, el Grupo de Trabajo sobre Desarrollo, el Grupo de Trabajo de Países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), el Grupo de Trabajo de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), el Grupo de Trabajo sobre Terrorismo (COTER), el Grupo de Trabajo sobre Derecho Internacional Público (COJUR) y el Comité Athena. El informe del Alto Representante sobre la revisión del SEAE de 29 julio de 2013 contiene una propuesta para ampliar las áreas presididas por el SEAE a todas estas instancias del Consejo hasta ahora dirigidas por la presidencia de turno «dada la estrecha relación entre el trabajo de estos grupos y los ámbitos políticos cubiertos por grupos ya presididos por el SEAE y en interés de la coherencia política», por lo que recomienda que «sería conveniente considerar una modificación de la Decisión del Consejo correspondiente para establecer presidencias permanentes de estos grupos permanentes (con la transferencia de personal de apoyo de la Secretaría del Consejo al SEAE)» y «además, debería establecerse una relación especial entre el SEAE y el Grupo de Trabajo sobre Ampliación». El Consejo ha aceptado que a finales del 2015, «podría examinar, según proceda, la presidencia de los órganos preparatorios del Consejo sobre la base de una evaluación» de la situación existente⁸⁶. En cualquier caso, existen instancias preparatorias del Consejo que, dada su especialidad, continuarán siendo asumidas por presidencias *sui generis*: el Comité Militar de la Unión Europea y su grupo de trabajo están presididos por una presidencia electiva y son finalmente nombrados por el Consejo (es el caso del Comité Militar) y por el COREPER (es el caso del grupo de trabajo del Comité Militar); otras instancias del Consejo, tales como el COREPER, son de naturaleza horizontal multidisciplinar y también conti-

⁸⁶ Párrafo 11 de las Conclusiones del Consejo de 17 de diciembre de 2013 sobre la evaluación, entre ellas, el apoyo a la aplicación de las recomendaciones a corto plazo y la invitación al siguiente Alto Representante a presentar antes del final de 2015 una evaluación sobre la organización y el funcionamiento del SEAE y, en su caso, una propuesta de nueva Decisión del Consejo.

nuarán bajo la presidencia de turno. En general, todas las dificultades prácticas debidas al reparto de presidencias, que han surgido entre el SEAE y las presidencias de turno han sido resueltas en el marco de una coordinación en el seno del Comité Político y de Seguridad (COPS) y del COREPER.

Aunque cada una de las funciones del Alto Representante debe ser ejercida exclusivamente por él mismo atendiéndose a la distribución de las atribuciones que el Tratado confiere a cada institución (artículos 18, 27 y 40 TUE), en la práctica resulta muy difícil para el Alto Representante ejercer personalmente cada una de esas funciones. Esto lleva a plantearse la cuestión de si es posible que el Alto Representante sea asistido por adjuntos. De no ser posible, puesto que ello implicaría una modificación de los Tratados, la cuestión surge de si por lo menos puede haber soluciones que prevean la sustitución del Alto Representante. El informe del Alto Representante sobre la revisión del Servicio de Acción Exterior se refiere en su apartado III a la existencia de «acuerdos prácticos» que permiten que el Alto Representante sea sustituido, según cada función, como Vicepresidente de la Comisión por otros comisarios, como Presidente del Consejo de Asuntos Exteriores por la presidencia de turno o por un Ministro perteneciente a un Estado miembro y como Alto Representante propiamente por altos funcionarios del SEAE (especialmente, cuando esté es llamado a comparecer ante las instancias del Parlamento Europeo). El informe del Alto Representante recomienda, entre otras soluciones menos viables, «formalizar estos acuerdos prácticos». En sus conclusiones de 17 de diciembre de 2013, el Consejo no se pronunció sobre esta cuestión, aunque los acuerdos intervenidos en la nueva Comisión reflejan en gran medida la recomendación precitada.

Las insuficiencias institucionales de la instauración del SEAE merecen ser examinadas más detenidamente. El SEAE se concibió como la piedra angular de una nueva política exterior de la UE, como un servicio «moderno y funcional, equipado para fomentar los valores e intereses de la UE, así como para garantizar la coordinación y coherencia de las relaciones de la UE con el resto del mundo»⁸⁷, que potenciara los esfuerzos de las instituciones de la UE y de los Estados miembros. La Decisión del Consejo n° 2010/427/UE por la que se establece la organización y el funcionamiento del SEAE⁸⁸, confirma la autonomía del SEAE (aunque en la práctica, según se trate del ámbito

⁸⁷ Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales sobre la evaluación del SEAE de 17 de diciembre de 2013.

⁸⁸ DO L 201 de 3.8.2010, p. 30.

de competencia, funciona como un servicio de la Comisión o de la Secretaría General del Consejo), establece los principios básicos de su organización y determina los servicios que le son transferidos de la Comisión y de la Secretaría General del Consejo. El SEAE consta de unas oficinas centrales y de una red global (iniciada por la Comisión hace cincuenta años) de más de 140 antiguas delegaciones de la Comisión. Estas fueron cedidas al SEAE el 1 de enero de 2011 y pasaron a ser «delegaciones de la Unión» (art. 221 TFUE) con un mandato más amplio, con el fin de lograr la representación todos los intereses de la UE. El SEAE cuenta con una plantilla de más de 3.300 personas, de las cuales más de 1.400 se encuentran destinadas en las oficinas centrales y más de 1.900 en sus delegaciones. Más del 33 por ciento de los puestos de administrador (en la actualidad, en torno a 900) lo ocupan los diplomáticos de los Estados miembros.

El SEAE y su funcionamiento han sido objeto de numerosas evaluaciones, tanto por la doctrina como por grupos de presión, que no voy a analizar aquí. La evaluación del Alto Representante sobre el funcionamiento del SEAE se encuentra en el Informe de 29 de julio de 2013 que el Alto Representante presentó al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión con arreglo al artículo 13, apartado 2, de la Decisión 2010/417/UE. En este informe, el Alto Representante expone sus puntos de vista sobre los progresos realizados y las dificultades encontradas e incluye recomendaciones a corto y medio plazo para mejorar el funcionamiento del SEAE. La posición del Consejo aparece recogida en las Conclusiones de 17 de diciembre de 2013 mencionadas previamente. Otras instituciones de la UE, como el Tribunal de Cuentas, también han elaborado un Informe Especial sobre el SEAE en 2014⁸⁹.

⁸⁹ El Informe Especial ha sido elaborado por el Tribunal de Cuentas con arreglo al artículo 287 apartado 4 del TFUE que le habilita a presentar en cualquier momento un informe especial sobre cuestiones particulares y emitir dictámenes sobre las mismas. En este Informe el Tribunal de Cuentas tilda la instauración del SEAE de «precipitada, inadecuadamente preparada, y estuvo entorpecida por demasiadas limitaciones y unas tareas definidas sin precisión». Las causas radican en las incertidumbres derivadas de la ratificación del Tratado de Lisboa, que entorpecieron el establecimiento de un SEAE. El trabajo preparatorio no pudo beneficiarse del hecho de que los objetivos de la UE no se inscribieron en una estrategia de política exterior global. En particular, la Decisión 2010/427/UE no establece objetivos para el SEAE y se limita a determinar sus tareas, y la transferencia de servicios al SEAE no se basó en su contribución prevista al cumplimiento de sus objetivos, sino en sus actividades y su posición administrativa en la Comisión o en la Secretaría General del Consejo (por ejemplo se ha creado sin servicios encargados de cuestiones globales de importancia capital para la UE, tales como el cambio cli-

En general, se han formulado múltiples recetas para reforzar el valor añadido y la eficiencia del SEAE, tales como la definición con mayor claridad de las tareas y objetivos, la racionalización de la organización, la simplificación de su estructura administrativa, el reforzamiento de su papel estratégico, el desarrollo de su planificación, la revisión del proceso de designación y funcionamiento de los representantes especiales de la Unión Europea, la modificación de los procedimientos de contratación (que se consideran excesivamente lentos debido a la

mático o la eficiencia energética). Además, se ha aducido que la eficiencia del SEAE se ha visto reducida por insuficiencias «en el establecimiento de prioridades, en la organización y en la asignación de recursos»; especialmente el Consejo decidió que, debido al periodo de austeridad presupuestaria que se estaba experimentando tanto a nivel nacional como a nivel de la UE, la instauración del SEAE debía regirse por el principio de neutralidad presupuestaria. Tal decisión se tomó, sin embargo, sin llevar a cabo una evaluación de los recursos necesarios para satisfacer las nuevas demandas (por ejemplo las tareas administrativas de la Presidencia rotatoria que fueron asumidas por el SEAE) así como de las posibles sinergias resultantes de la fusión de las estructuras de la Comisión y de la Secretaría General del Consejo. El SEAE tampoco recibió recursos para funciones de apoyo y no hubo evaluación comparativa de los costes de funcionamiento del SEAE con los de las estructuras anteriores incluidas las de los Estados miembros. Amparado en la fluidez y rápida evolución de la situación internacional, el SEAE carece de marco estratégico global para la política exterior, criticado por España, Italia, Polonia y Suecia y por el Parlamento Europeo (Informe del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la política común de seguridad y defensa A7-0357/2012 de 31 de octubre de 2012) o de estrategia o plan de gestión internos, o de enfoque global para tratar las asociaciones estratégicas de la UE. El SEAE se limita a favorecer los enfoques *ad hoc* que, resultantes de intensos debates, no facilitan una labor diligente. También se ha subrayado la complejidad de la estructura general del SEAE que lo diferencia de un ministerio de exteriores típico al reunir además las características del ministerio de defensa, de interior, de los servicios de inteligencia junto con dos líneas distintas de organización: las oficinas geográficas, en gran medida transferidas de la antigua Dirección de Asuntos exteriores de la Comisión y las estructuras de gestión de crisis transferidas de la Secretaría General del Consejo (la Dirección de Gestión de Crisis y Planificación, la Capacidad Civil de Planeamiento y Ejecución, el Centro de Análisis de Inteligencia y el Estado Mayor) y con veintitrés líneas jerárquicas de información directa del Alto Representante a pesar de la existencia de un consejo de administración encargado de facilitar la coordinación entre los altos cargos directivos. Uno de los instrumentos más antiguos de la PESC y que cuenta con un fuerte apoyo de los Estados miembros es el de los representantes especiales, que todavía no han logrado integrarse lo suficientemente en el SEAE puesto que solo se integran en la estructura de éste cuando asumen un doble cargo como jefes de delegación (actualmente solo cuatro de los once). Finalmente, y pese a la mejora de la coordinación con la Comisión y los Estados Miembros «todavía es insuficiente para permitir al Servicio europeo de Acción Exterior desarrollar su potencial».

rigidez del reglamento financiero en vigor), un reforzamiento de la colaboración con la Comisión, la necesidad de flexibilizar la rigidez de su estatuto en la eficiencia de las delegaciones de la Unión Europea, y un mayor intercambio de información y coordinación con los Estados Miembros especialmente en el ámbito de los servicios consulares proporcionados por esto últimos⁹⁰. Pero existen límites jurídicos impuestos por los Tratados según los cuales toda reforma del SEAE ha de respetar ciertos parámetros: el apoyo que el SEAE preste al Alto Representante no puede concebirse como un reemplazo de la asistencia que la Secretaria General del Consejo presta al Alto Representante como Presidente del Consejo en virtud del artículo 240 del TFUE; tampoco puede el SEAE reemplazar a los servicios de la Comisión cuando el Alto Representante actúa en sus funciones de vicepresidente de la Comisión porque ésta actúa con arreglo al artículo 17 TFUE⁹¹; tampoco resultan nítidas en términos jurídicos las intrusiones del SEAE, que los tratados circunscriben al ámbito de la PESC, en la elaboración y la aplicación de acciones tales como la cooperación al desarrollo, la estabilidad y la ayuda humanitaria, así como en la elaboración de acciones inclusivas (conocidas en la jerga inglesa como *comprehensive approach*), que requieren el ejercicio integrado de múltiples competencias; y, finalmente, no puede equipararse a una potestad de celebrar tratados internacionales la capacidad del Alto Representante para «tramitar los acuerdos necesarios» con los países terceros y las organizaciones internacionales⁹² prevista en el artículo 5, apartado 6, de la

⁹⁰ El papel de las delegaciones en lo que respecta a la protección consular también ha sido una fuente de dificultad. Se recordará que el apartado 10 del artículo 5 de la Decisión del Consejo 2010/427/UE por la que se establece la organización y el funcionamiento de Servicio Europeo de Acción Exterior (en adelante Decisión SEAE) dispone que las delegaciones de la Unión «apoyarán» a los Estados miembros, «a petición de estos» en su función de prestación de protección consular a los ciudadanos de la Unión en terceros países «basándose en la neutralidad en lo que se refiere a los recursos»; estas delegaciones deben cooperar para garantizar el respeto del derecho de los ciudadanos de la Unión a gozar de protección en el territorio de terceros países de conformidad con el artículo 35.3 del TUE. Las conclusiones del Consejo sobre la revisión del Servicio de Acción Exterior indican que aunque se reconoce que la protección consular permanece como competencia nacional el Consejo acordó explorar el papel de las delegaciones de la Unión como facilitadoras y coordinadoras entre los Estados Miembros en el ámbito de la protección consular a los ciudadanos de la Unión.

⁹¹ Así es como debe interpretarse el artículo 2 de la decisión sobre el establecimiento del Servicio de Acción Exterior porque si no dicho artículo sería contrario al artículo 240 del TFUE y a las disposiciones del artículo 17 del TUE y 245 del TFUE de la Unión Europea.

⁹² El texto inglés original es mucho más claro puesto que esta facultad aparece circunscrita a «shall enter into the necessary arrangements».

Decisión 2010/417/UE⁹³ para asegurar que éstos otorguen a las delegaciones de la Unión, sus funcionarios y su propiedad, los privilegios e inmunidades equivalentes a los que se otorgan en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961; si bien estos «acuerdos» son jurídicamente vinculantes, constituyen verdaderos acuerdos internacionales que deberían ser celebrados por la Unión (en vez del Alto Representante) en virtud de los artículos 37 TUE, 216 TFUE y 218 del TFUE.

2. ¿QUIÉN REPRESENTA A LA UE INTERNACIONALMENTE?

Una de las razones que justificó la elaboración del Tratado de Lisboa fue el poner término a la representación externa de la Unión ejercida por la antigua «Troika» (compuesta por el Secretario General del Consejo/Alto Representante para la PESC, la Presidencia de turno del Consejo y el Comisario de Asuntos Exteriores). Y es que la Troika adoleció de falta de efectividad en la transmisión de una voz única de la Unión al mundo exterior. En la práctica las nuevas estructuras de representación externa previstas en el Tratado de Lisboa también han sido fuente de serias dificultades puesto que, en vez de simplificar y unificar la representación externa, el Tratado de Lisboa la ha convertido en más compleja al asignar el papel de la representación externa de la Unión a múltiples actores.

En primer lugar, por lo que respecta a la PESC, el Tratado de Lisboa asigna al Alto Representante la representación de la Unión (artículo 27, apartado 2, TUE). Por su parte, el artículo 15, apartado 5, TUE dispone que la representación exterior de la Unión en el ámbito de la PESC también corresponde al Presidente del Consejo Europeo quien asumirá dicha representación «en su rango y condición» y «sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante». Finalmente, también en el ámbito de la PESC, el Consejo podrá designar «representantes especiales de la UE» provistos de un mandato en relación con cuestiones políticas concretas «bajo la autoridad del Alto representante» (artículo 33 TUE); y a fin de obtener sinergias y limitar la mul-

⁹³ Con arreglo a esta disposición «el Alto Representante tramitará los acuerdos necesarios con el país anfitrión, la organización internacional o el tercer país de que se trate. En particular, el Alto Representante tomará las medidas necesarias para garantizar que los Estados anfitriones concedan a las delegaciones de la Unión, así como a su personal y a sus bienes, privilegios e inmunidades equivalentes a los mencionados en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961».

tiplicación de representantes especiales, algunos de ellos han sido nombrados al mismo tiempo jefes de la delegación de la Unión.

En segundo lugar, el artículo 17, apartado 1, TUE dispone que la Comisión, con excepción del ámbito de la PESC y de los demás casos previstos por los Tratados «asumirá la representación exterior de la Unión». Esta regla general también se aplica al ámbito LSJ del título V del TFUE, que a diferencia de la PESC ya no está sujeto a reglas o procedimiento específicos.

En tercer lugar, con arreglo al artículo 221, apartado 1, TFUE las delegaciones de la Unión en terceros países y ante las organizaciones internacionales «asumirán la representación de la Unión» y «estarán bajo la autoridad del Alto Representante». Está claro que este poder de representación no se limita a la PESC y permite a las delegaciones asumir la representación de la Unión en cualquier ámbito de la competencia de la Unión. También resulta claro que se trata de una competencia concurrente que no impide a otros actores de la UE asumir la representación de la Unión cuando no existe una delegación de la Unión Europea.

En cuarto lugar, con arreglo al artículo 138, apartado 2, TFUE el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, las medidas adecuadas para contar con una representación única en el ámbito del euro en las instituciones y conferencias financieras internacionales. Esta decisión se toma por el Consejo previa consulta al Banco Central Europeo. Tal decisión se adopta por el Consejo, participando en el voto sólo los Estados Miembros cuya moneda es el euro. El Consejo no ha tomado todavía ninguna decisión al respecto.

En quinto lugar, varias de las agencias de la Unión Europea tienen reglas especiales sobre la representación exterior. Por ejemplo, EUROPOL y EUROJUST mantienen una cooperación con los terceros países y las organizaciones internacionales y ello incluye un elemento de representación; el Director de EUROPOL es el representante legal de esta entidad, lo que incluye la capacidad de representación internacional y la negociación y celebración de acuerdos internacionales (artículo 38, apartado 6, de la Decisión del Consejo sobre EUROPOL del 2009).

En sexto lugar, las reglas aplicables a la representación exterior de la Unión se aplican únicamente en el marco de las competencias de la Unión y no cubren la representación de los Estados Miembros, que no está definida en los Tratados y que según los Estados Miembros y el Consejo incluyen también las competencias compartidas que no han sido ejercidas por la Unión. En estos casos, la Declaración nº 13 relativa a la PESC indica que las disposiciones de los Tratados por las que se rige la PESC se entienden sin menoscabo del carácter específico de la Política de Seguridad y Defensa de

los Estados Miembros y sin perjuicio de las responsabilidades de los Estados miembros, en su estado actual, para la formulación y dirección de su política exterior y sin perjuicio de su representación nacional en terceros países y organizaciones internacionales. La Declaración nº 14 contiene indicaciones idénticas. Consecuentemente, los Estados miembros pueden pues elegir quien los representa y en la práctica pueden estar representados por sí mismos o autorizar a la Presidencia de turno, a la Comisión o al Alto Representante.

En séptimo lugar, importa mencionar el caso específico de la representación de la Unión en organismos conjuntos establecidos por los acuerdos celebrados entre la Unión Europea y los Estados Miembros, por una parte, y los países terceros, por otra. Tales organismos aparecen en los acuerdos de partenariado y cooperación y los acuerdos de asociación e incluyen típicamente entre otros un «consejo» (que se reúne normalmente a nivel ministerial) y un «comité» (que se reúne a nivel más técnico). Los consejos supervisan la aplicación y la ejecución del acuerdo a la luz de sus objetivos y examinan cualquier cuestión importante que surja en el contexto del acuerdo así como cualquier otra cuestión bilateral de interés común; esos consejos están capacitados para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, especialmente en el caso de los consejos de asociación; por parte de la Unión Europea tales consejos están compuestos por los miembros del Consejo y miembros de la Comisión (aunque esta fórmula varía según los casos). Esta composición refleja la naturaleza mixta del acuerdo. Estos consejos están presididos por la Presidencia del Consejo de la Unión Europea cuando el turno de Presidencia le corresponde a la Unión. En cambio, los comités conjuntos se reúnen a un nivel técnico y su función consiste en apoyar la labor de los consejos conjuntos; estos comités están compuestos por representantes de los miembros del Consejo de la UE y por representantes de los miembros de la Comisión, en principio, a nivel de altos funcionarios; los comités conjuntos están presididos por los representantes de la Comisión cuando el turno de presidencia corresponde a la Unión Europea. En el caso de acuerdos mixtos esta práctica es muy probable que continúe. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es el Alto Representante el que preside las reuniones de los consejos conjuntos de asociación en su capacidad de presidente del CAE; cuando el Alto Representante/Presidente del Consejo UE se ausenta, corresponde a la presidencia de turno asumir la función y reemplazar al Alto Representante.

En octavo lugar, el Tratado de Lisboa es deliberadamente ambiguo en la forma en la que trata la mecánica de las relaciones entre las instituciones y el Alto Representante: cuando representa la UE en el ámbito de la PESC

(artículo 27, punto 2, del TUE) el Alto Representante tiene que «cohabitar» con el presidente del Consejo Europeo (que realiza la misma función a su nivel con arreglo al artículo 15, punto 6 *in fine*, TUE) y el Presidente de la Comisión (que tiene también competencias de coordinación en la Comisión y que también representa a la Unión exteriormente a su nivel en los ámbitos no cubiertos por la PESC con arreglo al artículo 17, apartado 1, TUE). Consecuentemente, el Tratado de Lisboa ha añadido nuevas dificultades a las existentes ya con anterioridad a su entrada en vigor. Por una parte, ha sido creado un nuevo «triángulo» que en la práctica ha supuesto no solo una imbricación/superposición (*overlapping*) de competencias sino también una acumulación excesiva (*overcrowding*) de funciones y de representantes ya que en la actualidad hay por lo menos tres figuras que realizan funciones relevantes en el ámbito de la representación externa de la Unión: el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente de la Comisión Europea y el Alto Representante. Por otra parte, se debe añadir a esta lista el Jefe de Estado o de Gobierno de la Presidencia de turno del Consejo, quien representa a los Estados miembros cada vez que se traten ámbitos de naturaleza mixta y que esta representación haya sido acordada. En caso de necesidad, el Jefe de Estado o de Gobierno de la Presidencia de turno también reemplaza al Presidente del Consejo Europeo. Finalmente, el Presidente del Parlamento Europeo también ha participado en actividades de representación exterior (por ejemplo, en la cumbre que lanzó el partenariado oriental).

Es de suponer que los riesgos del establecimiento de la multiplicidad de actores creada por el Tratado de Lisboa no escaparon a los autores del Tratado puesto que éste incluye paralelamente diversas disposiciones en el Tratado con el fin de asegurar la coordinación entre los actores y la coherencia de su acción: por una parte, el Consejo y la Comisión, asistidos por Alto Representante, deben garantizar la coherencia entre los distintos ámbitos de la acción exterior de la UE y cooperar a tal efecto (artículo 21, apartado 3, TUE); por otra, con arreglo al principio de «cooperación leal» (artículo 4, apartado 3, TUE), «la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados», los Estados miembros «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas» para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión, «ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión». En el ámbito de la PESC, los Estados miembros deben apoyar «activamente y sin reservas» esta política

«con espíritu de lealtad y solidaridad mutua», deben respetar la acción de la Unión en este ámbito, deben trabajar «conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua», y deben abstenerse «de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales», el Consejo y el Alto Representante «velarán» por que se respeten estos principios (artículo 24, apartado 3, TUE); también en el ámbito de la PESC los Estados miembros, organizados por el Alto Representante, «coordinarán su acción en las organizaciones internacionales y con ocasión de las conferencias internacionales» y «defenderán» en esos foros las posiciones de la Unión (artículo 34 TUE); las misiones diplomáticas y consulares de los Estados Miembros y las delegaciones de la Unión «cooperarán para garantizar el respeto y la ejecución de las decisiones de la Unión» (artículo 35 del TUE). Finalmente, el Alto Representante «velará» por «la coherencia» de la acción exterior de la Unión (artículo 18, apartado 4, TUE).

El Tribunal de Justicia ha considerado detenidamente el deber de cooperación leal en el proceso de negociación y de celebración de acuerdos internacionales así como en el proceso de información, consulta y la ejecución de los compromisos que se han asumido en dichos acuerdos: se trata de una obligación, que en Derecho internacional corresponde al principio de buena fe y que en Derecho de la UE también «deriva de la exigencia de unidad en la representación internacional» de la Unión⁹⁴ y que se aplica tanto los procesos de decisión internos⁹⁵ como los internacionales⁹⁶, que concierne todos los ámbitos que corresponden a los objetivos de los Tratados, que obliga a los Estados miembros a «facilitar» a la Unión «el cumplimiento de su misión y a abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización» de los fines de dichos Tratados⁹⁷, y que implica un deber de infor-

⁹⁴ Dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993, Convenio nº 170 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la seguridad en la utilización de productos químicos en el trabajo, ECLI:EU:C:1993:106, apartado 36.

⁹⁵ Sentencia de 14 de diciembre de 2000, C-300 y 396/98, Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Parfum Christian Dior, ECLI:EU:C:2000:688.

⁹⁶ Sentencia de 19 de marzo de 1996, C-25/94, Comisión/Consejo, (FAO), ECLI:EU:C:1996:114.

⁹⁷ Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006, Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ECLI:EU:C:2006:81, apartado 119; Sentencia de 30 de mayo de 2006, C-459/03, Comisión/Irlanda, (*Controversia relativa a la fábrica Mox*), ECLI:EU:C:2006:345, apartado 85.

mación y consulta previas⁹⁸ y una «asociación estrecha» entre las instituciones de la Unión y los Estados miembros en el proceso de negociación y de celebración de acuerdos internacionales, así como en el proceso de información, consulta y la ejecución de los compromisos que se han asumido en dichos acuerdos⁹⁹. En particular, el deber de cooperación leal impone, según el Tribunal de Justicia, la cooperación entre los Estados Miembros y entre éstos y las instituciones de la Unión con la finalidad de obtener una acción concertada a nivel internacional¹⁰⁰, puesto que una acción unilateral por parte de un Estado Miembro puede comprometer el principio de unidad en la representación internacional de la Unión y de sus Estados Miembros y puede debilitar el poder negociador de todos ellos en su conjunto¹⁰¹.

Además de la cuestión de «quién representa» internacionalmente a la UE, se plantea la cuestión de «qué constituye la representación» internacional de la UE, muy especialmente en lo que respecta la necesidad de «coordinación» y el establecimiento de las posiciones que deban adoptarse internacionalmente en el nombre de la UE.

3. ¿QUÉ SE DEBE REPRESENTAR?

Los Tratados establecen una distinción importante entre quién representa la Unión internacionalmente, y quién establece las posiciones que deban adoptarse internacionalmente en el nombre de la UE. Esta distinción aparece meridianamente clara en el artículo 218 TFUE por lo que respecta a la negociación, firma, y celebración de tratados y acuerdos internacionales puesto que todas las decisiones fundamentales (autorización de la apertura de negociaciones, formulación de directrices al negociador, aprobación de la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en

⁹⁸ Sentencia de 30 de mayo de 2006, C-459/03, Comisión/Irlanda, (*Controversia relativa a la fábrica Mox*), ECLI:EU:C:2006:345, apartados 179 y 180.

⁹⁹ Resolución 1/78 de 14 de noviembre de 1978 relativa al Convenio sobre la protección física de materiales, instalaciones y transportes nucleares, ECLI:EU:C:1978:202, apartado 34.

¹⁰⁰ Las llamadas sentencias sobre los «transportes por vía navegable» tales como la de 2 de junio de 2005, C-266/03, Comisión/Luxemburgo, ECLI:EU:C:2005:341, apartado 60; y la de 14 de julio de 2005, C-433/03, Comisión/Alemania, ECLI:EU:C:2005:462, apartado 66.

¹⁰¹ Sentencia de 20 de abril de 2010, C-246/07, Comisión/Suecia, (*Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes*), ECLI:EU:C:2010:203, apartado 104.

vigor y la decisión de celebración del acuerdo) son adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y/o del Alto Representante. Igualmente el artículo 218, apartado 9, TFUE dispone que el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión o del Alto Representante, una decisión por la que suspende la aplicación de un acuerdo o por la que se establecen las posiciones que deban adoptarse en nombre de la Unión en un organismo creado por un acuerdo internacional, «cuando dicho organismo deba adoptar actos que surtan efectos jurídicos, con excepción de los actos que completen o modifiquen el marco institucional del acuerdo». Los mismos principios rigen el ámbito de la PESC puesto que el artículo 29 TUE dispone que el Consejo adopte decisiones que «definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático». Ambas disposiciones reflejan el equilibrio institucional establecido en los artículos 16 y 17 TUE: la Comisión propone, representa y ejecuta en materias no PESC, mientras que el Consejo dispone de capacidad para celebrar acuerdos y ejerce funciones de definición de políticas.

Sin embargo, esta distinción ha dado lugar a discusiones tensas e incluso a controversias entre las instituciones y algunos Estados miembros que han tenido que ser resueltas por el Tribunal de Justicia. Por ejemplo, en relación con el alcance del apartado 9 del artículo 218 TFUE, el Tribunal de Justicia ha establecido que esta disposición no cubre únicamente los casos en los que la Unión es parte contratante del acuerdo que establece un organismo con capacidad para tomar tales decisiones que surtan efectos jurídicos, sino que se aplica también a los supuestos en los que la Unión adopta una posición sin ser parte contratante al acuerdo; el Tribunal de Justicia también ha confirmado que la frase «que surjan efectos jurídicos» en esta disposición cubre los actos que surjan efectos jurídicos ya sean «vinculantes» o «no vinculantes»¹⁰².

Otra fuente de dificultad la constituye el procedimiento por el que se adoptan las declaraciones de la UE en organizaciones multilaterales. Se trata de una cuestión de determinación del contenido sustancial de las declaraciones y de delimitación de competencia entre las instituciones de la UE y los Estados Miembros. El Consejo aprobó una serie de «Acuerdos generales» el 22 de octubre de 2011¹⁰³ y estos han permitido superar la mayor parte de las dificultades. Los Acuerdos generales recogen el principio general de que las

¹⁰² Sentencia del 7 de octubre de 2014, C-399/12, Alemania/Consejo, ECLI:EU:C:2014:2258, apartados 48-55 y 56-66.

¹⁰³ Doc. 15901/11 de 24 de octubre de 2011.

declaraciones deben reflejar las posiciones de la UE acordadas de conformidad con los procedimientos de toma de decisiones previstos en los Tratados; si una declaración se refiere sólo a medidas tomadas por la UE o a responsabilidades suyas dentro del asunto en cuestión o al ámbito de la PESC, dicha declaración va precedida de la frase «en nombre de la Unión Europea»; si la declaración expresa una posición común de la Unión Europea y sus Estados miembros va precedida de la frase «en nombre de la UE y sus Estados miembros» en conformidad con el principio de unidad de la representación aunque esta frase introductoria no impide que se hagan referencias a «la UE» o a «los Estados miembros de la UE» más adelante en el texto cuando dicha referencia refleje exactamente la situación de hecho; de forma inversa, si los Estados miembros acuerdan una representación colectiva a cargo de un actor de la UE en temas relacionados con el ejercicio de competencias nacionales, la declaración va precedida de la frase «en nombre de los Estados miembros» pero esta frase no impide referencias a «la UE» más adelante en el texto, cuando dicha referencia refleje exactamente la situación de hecho.

A pesar de los «Acuerdos generales» todavía subsisten diferencias entre el Consejo, la Comisión y el Alto Representante/SEAE sobre el margen de discreción que tienen la Comisión y/o el Alto Representante para expresar, sin la autorización expresa del Consejo, posiciones de la Unión que se fundamentan en políticas de la Unión acordadas previamente. Por ejemplo, el 29 de noviembre de 2013 la Comisión adoptó una Decisión que contenía una «Declaración escrita de la Comisión Europea en representación de la Unión Europea» al Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el Asunto 21 (Solicitud de opinión consultiva enviada por la Comisión Subregional de Pesca, CSRP). La Comisión adoptó esa Decisión sin la aprobación del Consejo y en contra del deseo de éste. El Consejo consideró que la Decisión de la Comisión era ilegal, pues violaba principios fundamentales del Derecho de la Unión consagrados en los Tratados, en particular, los de distribución de poderes, de equilibrio institucional y de cooperación leal previstos en el artículo 13, apartado 2, TUE por lo que ha presentado un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión ante el Tribunal de Justicia¹⁰⁴.

También subsisten diferencias sobre si el Alto representante y la Comisión disponen de plena autonomía, en el marco del artículo 220 TFUE, para establecer todo tipo de cooperación adecuada con las Naciones Unidas y sus orga-

¹⁰⁴ Asunto pendiente C-73/14, Consejo/Comisión, (*Declaración de la Comisión Europea en representación de la Unión Europea al Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el Asunto 21*), DO C 93/21, de 29 de marzo de 2014.

nismos especializados, el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, así como relaciones «apropiadas con otras organizaciones internacionales». El artículo 220 TFUE dispone que es «la Unión» quien debe de establecer esta cooperación mientras que el Alto representante y la Comisión «se encargarán de aplicar lo dispuesto en este artículo». La pregunta que se ha planteado es si esta disposición confiere al Alto representante y a la Comisión un derecho automático y directo para llevar a cabo libremente esta cooperación o si la Comisión o el Alto Representante necesitan previamente la aprobación por el Consejo con arreglo al artículo 218 TFUE. El proyecto de acuerdo entre la Unión Europea y la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea brindó la oportunidad al Reino Unido para formular la declaración siguiente: (El Reino Unido) «acoge con suma satisfacción el proyecto de acuerdo entre la Unión Europea y la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea que brinda un marco general de cooperación reforzada (...) Sin embargo, el Reino Unido se opone a la inclusión de la referencia a los artículos 218 y 220 del TFUE en los considerandos del proyecto de acuerdo (...) el Reino Unido considera que la referencia al artículo 220 del TFUE en el proyecto de acuerdo no es correcta en este contexto. El artículo 220 se refiere a la cooperación administrativa entre la Unión Europea y las organizaciones internacionales, pero según el TFUE no es la base jurídica adecuada para la negociación, en nombre de la Unión Europea, de acuerdos jurídicamente vinculantes con organizaciones internacionales»¹⁰⁵.

4. LA COORDINACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES ACTORES

En materia de representación, la coordinación entre los diferentes actores es fundamental. El artículo 34, apartado 1, TUE dispone que en el ámbito de

¹⁰⁵ La declaración del Reino Unido se encuentra reproducida en el documento del Consejo n° 13375/13, pág. 31. En este contexto ha surgido la cuestión específica de los derechos adicionales de participación de la Unión Europea en los órganos formales e informales establecidos en el marco de la Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las que el Reino Unido ha reiterado que, a su entender, aunque se haya adoptado un texto con el fin de permitir que la Comisión y el SEAE «procediesen a los debates iniciales» con el Alto Comisionado sobre posibles opciones para lograr los mencionados derechos adicionales de participación, «ello no constituía un mandato formal para negociar ningún tipo de cambio» (véase el Anexo II al documento del Consejo n. 13046/14 Rev. 1).

la PESCE, los Estados miembros coordinarán su acción en las organizaciones internacionales. Con ocasión de las conferencias internacionales, «los Estados miembros defenderán las posiciones de la Unión en esos foros» y «el Alto Representante organizará dicha coordinación». Sin embargo, el Tratado no especifica la forma en que dicha coordinación debe ser organizada. En principio, la coordinación implica generalmente una organización de los diferentes actores y de los elementos de la actividad con el fin de permitirles trabajar juntos y obtener el resultado más efectivo; la coordinación por lo tanto implica una distribución de las tareas de presentación y de apoyo, así como la oportunidad y el turno de las intervenciones orales. Este tipo de coordinación, que es importante y necesaria, normalmente tiene lugar *in situ*, es decir, generalmente en Nueva York o en Ginebra. Cuando se trata de establecer o adaptar el contenido sustancial de las posiciones de la Unión, éstas deben ser decididas por las instituciones competentes de la Unión Europea y, especialmente, por el Consejo o sus instancias pertinentes, puesto que con arreglo al artículo 16, apartado 1, TUE es la institución que ejerce las funciones de definición de las políticas de la UE; ello no siempre requiere una decisión expresa del Consejo mismo: en las reuniones de coordinación convocadas por la Presidencia a imagen y semejanza del Consejo o de sus grupos de trabajo, los representantes locales de los Estados miembros pueden introducir *in situ* adaptaciones menores a las posiciones de la Unión.

5. EL CASO PARTICULAR DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La representación de la UE en las organizaciones internacionales está sujeta a los mismos principios¹⁰⁶ aunque estos deben adaptarse a la calidad y grado de participación de la UE en cada organización, que no es automática porque esta condicionada a la vez por el Derecho de la UE (por ejemplo, el alcance y la naturaleza exclusiva o compartida de la competencia de la UE) y por el Derecho internacional (el objeto y la finalidad de la organización o conferencia en cuestión, el régimen de participación prevista en dicha organización y conferencia, y la voluntad política de los terceros países miembros

¹⁰⁶ Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la práctica ha conocido diversas fórmulas (delegación bicéfala Presidencia del Consejo/Comisión, delegación única compuesta por los Estados miembros y la Comisión, y la representación por la Comisión).

de esa organización o conferencia). Como es bien sabido, la UE sola, con exclusión de los Estados miembros, es miembro de ciertos organismos de carácter técnico que gestionan materias en las que la UE tiene competencia exclusiva¹⁰⁷, participa como miembro conjuntamente con sus Estados miembros en otras organizaciones¹⁰⁸, y dispone de un estatuto de observador en otras¹⁰⁹.

Los Tratados no contienen muchas disposiciones en la materia. Únicamente existe la disposición genérica del artículo 220 en el que se prevé que la Unión establezca «todo tipo de cooperación adecuada» con los órganos de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, así como mantener también «relaciones apropiadas con otras organizaciones internacionales». Aparte de esta disposición genérica, no existe en los Tratados ninguna disposición explícita que le dé poder a la Unión para acceder a otra organización

¹⁰⁷ Por ejemplo las organizaciones internacionales de productos de base (como el Consejo Oleícola Internacional) y algunas organizaciones internacionales de pesquerías (por ejemplo la Comisión del Atún para el Océano Indico).

¹⁰⁸ Por ejemplo la OMC, la FAO, el BERD. La Unión Europea es miembro de la OMC desde 1994 y su categoría de miembro de pleno derecho la comparte con los Estados miembros debido a que las materias tratadas por la OMC no son únicamente las competencias de la Unión sino que también cubren competencias de los Estados miembros. A diferencia de las otras organizaciones internacionales el tratado de la OMC no requiere que haya una declaración explícita de división de competencias. La Unión Europea disfruta de un número de votos equivalente al número de Estados miembros de la Unión que sean también miembros de la OMC y se prevé explícitamente que en ningún caso puede haber un número de votos de la Unión que sea superior al número de Estados miembros de la Unión Europea (artículo 9 del tratado OMC). La votación se usa raramente en el proceso de toma de decisiones de la OMC. Se ha de señalar que no existe un código de conducta para la Unión Europea y sus Estados miembros en lo que respecta a su participación respectiva en la OMC porque las negociaciones entre la Comisión, el Consejo y los Estados miembros no fructificaron y solo se consiguió una modificación parcial del antiguo artículo 133 del Tratado CEE cuando se adoptó en Tratado de Ámsterdam. También se debe señalar que a raíz de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el artículo 207 del TFUE la competencia de la Unión en materia comercial se ha ampliado considerablemente y que todos los aspectos que presentaban anteriormente relativos al carácter mixto de los servicios y los ADPIC han desaparecido en la actualidad y por lo tanto la necesidad de un Código de conducta se ha vuelto menos acuciante.

¹⁰⁹ Por ejemplo en los organismos especializados de las Naciones Unidas tales como la OACI, UIT, OMS, OMM, OMI, y la ONUDI.

internacional excepto en dos supuestos: por una parte, el artículo 191, apartado 4, TFUE prevé «la cooperación» de la UE y los Estados miembros con las organizaciones internacionales competentes en materia de medio ambiente y dispone que las modalidades de dicha cooperación podrán ser objeto de acuerdos entre la Unión y las organizaciones internacionales interesadas; por otra parte, el artículo 6, apartado 2, TUE dispone que la Unión «se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» y que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

La Unión Europea no es miembro de las Naciones Unidas y de ninguna de las más importantes agencias del sistema de Naciones Unidas (excepto la FAO). Tampoco es miembro de la Organización Internacional del Trabajo, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial¹¹⁰, de la Organización Marítima Internacional, y de las comisiones del Rin y del Danubio. Y ello a pesar de que la Unión Europea ejercita competencias en el ámbito de las actividades de esos organismos internacionales. En estos casos, el Tribunal de Justicia ha establecido ciertos principios orientadores: la mera circunstancia de que la Unión no sea miembro de una organización internacional no faculta en modo alguno a un Estado miembro para que actúe a título individual en el marco de su participación en una organización internacional con el fin de suscribir compromisos capaces de afectar a las normas de la UE dictadas para alcanzar los objetivos del Tratado¹¹¹. Además, la circunstancia de que la UE no tenga la calidad de miembro de una organización internacional no impide que se pueda ejercer efectivamente la competencia externa de la UE, en particular, a través de los Estados miembros que actúen solidariamente en interés de la propia UE¹¹².

La calidad de miembro de una organización internacional se obtiene a través de la negociación y de la celebración de un acuerdo de adhesión fundamentado en la base competencial sustantiva de los Tratados que correspon-

¹¹⁰ Véase Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «Relaciones de la Unión Europea con el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco de Pagos Internacionales»; Fernando MARIÑO MENÉNDEZ (dir) y Carlos MOREIRO GONZÁLEZ (coord.), *Derecho Internacional y Tratado Constitucional Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 259-300.

¹¹¹ Sentencia de 12 de febrero de 2009, C-45/07, Comisión/Grecia, ECLI:EU:C:2009:8, apartados 30 y 31.

¹¹² Véase, en este sentido, el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, (*Convenio n.º 170 de la Organización Internacional del Trabajo*), sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, ECLI:EU:C:1993:106, apartado 5.

da a los objetivos de la organización internacional conjuntamente con el artículo 218 TFUE. Además de este filtro interno, la calidad de miembro de la UE en las organizaciones internacionales se ve dificultada por el hecho de que las constituciones de muchos organismos internacionales únicamente permiten a los Estados ser miembros de las mismas y la adhesión de la UE requiere una modificación de dichas constituciones¹¹³. Tampoco están exentos de conflictividad los supuestos de participación conjunta de la UE y de sus Estados miembros por la necesidad de la determinación del alcance de las competencias respectivas de la UE y de sus Estados miembros y la necesaria coordinación entre ellos en el seno de la organización internacional¹¹⁴, y el

¹¹³ Un ejemplo ilustrativo lo constituye la participación de la UE conjuntamente con sus Estados miembros en la FAO, cuya constitución tuvo que ser revisada para permitir la adhesión de la Unión ya que sólo permitía que pudieran adherirse los Estados. El artículo 2 de la Constitución FAO revisada autoriza la adhesión de organismos internacionales, regionales, económicos (REIO) que estén compuestos por Estados y que además sean en su mayoría miembros de la FAO; dichos organismos regionales deben además estar dotados de competencia para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes sobre cualquier materia que se trate en el marco de la FAO. Se trata pues de una participación condicionada (lo que en la jerga jurídica se conoce como *dependant membership*). Este requisito es fuente de dificultad porque en el caso de la FAO prácticamente todas las competencias que conciernen la FAO pertenecen a la Unión lo que significa que la presencia de los Estados miembros se convierte en inoperante desde el punto de vista jurídico y también porque las decisiones de la Unión Europea en el marco de su participación en la FAO depende de la decisión de los Estados miembros participantes (nótese en contraste la fórmula más afortunada que figura en el artículo 13 apartado 2 del Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono de 1985 que faculta a la propia organización regional para asumir las obligaciones *in toto* incluyendo los ámbitos de competencia compartida). En lo que respecta a los derechos que la Unión ha asumido en la FAO, el artículo 2 apartado 8 de la constitución de la FAO dispone que la Unión Europea puede ejercer sus derechos alternándose con los derechos de los Estados miembros en el ámbito de su competencia respectiva; el artículo 2 apartado 10 de la constitución de la FAO no permite a la UE ejercer un voto adicional puesto que limita el número de votos de la Unión al número de Estados miembros de la Unión Europea que están legitimados a votar en cada reunión; finalmente, el artículo 2 apartados 5-7 de la constitución de la FAO establece que cada organización regional de integración económica que solicite ser Miembro de la Organización deberá, en el momento de la solicitud, presentar una declaración de competencia, en la que se especifiquen las materias respecto de las cuales los Estados Miembros le han transferido competencia; la Unión Europea no contribuye plenamente a financiar el presupuesto de la FAO ya que únicamente financia los costes administrativos incurridos por su propia participación.

¹¹⁴ El Tribunal de Justicia ha reiterado que existe una obligación de cooperación entre la UE y los Estados miembros, entre otros, en los Dictámenes 1/78, 2/91, 1/94 y 2/00.

Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse en algunos asuntos para resolver estos conflictos¹¹⁵.

Teniendo en cuenta la amplia competencia de la Unión, un gran número de organizaciones tratan por lo menos parcialmente sobre materias que conciernen las competencias de la Unión (tal es el caso por ejemplo de la Organización Internacional Marítima y la Organización Internacional para la Aviación Civil). La pregunta que se plantea es la de si la Unión Europea debe procurar obtener la calidad de miembro en todos estos casos o de si debería limitarse a las organizaciones cuya materia la Unión ha adquirido una competencia exclusiva (incluida en virtud de la doctrina *AETR*). ¿En qué medida y en qué circunstancias es suficiente que la Unión actúe a través de sus Estados Miembros? En el caso de competencia exclusiva de la UE, los Estados miembros, además de tener la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación de las obligaciones resultantes de los Tratados, deben facilitar el logro de los objetivos de la Unión (por ejemplo, procurando que la UE pueda estar representada por sus instituciones y actores) y abstenerse de tomar cualquier medida que pueda poner en peligro el alcance de los objetivos de los tratados puesto que una «acción unilateral por parte de los Estados miembros a este respecto incluso cuando se realice a través de una acción colectiva y concertada tendría el efecto de poner en tela de juicio algunas de las funciones esenciales de la Comunidad además de afectar de forma negativa su acción independiente en las relaciones internacionales»¹¹⁶. Cuando la Unión tiene competencia exclusiva, los Estados miembros pueden estar facultados por la Unión para actuar en nombre de la Unión si la UE no es miembro ni esta representada por sus instituciones en la organización internacional (artículo 2, apartado 1, TFUE).

En algunos casos, las dificultades para lograr que la UE obtenga la calidad de miembro de pleno derecho en las organizaciones internacionales se debe a la falta de voluntad política de los Estados miembros de la UE (algu-

¹¹⁵ En la Sentencia de 19 de marzo de 1996, Comisión/Consejo, C-25/94, (*Acuerdo FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar*), ECLI:EU:C:1996:114, apartado 50, el Tribunal estimo que el Consejo había vulnerado el reparto de competencias al haber otorgado a los Estados miembros el derecho de voto en la FAO para adoptar ese Convenio.

¹¹⁶ Resolución 1/78 de 14 de noviembre de 1978 relativa al Convenio sobre la protección física de materiales, instalaciones y transportes nucleares, ECLI:EU:C:1978:202, apartado 33.

nos Estados miembros no han prestado su apoyo para lograrlo), incluso cuando en razón a la naturaleza de la competencia de la UE y de los objetivos de la organización no subsiste razón para que los Estados miembros continúen como miembros de pleno derecho de la organización internacional¹¹⁷. En otros supuestos son los terceros países miembros de la organización los que obstaculizan la adhesión de la UE. En estos supuestos, la UE se ha tenido que conformar con el estatuto de observador, que conlleva una participación restringida en las reuniones y a la recepción de la documentación, generalmente sin voz ni voto, aunque el alcance de este estatuto varía según se trate de la calidad de observador «normal», «reforzado» o «privilegiado»¹¹⁸.

El ejemplo ilustrativo más reciente lo constituye el alcance la calidad de observador «reforzado» que la UE ha obtenido en «los periodos de sesiones y los trabajos de la Asamblea General, sus comisiones y grupos de trabajo, en la reuniones y conferencias internacionales celebradas bajo los auspicios de la Asamblea y en las conferencias de la Naciones Unidas»¹¹⁹. La Resolución nº 65/276 de la Asamblea General fue aprobada el 3 de mayo de 2011,

¹¹⁷ Esto es indudablemente una situación excepcional como fue el caso del Convenio Europeo para la protección jurídica de los servicios de acceso condicional, Estrasburgo 24 de enero de 2001, CETS 178. Son Partes del Convenio siete Estados miembros de la Unión Europea: la República de Bulgaria, la República Francesa, la República de Croacia, la República de Chipre, el Reino de los Países Bajos, Rumanía y la República de Finlandia. El artículo 11 del Convenio, «Relaciones con los demás convenios o acuerdos», prevé en su apartado 4: «En sus relaciones mutuas, las Partes que sean miembros de la Comunidad Europea aplicarán las normas de la Comunidad y solo aplicarán, por tanto, las normas derivadas del presente Convenio en la medida en que no exista ninguna norma comunitaria que regule la materia específica considerada». Véase, Sentencia de 22 de octubre de 2013, C-137/12, (*Decisión 2011/853/UE del Consejo, de 29 de noviembre de 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Convenio europeo sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*); en la que el Tribunal de Justicia juzgó que la Decisión del Consejo debería haberse fundamentado en el artículo 207 (política comercial) que es una competencia exclusiva de la UE.

¹¹⁸ La UE obtuvo la calidad de observador reforzado por primera vez en 1995 en la Comisión para el Desarrollo Sostenible de la Naciones Unidas (decisión ECOSOC 1995/201 de 8 de febrero de 1995, ESCOR 1995 SUPP 1, 65). Actualmente la UE goza de estatuto de observador reforzado en ICAO, en la UNESCO, también en cierta medida en la Organización Internacional del Trabajo y plenamente en la Asamblea General de Naciones Unidas. En la mayoría de los casos el estatuto de observador se puede asimilar como equivalente a la calidad de miembro, salvo la exclusión del derecho de voto.

¹¹⁹ Resolución AGNU 65/276 aprobada por la Asamblea General el 3 de mayo de 2011 sobre la participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas (A/65/L.64/REV.1).

después de superar muchas dificultades en el largo y laborioso proceso de negociación con un gran número de Estados y, en particular, aquellos pertenecientes a la Comunidad del Caribe (CARICOM)¹²⁰, que estaban preocupados por preservar el *statu quo* de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un estatuto que ellos consideraban que no permitía una distinción entre los derechos o condiciones de los observadores ni tampoco, según ellos percibían, la incorporación de entidades no estatales como miembros de pleno derecho «por la puerta de atrás» en la Asamblea General puesto que, según ellos, «los criterios para la concesión de privilegios especiales a un observador no estatal deben ajustarse siempre a la primacía de la Carta y al escrupuloso respeto del reglamento y de las prácticas establecidas de la Asamblea General»¹²¹. Estas dificultades fueron resueltas únicamente cuando la Unión y sus Estados miembros aceptaron «moderar» una propuesta de resolución inicial que era mucho más ambiciosa, así como la incorporación en la resolución finalmente aprobada de una frase en la parte operativa de la resolución por la que la Asamblea general «reafirma que (...) es un órgano intergubernamental que solo puede estar integrado por los Estados que son miembros de la Naciones Unidas» (apartado 1) y «reconoce que (...) la Asamblea puede aprobar modalidades respecto de la participación de los representantes» de otras organizaciones regionales «como las enunciadas en el texto de la presente resolución»¹²². La resolución, que justifica su aprobación por la necesidad de adaptar el estatuto de la UE a los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa¹²³, contiene en anexo las condiciones ventajosas en las que

¹²⁰ Compuesta por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, San Kits y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago.

¹²¹ Doc. A/65/PV.88, pág. 5. Sexagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General.

¹²² Resolución AGNU n° 65/276, de 3 de mayo de 2011, apartados 1 y 3.

¹²³ El preámbulo de la Resolución n° 65/276 justifica el nuevo estatuto de la Unión Europea recordando que con arreglo a las disposiciones del nuevo Tratado de Lisboa, la Unión Europea sustituyó a la Comunidad Europea y que es parte en numerosos instrumentos concertados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y que actúa en calidad de observadora o de participante en la labor de varios organismos especializados y órganos de las Naciones Unidas. También la resolución justifica el nuevo estatuto de la Unión Europea como consecuencia del hecho de que los Estados miembros de la Unión Europea han confiado la representación de la Unión en el exterior (antes desempeñada por los representantes de los Estados miembros que ocupaba la presidencia rotatoria del Consejo de la Unión Europea) a los representantes institucionales siguientes: el Presidente del Consejo Europeo, el Alto representante, la Comisión Europea y las delegaciones de la Unión Europea.

los representantes de la Unión Europea pueden presentar las posiciones de la Unión y sus Estados miembros por ellos convenidas¹²⁴. A pesar de las ventajas logradas en la Resolución, el estatuto de la Unión Europea en la Asamblea contiene restricciones prácticas y jurídicas puesto que los representantes de la Unión Europea tienen asignados asientos entre los observadores, lo que significa que en principio solo pueden tomar la palabra en el orden de precedencia establecido en la práctica para los observadores participantes y, en todo caso, después de los Estados miembros de las Naciones Unidas (a no ser que la Unión Europea intervenga en el turno de palabra asignado al Estado miembro que ostente la presidencia de turno del Consejo, en cuyo supuesto, la intervención de la Unión forma parte de la intervención de ese Estado); además, como todo observador, los representantes de la Unión Europea no tienen «derecho de voto ni a copatrocinar proyectos de resolución o decisión, ni tampoco podrán presentar candidaturas»¹²⁵.

Estas restricciones han dado lugar a críticas por parte de algunos autores que han sugerido que la resolución de la Asamblea General y sus condiciones prácticas restringiendo los derechos de participación de la Unión en el trabajo diario de la Asamblea General y por lo tanto de la capacidad de in-

¹²⁴ El anexo de la Resolución especifica que los representantes de la UE «a) podrán inscribirse en la lista de oradores entre los representantes de los grupos principales para intervenir; b) serán invitados a participar en el debate general de la Asamblea General con arreglo al orden de precedencia establecido en la práctica correspondiente a la participación de observadores y al nivel de representación; c) podrán hacer que sus comunicaciones relativas a los periodos de sesiones y trabajos de la Asamblea General, así como a las sesiones y los trabajos de todas las reuniones y conferencias internacionales celebradas bajo los auspicios de la Asamblea y de las Conferencias de las Naciones Unidas, se distribuyan directamente y sin intermediarios como documentos de la Asamblea, reunión o conferencia; d) podrán también presentar oralmente propuestas y enmiendas acordadas por los Estados miembros de la Unión Europea que solo se someterán a votación a solicitud de un estado miembro; y/e también podrán ejercer el derecho de respuesta en relación con las posiciones de la Unión Europea, según decida la presidencia, este derecho de respuesta estará limitado a una intervención por tema».

¹²⁵ Véase el anexo a la Resolución intitulado «Participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas». Véase también la Nota del Secretario General sobre la Participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas, doc. AGNU n° A/65/856, de 1 de junio de 2011, págs. 2-4. Al comienzo de cada periodo de sesiones de la Asamblea General el Presidente de la Asamblea indica que la participación de los representantes de la Unión Europea se ajustará a lo dispuesto en la Resolución n° 65/276, después de lo cual no hay ninguna explicación preliminar antes de cualquier intervención de los representantes de la Unión Europea en el periodo de sesiones.

fluir en las decisiones de la Asamblea General no se ajustan al objetivo del Tratado de Lisboa de lograr una mejor representación externa de la Unión¹²⁶. Sin embargo, a mi juicio, esta crítica no tiene debidamente en cuenta el hecho de que el éxito de las negociaciones no depende de factores internos únicamente sino muy especialmente de los externos: la intención de la Unión Europea de lograr una participación mas importante en la Asamblea General de la Naciones Unidas tuvo una resistencia sin precedentes principalmente por parte de los países africanos y del Caribe.

A diferencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Unión Europea no goza de ningún reconocimiento en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pero el artículo 34 del TUE dispone que «cuando la Unión haya definido una posición sobre un tema incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los Estados miembros que sean miembros de éste pedirán que se invite al Alto Representante a presentar la posición de la Unión». Esta disposición codifica la práctica existente que fué iniciada con Javier Solana como Alto Representante; la disposición naturalmente no cambia la posición del Reino Unido y de Francia como miembros permanentes del Consejo de Seguridad y no afecta de ninguna manera a su poder de voto o a su derecho de veto en el marco de dicho Consejo de Seguridad; tampoco afecta a los derechos de los otros Estados miembros que no sean miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La invitación al Alto Representante a presentar la posición de la Unión depende de la aprobación unánime de todos los miembros del Consejo de Seguridad. Asimismo, el artículo 34 TUE esta redactado de tal forma que permite que una petición sea formulada al Consejo de Seguridad para que éste invite al Alto Representante a presentar la posición de la Unión, y que la posición de la Unión se formalice en el seno del Consejo de Seguridad.

La evaluación final de la participación de la Unión Europea en las organizaciones internacionales es al fin y al cabo más un tema político que jurídico y depende de las concesiones que la Unión Europea tenga que aceptar a cambio de la aprobación de la participación de la Unión Europea por parte de los terceros países. Si al final el precio a pagar es demasiado alto, la par-

¹²⁶ Véase C. PÉREZ BERNÁRDEZ, «Respuestas del sistema diplomático ante el Servicio Europeo de Acción Exterior: el caso de la Unión Europea en la Asamblea general de las Naciones Unidas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 44, 2011, págs. 11-146; J. WOUTERS, J. ODERMATT, TH. RAMOPOULOS, *The Status of the European Union at the United Nations after the General Assembly resolution of 3 May 2011*, Katholieke Universiteit Leuven, Centre for Global Governance Studies, July 2011.

ticipación en calidad de miembro de pleno derecho puede que no sea beneficiosa ni para la Unión, ni para los Estados miembros; en estos casos es mejor aceptar una participación mas modesta y/o facultar a los Estados miembros para que actúen en el interés de la Unión (por ejemplo, así ha ocurrido en dos casos en los que la Unión ha autorizado a los Estados miembros a ratificar acuerdos internacionales en el interés de la Unión)¹²⁷.

VI. LA DIFÍCIL RELACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE Y EL DERECHO INTERNACIONAL

El desafío jurídico más acuciante al que se enfrenta la UE en la actualidad es el de encontrar un equilibrio en la relación de la Unión y el Derecho internacional. Se trata de una relación problemática, a causa de la compleja estructura del régimen jurídico de la Unión, y difícil, a causa de la ausencia de una norma que clarifique la relación que «a veces se agrava... por percepciones algo radicales entre los que no acaban de ver la UE mas que como una organización internacional, en la que el Derecho internacional sería la sustancia misma del modelo, y los que, mas allá de lo que exige una razonable consideración de la especificidad y autonomía del Derecho de la Unión, pretenden hacer entrar esta cuestión a todo trance por una relación constitucional de la relación Derecho Internacional/Derecho interno»¹²⁸.

La necesidad de respetar el Derecho internacional está recogida en el artículo 3, apartado 5, TUE que dispone que en sus relaciones con el resto del mundo «la Unión (...) contribuirá (...) al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional». El artículo 21, apartado 2, TUE dispone que la Unión «definirá y ejecutará» su acción exterior con el fin de «consolidar y respaldar (...) los principios del Derecho internacional». Por su parte el Tribunal de Justicia ha estimado que las normas del «Derecho consuetudinario internacional de carácter fundamental (...) vinculan a las Instituciones» de la UE y «forman parte

¹²⁷ Véase la Decisión del Consejo 2007/431/CEE del 7 de junio de 2007, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006, de la Organización Internacional del Trabajo (DO L 161, 22.6.2007 pág. 40); y la Decisión del Consejo 2014/165/UE del 3 de marzo de 2014, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Tratado sobre el Comercio de Armas (DO L 89, 25.3 2014 p. 44).

¹²⁸ Araceli MANGAS MARTÍN y Diego LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Octava edición, Tecnos, Madrid 2014 p. 386.

del ordenamiento jurídico» de la UE¹²⁹. Por lo que respecta al derecho de los tratados, el Tribunal de Justicia ha confirmado que el principio *pacta sunt servanda* es «un principio fundamental de todo ordenamiento jurídico y, en particular, del ordenamiento jurídico internacional»¹³⁰; el artículo 216, apartado 2, TFUE recoge la tesis monista, al disponer que los acuerdos internacionales «celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros»; la atribución a la UE de la capacidad para celebrar acuerdos internacionales es una manifestación sobresaliente de su personalidad internacional, ya que la actividad convencional de la UE la singulariza, cualitativa y cuantitativamente, respecto del resto de las organizaciones internacionales. El Tribunal de Justicia considera así que «Con carácter preliminar, es necesario destacar, en primer lugar, que las competencias de la Comunidad deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional y que, por consiguiente, el (Derecho de la UE), debe interpretarse, y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho internacional (...)»¹³¹.

Si se examina la historia de esta relación desde una perspectiva jurisprudencial¹³², se percibe una evolución asimétrica. En un periodo inicial, el Tribunal de Justicia enfatizó la naturaleza específica del Derecho de la Unión emancipándolo progresivamente del Derecho internacional¹³³. La jurisprudencia posterior mostró una apertura más clara hacia el Derecho internacional: en 1974, el Tribunal de Justicia estimó que los acuerdos internacionales cele-

¹²⁹ Sentencia de 18 de junio de 1998, C-162/96, Racke, ECLI:EU:C:1998:293, apartados 45-51.

¹³⁰ *Ibíd.* apartado 49.

¹³¹ Sentencia de 24 de noviembre de 1992, Asunto C-286/90, Poulsen, ECLI:EU:C:1992, apartado 9.

¹³² J. DIEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid 1998, pág. 230.

¹³³ En 1963, el Tribunal de Justicia estableció que el Tratado era mucho más que un tratado ordinario que se dedicaba a crear simplemente obligaciones entre los Estados y que la entonces Comunidad constituía un nuevo orden de Derecho internacional (Van Gend en Loos, ECLI:EU:C:1963:1, pág. 3). En 1964, estableció que el Derecho de las CCEE constituía un orden jurídico autónomo que tiene primacía sobre los órdenes jurídicos nacionales, pero el Tribunal omitió referirse a la relación del orden jurídico de la Unión con respecto al Derecho internacional (Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:66). En 1986, afirmó que el Tratado constituía la «carta constitucional fundamental» y enfatizó el carácter de Derecho interno del Derecho de la por aquel entonces Comunidad (Partido Ecológico «los Verdes», ECLI:EU:C:1986:166, apartado 23). Estos principios los confirmó el Tribunal en su Dictamen 1/91 sobre el Establecimiento del Espacio Económico Europeo, ECLI:EU:C:1991:490, apartado 1; Weber, ECLI:EU:C:1993:109, apartado 8.

brados por la Unión forman parte integrante del Derecho de la Unión¹³⁴, en 1996 que aún no formando parte del Derecho primario de la Unión, los acuerdos internacionales celebrados por la Unión se sitúan en un rango superior al Derecho secundario («la primacía de los Acuerdos internacionales celebrados por (la Unión) sobre las disposiciones de Derecho (...) derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos Acuerdos»)¹³⁵, y que el Derecho de la UE debe interpretarse en conformidad con el Derecho internacional (*Völkerrechtsfreundliche Auslegung*)¹³⁶. Sin embargo, en el curso de estos últimos años el Tribunal de Justicia parece haber cambiado su jurisprudencia aperturista y renovado el énfasis en la autonomía del Derecho de la Unión, lo que ha provocado una avalancha de estudios sobre la relación entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional¹³⁷.

1. RESTRICCIONES IMPUESTAS POR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia relativa a las sentencias *Kadi I* y *Kadi II* ilustran ampliamente hasta que punto el Tribunal de Justicia ha matizado alguno de estos principios. Ambas sentencias han sido analizadas ampliamente por la doctrina que se ha mostrado muy crítica en lo que respecta a la consideración del Tribunal del alcance y valor de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el Derecho de la Unión¹³⁸. Se recordará que en su Sentencia de 3 de septiembre de 2008 *Kadi I*¹³⁹, el Tribunal de Justicia juzgó

¹³⁴ Sentencia de 30 de abril de 1974, 181/73, Haegeman, ECLI:EU:C:1974:41, apartado 5. Las decisiones de los organismos creados por un acuerdo internacional celebrado por la UE también forman parte integrante del orden jurídico de la Unión (Sentencia de 21 de enero de 1993, C-188/91, Deutsche Shell AG/Hauptzollamt Hamburg-Harburg, ECLI:EU:C:1993:24, apartado 17) y el Tribunal de Justicia controla su legalidad (Sentencia de 20 de septiembre de 1990, C-192/89, Sevince, ECLI:EU:C:1990:322, apartado 9).

¹³⁵ Sentencia de 10 de septiembre de 1996, C-61/94, Comisión/Alemania, International Dairy Agreement, ECLI:EU:C:1996:313, apartado 52.

¹³⁶ Sentencia de 17 de octubre de 1995, , C-70/94, Werner / Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:1995:328, apartado 23; C-83/94, Leifer,, ECLI:EU:C:1995:329, apartado 24, y C-53/96, Hermès, ECLI:EU:C:1998:292, apartado 28.

¹³⁷ Véase M. CREMONA y A. THIES (eds), *The European Court of Justice and External Relations: Constitutional Challenges*, Oxford, Hart, 2014; E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI y WESSEL (eds), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

¹³⁸ Véase C. TOMUSCHAT, «The Kadi Case: What relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal

en esencia que las obligaciones impuestas por un «acuerdo internacional», como la Carta de las Naciones Unidas, no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales de los tratados CEE (UE) entre los que figura el principio, según el cual, todos los actos de la Unión deben respetar los Derechos fundamentales, y que el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido en los Tratados. Además el Tribunal estimó que, pese a la obligación de respetar los compromisos asumidos en el marco de la ONU al aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad, los principios que regulan el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas no implican, sin embargo, la inmunidad de jurisdicción de un acto de la Unión Europea; el Tribunal también añadió que el Tratado no ofrece una base para tal inmunidad. En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró que los tribunales de la Unión deben garantizar un control «en principio completo» de la legalidad de todos los actos de la Unión desde el punto de vista de los Derechos fundamentales, «control que también se extiende a los actos de la Unión destinados a aplicar la resoluciones del Consejo de Seguridad»¹⁴⁰.

Lo que convierte en excepcionales las sentencias *Kadi*, afecta a las obligaciones internacionales derivadas de las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas cuando éste actúa con arreglo al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Con arreglo al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, los «[Estados] Miembros de las Naciones Uni-

Order?», *Yearbook of European Law*, vol. 28(2009), págs. 654-663 (658). P. MARGULIES, «Aftermath of an Unwise Decision: The UN Terrorist Sanctions Regime After *Kadi II*», *Amsterdam Law Forum*, vol. 6(2014), págs. 51-63, este autor argumenta que el Tribunal de Justicia ha omitido tratar con suficiente deferencia las decisiones del Comité de Sanciones de las Naciones Unidas. Algunos autores se refieren a la «intransigencia» del Tribunal de Justicia en relación a la protección de los Derechos humanos: Véase H. ROUDI, «L'arrêt de la CJCE du 3 septembre 2008 'vers un modus operandi de l'exécution communautaire des résolutions onusiennes?», *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, p. 75. Otros autores, los menos críticos, consideran que el Tribunal de Justicia indicó una apertura posible al permitir la precedencia de las medidas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas si se creaban garantías suficientes con respecto a los Derechos humanos; véase en este sentido J. KOKOTT y C. SOBOTTA, «The *Kadi* Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance?», *EJIL*, vol 23 (2012), págs. 1015-1024.

¹³⁹ *Kadi I*, C-402 y 415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

¹⁴⁰ Sentencia de 18 de julio de 2013, C-584, 593 y 595/10 P, *Kadi II*, ECLI:EU:C:2013:518, apartados 21-23.

das» están obligados a aceptar y cumplir estas resoluciones y que, según el Tribunal General (de primera instancia), también resultan vinculantes para la UE cuando los Estados miembros de la UE actúan en el marco de los Tratados UE (*compétence liée, mandatory rule*)¹⁴¹. Sin embargo, en las sentencias *Kadi*, estas obligaciones internacionales fueron relegadas por el Tribunal de Justicia a su bien conocida jurisprudencia relativa a los acuerdos internacionales ordinarios. El Tribunal de Justicia se distanció consecuentemente de la sabiduría tradicional y constante de que la Carta de la ONU no es un acuerdo internacional ordinario y que su aceptación universal y su cláusula de supremacía prevista en su artículo 103 la convierte en la autoridad suprema de Derecho internacional, incluso en una verdadera «constitución de la comunidad/sociedad internacional» para un número importante de internacionalistas¹⁴². No en balde el artículo 3, apartado 5, TUE dispone que la acción exterior de la UE contribuirá al «respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas» y el artículo 21, apartado 2 (c), TUE impone la obligación de que la acción exterior de la UE se defina y ejecute con el fin de «mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad interna-

¹⁴¹ Sentencia de 28 de abril de 1998, Asunto T-184/95, Dorsch Consult/Consejo y Comisión ECLI:EU:T:1998:74, apartado 74: «A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que, con arreglo al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, únicamente los «[Estados] Miembros de las Naciones Unidas» están obligados a aceptar y cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad de esta organización. Sin embargo, si bien es cierto que los Estados miembros de la ONU debían, por su condición de tales, adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el embargo comercial contra Irak establecido por la Resolución 661 (1990), no es menos cierto que, para alcanzar este fin, aquellos Estados que además fueran miembros de la Comunidad sólo podían actuar en el marco del Tratado, ya que toda medida de política comercial común, como la instauración de un embargo comercial, es competencia exclusiva de la Comunidad con arreglo al artículo 113 del Tratado. Sobre la base de estas consideraciones se adoptó el Reglamento n. 2340/90, en cuya exposición de motivos se afirma que «la Comunidad y sus Estados miembros han convenido en recurrir a un instrumento comunitario para garantizar una ejecución unificada en la Comunidad de las medidas relativas a los intercambios con Irak y Kuwait decididas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas». Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia estima que, en el caso que se examina, el perjuicio invocado no puede atribuirse a la adopción del Reglamento n. 2340/90, sino a la Resolución 661 (1990) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se estableció el embargo contra Irak. De lo anterior se deduce que la demandante no ha demostrado la existencia de una relación directa de causalidad entre el perjuicio invocado y la adopción del Reglamento n. 2340/90.»

¹⁴² Régis CHEMAIN y Alain PELLET (eds), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?* Actes du colloque du CEDIN - Paris X du 24 juin 2005, Paris, Pedone, 2006.

cional conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas». La tesis dualista del Tribunal de Justicia en *Kadi* ha sido descrita como «Unfaithful to its traditional fidelity to public international law»¹⁴³, y de «inserting itself in the tradition of nationalism»¹⁴⁴. Incluso en el caso en el que la jurisprudencia *Kadi* se interpretara como abierta a permitir la supremacía de las medidas tomadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas si una «protección equivalente» de los Derechos humanos fuera creada por el Consejo de Seguridad¹⁴⁵ (que no es el caso actualmente), esta interpretación, que es conforme a la línea establecida por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el asunto *Bosphorus*¹⁴⁶, no cambia para nada el mensaje principal del Tribunal de Justicia sobre el hecho de que la autonomía del derecho de la Unión es más importante que su integración en el ordenamiento jurídico internacional general¹⁴⁷.

Las sentencias *Kadi* confirman que un «dramatic uprising is taking place in the jurisprudencial conception of the relationship between (EU) law and international law», que tradicionalmente ha estado regida por el principio monista según el cual el Derecho internacional es parte del Derecho de la Unión Europea, un principio «already deeply shaken by the WTO».¹⁴⁸

¹⁴³ Graine DE BÚRCA, «The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*», *Harvard International Law Journal*, vol. 51(2010), nº 1, págs. 44 y sigs., citado por Juliane KOKOTT y Christophe SOBOTTA, p. 1015.

¹⁴⁴ Bado FASSBENDER, «Triepel in Luxembourg. Die dualistische Sicht des Verhältnisses zwischen Europa - und Völkerrecht in der 'Kadi-Rechtsprechung' des EuGH als Problem des Selbstverständnisses der Europäischen Union», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 340, citado por Juliane KOKOTT y Christophe SOBOTTA, p. 1015.

¹⁴⁵ Alan ROSAS, «Counter-Terrorism and the Rule of Law: Issues of Judicial Control», en Ana M. SALINAS DE FRIAS, K.L.M. SAMUEL; N. D. WHITE(eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 107.

¹⁴⁶ Véase TEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ticaret Anonim Sirketi/Irlanda*, nº 45036/98, (2006), 42 EHRR 1, para. 155.

¹⁴⁷ La sentencia *Kadi II* «does not provide a proper interface between international law and EU law, due to the asymmetric relations between the EU and the UN legal orders»: M. Wimmer, «Inward- and Outward- Looking Rationales behind *Kadi II*», *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 21(2014), nº 4, p. 676.

¹⁴⁸ Enzo CANNIZZARO, *International Law in the EC Legal Order: the Contribution of the Intertanko Case*, 2008, <http://www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/cannizzaro/intertanko-case.pdf> (visitado por última vez el 19 de marzo de 2015).

2. RESTRICCIONES RESULTANTES DE LA RECIPROCIDAD Y LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Se recordará que el Tribunal de Justicia juzgó que habida cuenta de su naturaleza y objetivos, los acuerdos de la OMC no forman parte en principio de las normas con arreglo a las que el Tribunal de Justicia ejerce el control de la legalidad sobre las medidas adoptadas por las instituciones de la Unión¹⁴⁹. Según el Tribunal de Justicia, «los Acuerdos OMC, interpretados a la luz de su objeto y de su finalidad, no determinan los procedimientos jurídicos adecuados para garantizar su ejecución de buena fe en los ordenamientos jurídicos internos de las referidas Partes contratantes»¹⁵⁰. Por una parte, existe una diferencia entre la aplicación de los Acuerdos OMC en el ordenamiento jurídico de la UE y los otros tipos de acuerdos celebrados por la UE con países terceros que establecen cierta asimetría de las obligaciones (para el sistema jurídico de un Parte contratante con efectos directos, para el de la otra sin efectos directos) o crean relaciones especiales de integración¹⁵¹, puesto que, «a tenor del preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC, este Acuerdo, incluidos sus Anexos, sigue estando basado, como lo estuvo el GATT de 1947, en el principio de negociaciones llevadas a cabo “sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas”»¹⁵². Por otra parte, el sistema resultante de los acuerdos OMC otorga una importancia considerable a la negociación entre las partes y el Tribunal de Justicia estimó que si requería a los tribunales (de la UE) abstenerse de aplicar las reglas de Derecho interno que fueran incoherentes con los acuerdos OMC tendría como consecuencia privar a los órganos legislativos y ejecutivos de las partes contratantes de la posibilidad (prevista en particular por el artículo 22 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la*

¹⁴⁹ Véase Sentencia de 23 de noviembre de 1999, C-149/96, Portugal/Consejo, ECLI:EU:C:1999:574, apartado 47; Auto de 2 de mayo de 2001, C-307/99, OGT Fruchthandels-gesellschaft mbH/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, ECLI:EU:C:2001:228, apartado 24; Sentencia de 12 de marzo de 2002, C-27 y 122/00, Omega Air y otros, ECLI:EU:C:2002:16, apartado 93; Sentencia de 9 de enero de 2003, C-76/00 P, Petrotub y Republica/Consejo, ECLI:EU:C:2003:4, apartado 53; Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-93/02 P, Biret International/Consejo, ECLI:EU:C:2003:517, apartado 52; y Sentencia de 1 de marzo de 2005, C-377/02, Van Parys, ECLI:EU:C:2005:121, apartado 39.

¹⁵⁰ Véase C-149/96, Portugal/Consejo, citado arriba, apartado 41.

¹⁵¹ Tal fue el supuesto del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la República Portuguesa de 22 de julio de 1972. Véase la Sentencia de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, ECLI:EU:C:1982:362, apartado 17.

¹⁵² Véase C-149/96, Portugal/Consejo, apartado 42.

solución de diferencias del Anexo 2 del Tratado estableciendo la OMC) de formar parte de un acuerdo negociado incluso temporalmente¹⁵³. Además, el Tribunal dejó constancia de que también «algunas de las Partes contratantes, que desde el punto de vista comercial se incluyen entre los socios más importantes de la Comunidad, llegaron a la conclusión, a la luz del objeto y de la finalidad de los Acuerdos OMC, de que tales Acuerdos no se incluyen entre las normas con respecto a las cuales los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de sus normas jurídicas internas»¹⁵⁴. En todo caso, la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales de una de las Partes contratantes estimen que determinadas estipulaciones de un acuerdo celebrado por la UE «son directamente aplicables, mientras que los órganos jurisdiccionales de la otra Parte no admitan esta aplicabilidad directa, no constituye, en sí misma y por sí sola, una falta de reciprocidad en la aplicación del acuerdo»¹⁵⁵ puesto que una falta de reciprocidad así entendida entrañaría «el riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC»¹⁵⁶. En su reciente sentencia de 18 de diciembre de 2014, el último eslabón de la saga de los asuntos sobre los «*Plátanos*», el Tribunal de Justicia ha confirmado que si aceptaba que el juez de la Unión tuviera una responsabilidad directa para asegurar que el Derecho de la Unión cumpla con las reglas de la OMC, ello «privaría a los órganos legislativos o ejecutivos (de la Unión) de la discreción que los órganos correspondientes de los otros miembros de la OMC gozaban» y que «las disposiciones de los acuerdos OMC, no crean derechos sobre los que los individuos pueden basarse directamente ante una jurisdicción nacional con la finalidad de oponerse a la aplicación (...) del Reglamento del Consejo 1964-2005 de 29 de noviembre de 2005 sobre las tarifas para las bananas»¹⁵⁷.

Cuando los comentaristas analizaron la jurisprudencia OMC (tanto los que la aprobaban como los que rechazaban la solución restrictiva adoptada por el Tribunal de Justicia), estimaron que esta toma de posición por el Tribunal de Justicia era «excepcional» y respondía a la naturaleza idiosincrásica del régimen jurídico

¹⁵³ *Ibid.*, apartado 40.

¹⁵⁴ *Ibid.*, apartado 43.

¹⁵⁵ *Ibid.*, apartado 44.

¹⁵⁶ *Ibid.*, apartado 45. Véase Javier DIEZ-HOCHLEITNER (en colaboración con Carlos ESPOSITO MASICI), «A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en el asunto C-149/96, Portugal c. Consejo», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2000, págs. 10-23.

¹⁵⁷ Véase Sentencia de 18 de diciembre de 2014, C-306/13, LVPNV/Belgische Staat, ECLI:EU:C:2014:2465, apartados 46 y 60.

establecido en los tratados OMC¹⁵⁸. En efecto, en 1972, en la jurisprudencia *International Fruit Company NV*¹⁵⁹, el Tribunal de Justicia ya estableció que las normas de la OMC no tenían un efecto jurídico automático en el ordenamiento jurídico de la Unión excepto en los casos excepcionales en los que el Derecho de la Unión tenía que ejecutar una obligación específica en el marco de la OMC (*Nakajima*)¹⁶⁰, o cuando el ordenamiento jurídico de la Unión se refería explícitamente a disposiciones específicas del Derecho de la OMC (*Fediol*)¹⁶¹. Salvo en estos dos supuestos, la opinión generalizada era que el Tribunal no iba a extender la aplicación de su jurisprudencia OMC a otros acuerdos internacionales. El carácter excepcional de la jurisprudencia OMC parecía haber sido confirmada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Simutenkov* en el cual el Tribunal, refiriéndose al Acuerdo de colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, estimó que «según jurisprudencia reiterada, una disposición de un acuerdo celebrado por las Comunidades con Estados terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno»¹⁶². Y más específicamente que la norma de igualdad de trato del acuerdo «establece una obligación de resultado precisa y, por definición, puede ser invocada por un justiciable ante un órgano jurisdiccional nacional para pedirle que no aplique determinadas disposiciones discriminatorias, sin que se exija a tal fin la adopción de medidas de aplicación complementarias»¹⁶³.

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, Mario BRONCKERS, «The Effect of the WTO in European Court Litigation», *Texas Law Journal*, vol. 40(2005), p. 443; y S. PEERSN, «Fundamental Right or Political Whim? WTO Law y European Court of Justice», en G. DE BURCA y J. SCOTT (eds), *The EU and WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, p. 111.

¹⁵⁹ Sentencia de 12 de diciembre de 1972, 21 a 24/72, *International Fruit Company NV*, ECLI:EU:C:1972:115.

¹⁶⁰ Sentencia de 7 de mayo de 1991, C-69/89, *Nakajima*, ECLI:EU:C:1991:186, apartados 27-31.

¹⁶¹ Sentencia de 22 de junio de 1989, 70/87, *Fediol*, ECLI:EU:C:1989:254, apartados 19-22.

¹⁶² Sentencia de 27 de septiembre de 2001, C-63/99, *Gloszczuk*, ECLI:EU:C:2001:488, apartado 30, y Sentencia de 8 de mayo de 2003, C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam*, ECLI:EU:C:2003:260, apartado 54.

¹⁶³ Sentencia de 12 de abril 2005, C-265/03, *Simutenkov*, ECLI:EU:C:2005:213, apartados 21 y 22. Véanse también la Sentencia de 29 de enero de 2002, C-162/00, *Pokrzeptowicz-Meyer*, ECLI:EU:C:2002:57, apartado 22, y la Sentencia de 8 de mayo de 2003, *Wählergruppe Gemeinsam*, citada arriba, apartado 58.

Pero en 2008 la situación cambió con la Sentencia *Intertanko* en la que el Tribunal de Justicia rechazó la singularidad de la jurisprudencia OMC al aplicar los mismos principios al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En esta decisión prejudicial el Tribunal tenía que decidir si la Directiva nº 2005/35/CEE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones¹⁶⁴ vulneraba las disposiciones del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, aprobado por la Unión Europea y sus Estados miembros, así como el Convenio internacional para prevenir la contaminación de los buques (MARPOL), del que únicamente los Estados miembros eran partes contratantes¹⁶⁵. El Tribunal juzgó que el examen del control de la legalidad de una medida de la Unión Europea a la luz de estos convenios, y en general de las reglas de Derecho internacional, estaba sujeta a una doble condición: en primer lugar, la Unión ha de estar vinculada por dichas reglas; y, en segundo lugar, el juez de la Unión sólo puede examinar la validez de una normativa de la Unión en relación con un tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello y si sus disposiciones son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas. Respecto al convenio MARPOL el Tribunal de Justicia estimó que la Unión no había asumido las competencias ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del convenio, ni, por consiguiente, las disposiciones de éste tenían efecto vinculante para la Unión y que «la mera circunstancia de que la Directiva 2005/35 tenga por objeto incorporar al derecho comunitario algunas reglas del citado convenio no basta (...), por sí misma para que corresponda al Tribunal de Justicia controlar la validez de esa Directiva en relación con el citado convenio». En lo que respecta al Convenio sobre el Derecho del Mar, el Tribunal reconoce que fue aprobado por la Unión, lo que según el Tribunal «genera la consecuencia de vincular la Comunidad, puesto que las disposiciones de dicho convenio forman parte desde ese momento del ordenamiento jurídico comunitario». Sin embargo, «a pesar de ello la naturaleza y el sistema del Convenio se oponen a que el Tribunal de Justicia pueda apreciar la validez de la directiva en relación con dicha convención, en particular, porque el Convenio no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmedia-

¹⁶⁴ En particular, en el artículo 4 de esa Directiva se exigía a los Estados miembros que aprobaran normas nacionales que incluyeran la negligencia grave como criterio de responsabilidad y sancionaran las descargas en el mar territorial.

¹⁶⁵ El Convenio MARPOL no permite que las organizaciones regionales sean miembros de pleno derecho.

tamente a los particulares, ni a conferir a éstos derechos o libertades que pueden ser invocados frente a los Estados con independencia de la conducta del Estado del pabellón del buque»¹⁶⁶.

Resulta interesante señalar la diferencia en la argumentación del Tribunal de Justicia entre los asuntos OMC y el asunto *Intertanko*. En los asuntos OMC, la ausencia de efecto de las normas de la OMC en el ordenamiento jurídico de la Unión se fundamenta en argumentos de reciprocidad: el Acuerdo OMC, incluidos sus Anexos, se fundamenta en el principio de negociaciones «llevadas a cabo sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, y se distingue así, en lo que atañe a la Comunidad, de aquellos acuerdos celebrados por ésta con países terceros que establecen cierta asimetría de las obligaciones o crean relaciones especiales de integración con la Comunidad»¹⁶⁷, por tanto, habida cuenta de su naturaleza y de su sistema, los Acuerdos OMC no se incluyen, en principio, entre las normas con respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las Instituciones de la Unión; esta ausencia de control se considera justificada a fin de evitar la interferencia con el sistema de control establecido en el orden jurídico internacional de la OMC. En cambio, en el asunto *Intertanko*, el Tribunal insiste más bien en la naturaleza de acuerdo de cooperación entre Estados y de regulación de relaciones interestatales del Convenio sobre el Derecho del Mar y en consideraciones sustantivas relativas a que los particulares no disponen en principio de derechos y de obligaciones autónomos en dicho Convenio; por tanto, la *ratio decidendi* del Tribunal se basa en que los acuerdos que no persiguen producir efectos y obligaciones para los individuos en el orden jurídico internacional no crean derechos y obligaciones para los individuos en el ordenamiento jurídico de la Unión. La pregunta que surge y que ha sido planteada es la siguiente: «¿Es razonable hacer depender la recepción y la existencia de efectos de los acuerdos internacionales en el ordenamiento jurídico interno, de la condición de si el acuerdo internacional crea o no obligaciones y derechos para los individuos en el ordenamiento jurídico internacional?»¹⁶⁸. Esta pregunta es importante puesto que en el estado

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2008, C-308/06, *Intertanko*, ECLI:EU:C:2008:312, apartados 43, 44, 45, 47 a 52 y 53 a 66.

¹⁶⁷ C-149/96, Portugal/Consejo, citado arriba, apartado 42.

¹⁶⁸ Véase Enzo CANNIZZARO, *International Law in the EC Legal Order: the Contribution of the Intertanko Case op. cit.* Véase también R. WESSEL, «Reconsidering the Relationship between International law and EU Law: Towards a Content-Based Approach?», en Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI y Ramses WESSEL (eds), citado arriba, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 12.

actual de desarrollo del Derecho internacional, esta circunstancia es rara y nos llevaría a una negación generalizada de la recepción de los acuerdos internacionales en el ordenamiento jurídico de la Unión.

Resulta preocupante el cambio de tendencia del Tribunal de Justicia de la teoría monista a la teoría dualista, cambio que el Tribunal continúa aprobando en su jurisprudencia reciente¹⁶⁹. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal sobre los acuerdos OMC ha sido criticada como «dangerously close to a political preference for regional integration over a multilateral framework based on non-discrimination»¹⁷⁰. Por otro lado, la jurisprudencia *Intertanko* no puede meramente significar que la recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión está sometida a la condición de que el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea tengan el mismo contenido. La recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno tiene más bien lugar porque el primero

¹⁶⁹ Véase, Sentencia del 13 de enero de 2015, C-401 a 403/12 P, Convenio de Aarhus, ECLI:EU:C:2015:4, apartados 54 y 55: «Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones de un acuerdo internacional del que sea Parte la Unión sólo pueden invocarse en apoyo de un recurso de anulación dirigido contra un acto de Derecho derivado de la Unión o de una excepción basada en la ilegalidad de tal acto si, por un lado, la naturaleza y el sistema de dicho acuerdo no se oponen a ello y, por otro lado, si esas disposiciones son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas (véanse las sentencias *Intertanko* y otros, EU:C:2008:312, apartado 45; *FIAMM* y otros/Consejo y Comisión, EU:C:2008:476, apartados 110 y 120, y *Air Transport Association of America* y otros, EU:C:2011:864, apartado 54). Por su parte, el artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus no contiene ninguna obligación incondicional y suficientemente precisa que determine directamente la situación jurídica de los particulares y, por ello, no responde a esos requisitos. En efecto, dado que solamente «los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por [el] derecho interno» son titulares de los derechos previstos en el citado artículo 9, apartado 3, tal disposición se subordina, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de un acto ulterior (véase la Sentencia *Lesoochranárske zoskupenie*, EU:C:2011:125, apartado 45)». Véase también la jurisprudencia reciente relativa a la indemnización por el transporte aéreo de pasajeros, en los casos relativos a la IATA, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10, apartados 34-48; o al *Air Transport Association of America*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864. También se debe comprender en este sentido la Sentencia de 30 de enero de 2014, C-285/12, *Aboubacar Diakité*, ECLI:EU:C:2014:39, en la que el Tribunal de Justicia interpreta la noción de conflicto armado interno muy ampliamente, sin correspondencia con la noción del Derecho internacional humanitario en el sentido de los criterios exigidos en el artículo 3 del cuarto Convenio de Ginebra.

¹⁷⁰ P. ECKHOUT, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 312.

tiene la capacidad de introducir su contenido normativo en el segundo. Tradicionalmente, tanto la tesis monista como la tesis dualista (ambas tesis están en camino de convertirse en irrelevantes en un mundo presidido por ordenamientos jurídicos plurales y por ello han sido clasificadas, «zombies of another time» que «should be put to rest or deconstructed»¹⁷¹) han compartido y comparten una metodología común, es decir, que la aplicación de obligaciones internacionales en la jurisdicción interna, ya sea directamente o a través de medidas legislativas de incorporación, forma parte del mismo proceso de ejecución de las obligaciones internacionales¹⁷² porque los Estados y los organismos internacionales no pueden desconocer internamente las normas que han generado externamente. Alguien verá en esta actitud del Tribunal de Justicia una cerrazón hacia el Derecho internacional impropia de un sistema jurídico maduro y una defensa numantina, injustificada y a toda costa de la sacrosanta autonomía del Derecho de la Unión.

3. RESTRICCIONES DERIVADAS DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UE

El Tribunal de Justicia acaba de proporcionar todos los argumentos pertinentes a los que piensen así en el Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 sobre la compatibilidad con los Tratados con el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humano y de las Libertades Fundamentales. En este Dictamen el Tribunal concluye que el proyecto de acuerdo no es compatible con el artículo 6, apartado 2, TUE; ni con el Protocolo nº 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 TUE por cuanto a la luz del conjunto de las consideraciones del Tribunal el proyecto de acuerdo de adhesión: primero, puede afectar a «la estructura constitucional de la Unión», las características específicas «inherentes a la naturaleza misma del Derecho de la Unión», y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza una coordinación entre el artículo 53 del Convenio de Derechos Humanos y el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuanto al

¹⁷¹ Véase Armin VON BOGDANDY, «Pluralism, Direct Effect, and Ultimate Say: on the Relationship between International and Domestic Constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6(2008), nº 3-4, págs. 397-413 (400).

¹⁷² Véase Enzo CANNIZZARO, *International Law in the EC Legal Order: the Contribution of the Intertanko Case*, *op. cit.*

nivel de protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos; segundo, no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo nº 16 del Convenio, que permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos, mientras que el Derecho de la Unión exige, a tal efecto, que esos mismos órganos jurisdiccionales planteen una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia al amparo del artículo 267 TFUE¹⁷³; tercero, también puede afectar al artículo 344 TFUE, en la medida en que no excluye la posibilidad de que se planteen ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, relativos a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión; cuarto, no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que permitan preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho; y, quinto, no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en el ámbito de la PESC, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión¹⁷⁴.

Este Dictamen del Tribunal de Justicia no constituye ninguna sorpresa porque siempre se han albergado dudas sobre la adhesión (en la audiencia previa al dictamen, uno de los jueces preguntó abiertamente por qué razón la Unión debería adherirse al Convenio). El Tribunal de Justicia siempre se ha mostrado particularmente sensible al mantenimiento de sus propias prerrogativas¹⁷⁵. A

¹⁷³ Véase Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, «¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del Convenio europeo de Derechos humanos? Las propuestas del grupo de sabios», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2007, nº 22, págs. 177-185.

¹⁷⁴ Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 sobre la compatibilidad con los Tratados con el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ECLI:EU:C:2014:2454, apartados 144-258.

¹⁷⁵ Véase el Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Proyecto de Acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo, ECLI:EU:C:1991:490, apartados 30-65; véase

pesar de ello, el artículo 6, apartado 2, TUE contiene una obligación jurídica vinculante para la Unión («la Unión se adherirá al convenio...») y ello se debe a una modificación explícita introducida en los Tratados por el Tratado de Lisboa. Además, considerables esfuerzos se realizaron para acomodar los deseos y peticiones formuladas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia anterior y tanto las instituciones (Consejo, Parlamento Europeo y Comisión) como los Estados miembros (que son los «masters of the Treaties»), que presumiblemente habían estimado que la adhesión podría realizarse sin que fuera necesario la introducción de modificaciones adicionales a los tratados y que en su gran mayoría decidieron intervenir en el procedimiento ante el Tribunal, apoyaron las tesis de la compatibilidad del proyecto de adhesión con los Tratados. A mayor abundamiento, habida cuenta de la importancia que el Tribunal de Justicia otorga a la protección de los Derechos humanos en su jurisprudencia (recuérdese el asunto *Kadi*), era perfectamente razonable confiar en que la defensa a machamartillo de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE era totalmente innecesaria en un ámbito en el que el propio Tribunal de Justicia ha elaborado su jurisprudencia inspirándose en el Derecho elaborado originariamente por el Consejo de Europa. La propia Abogado General Kokott había estimado que el proyecto de acuerdo de adhesión era compatible con los Tratados a condición de que ciertos aspectos fueran tratados satisfactoriamente en el proceso de adhesión. Sin embargo ninguna de estas consideraciones fueron suficientes para persuadir al Tribunal de Justicia. Además de la defensa acérrima de la autonomía del Derecho de la Unión y del papel del Tribunal de Justicia como único árbitro en la «fortaleza Unión», en detrimento del Derecho internacional y de otras disposiciones del Tratado (incluidas las de la PESC)¹⁷⁶, el Dictamen plantea cuestiones preocupantes sobre el lugar jerárquico de los Derechos humanos en el Derecho de la Unión puesto que el Tribunal de Justicia sugiere que otros principios o normas del Derecho de la Unión pueden prevalecer sobre el cumplimiento estricto de los Derechos humanos, incluyendo los que están recogidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹⁷⁷. Todo esto resulta cuestionable e incompatible con la primacía que el propio Tribunal de Justicia ha acordado a los Derechos humanos en su sentencia *Kadi*.

también el Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011, Proyecto de Acuerdo por el que se crea un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes, ECLI:EU:C:2011:123, apartados 66-89.

¹⁷⁶ Apartados 249-257 del Dictamen.

¹⁷⁷ Apartados 190-194 del Dictamen, véanse también los apartados 170-172 y 187-190.

No sorprende que la mayoría de los comentaristas que han analizado el Dictamen 2/13 se hayan mostrado muy críticos¹⁷⁸. El Dictamen es arrollador y excesivo por la abundancia de argumentos de incompatibilidad y por la naturaleza fundamental de algunos de ellos. Aunque todavía no se conocen las intenciones de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros, me parece poco probable que una renegociación del acuerdo pueda tener éxito habida cuenta del carácter excesivo del Dictamen puesto que la cantidad y la naturaleza de las modificaciones que se requerirían serían probablemente inaceptable para los otros Estados miembros del Consejo de Europa. En cualquier caso, algunas modificaciones no serían compatibles con los principios fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una segunda solución la constituiría la modificación de los Tratados e introducir directamente en el Derecho primario las condiciones necesarias descartando la adhesión y cualquier negociación con el Tribunal de Justicia.

En suma, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia sobre la recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión, al que se concibe como superior y más legítimo que cualquier otro en el mundo, resulta mucho más restrictiva que la adoptada por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que conocen mecanismos tales como la «invocabilité»¹⁷⁹ o la «interne Geltung»¹⁸⁰ que permiten otorgar validez o efectos automáticos internos a los acuer-

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, Steve PEERS, *The CJCE and the EU's Accession to the ECHR: a Clear and Present Danger to Human Rights Protection, EU Analysis*, 18 de diciembre de 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.no/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (visitado por última vez el 19 de marzo de 2015); J. MORTIJN, «After Opinion 2/13: How to Move on in Strasbourg and Brussels?», *Eutopia Law*, 5 de enero de 2015, <http://eutopialaw.com/2015/01/05/after-opinion-213-how-to-move-on-in-strasbourg-and-brussels> (visitado por última vez el 19 de marzo de 2015); Jean-Paul JACQUÉ, *L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, *European Area of Freedom Security & Justice*, 23 de diciembre de 2014, <http://free-group.eu/2014/12/26/jp-jacque-lavis-213-cjue-non-a-ladhesion-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme> (visitado por última vez el 19 de marzo de 2015); y A. BUYSE, «CJEU rules: Draft Agreement on the EU Accession to ECHR Incompatible with EU Law», *ECHR Blog*, 20 de diciembre de 2014, <http://echrblog.blogspot.com.es/2014/12/cjeu-rules-draft-agreement-on-eu.html> (visitado por última vez el 19 de marzo de 2015).

¹⁷⁹ Philip MANIN, «L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire», en Jean-Claude GAUTRON y Loïc GRARD (eds.), *Droit international et Droit Communautaire. Perspectives actuelles*, Société Française pour le Droit International - Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, págs. 163 y siguientes.

¹⁸⁰ W. SCHROEDER y H. SELMAYR, «Die EG, das GATT und die Vollzugslehre», *Juristenzeitung*, 1998, págs. 345 y siguientes.

dos internacionales, incluso aunque no contengan disposiciones que produzcan efectos directos¹⁸¹. El principio, según el cual, el Derecho interno debe interpretarse en conformidad con el Derecho internacional (*Völkerrechtsfreundliche Auslegung*) ha mostrado ser un instrumento de gran utilidad en la práctica internacional de los sujetos internacionales. En particular, la redacción del artículo 216, apartado 2, TFUE permite una interpretación más amplia que la proporcionada por la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia y tal vez un estudio de Derecho comparado podría facilitar la elaboración de una serie de criterios más generosos y sofisticados que también permitan el efecto directo en el ordenamiento jurídico de la UE a una tipología más amplia de tratados internacionales¹⁸².

VII. CONCLUSIÓN

Las insuficiencias jurídicas e institucionales señaladas en este artículo no empañan para nada los progresos hechos por la Unión Europea en su objetivo de convertirse en un actor global. Mis reflexiones pretenden simplemente recabar la atención del lector sobre la necesidad de comprender que la ausencia de una acción exterior de la UE en circunstancias determinadas encuentran a veces explicaciones no solo políticas sino también estructurales y que detrás de ellas subyacen limitaciones jurídicas que tienen su origen en la propia personalidad jurídica derivada, limitada y relativa de la Unión, en los desencuentros interinstitucionales resultantes de una interpretación excesivamente literal de los tratados (por el Consejo y algunos Estados miembros), o excesivamente maximalista y teleológica (por el Parlamento Europeo y la Comisión) que se pueden superar perfectamente aplicando de buena fe los principios de cooperación leal y de la unidad en la representación exterior de la Unión. El éxito de la acción exterior de la Unión también se vería facilitado por la interpretación generosa que de los tratados y de la relación de estos con el Derecho internacional realice el Tribunal de Justicia.

¹⁸¹ R. UERPMANN, «Volker- und Europarecht im innerstaatlichen Recht», en C. GREWE y C. CUSY (eds.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 200.

¹⁸² Algunos criterios para la elaboración de una doctrina de los efectos directos más sofisticados han sido propuestos por Armin VON BOGDANDY, «Legal Equality, Legal Certainty and Subsidiarity in Transnational Economic Law», en Armin VON BOGDANDY [et al.] (eds.), *European Integration and International Coordination: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, págs. 35 y siguientes.