

EL CONTROL JUDICIAL DE LA PESC TRAS LOS ASUNTOS NEVES 77 SOLUTIONS Y KS Y KD: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE LA UE COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DE LA JURISDICCIÓN DEL TJUE

PAULA GARCÍA ANDRADE¹

paula.garciaandrade@uam.es

Cómo citar/Citation

García Andrade, P. (2025).

El control judicial de la PESC tras los asuntos Neves 77 Solutions y KS y KD:
los principios constitucionales del derecho de la UE como fundamento
y límite de la jurisdicción del TJUE.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 80, 61-96.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.80.03>

Resumen

La jurisdicción del TJUE en la PESC, limitada en virtud de los arts. 24 TUE y 275 TFUE, ha venido siendo objeto de una constante ampliación por parte del propio Tribunal de Justicia, quien ha explotado al máximo las excepciones a la restricción competencial que prevén los Tratados. Dando un paso más en esta «normalización» de la PESC en su vertiente de control judicial, las recientes sentencias dictadas en los asuntos *Neves 77 Solutions* y *KS y KD* reconocen, respectivamente, el poder del TJUE para pronunciarse prejudicialmente sobre la interpretación de decisiones PESC que establecen medidas restrictivas de alcance general y la competencia para conocer de recursos de responsabilidad extracontractual de la Unión derivada de los perjuicios

¹ Profesora investigadora Ramón y Cajal de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid (Ayuda 1005010103 financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE). Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D+i PID2022-140194NB-100, financiado por MCIN/AEI/10.13039/1100011033/FEDER, UE. La autora agradece enormemente a la Prof.^a Carmen Martínez Capdevila sus observaciones y a los evaluadores sus comentarios, que han permitido enriquecer el presente trabajo.

causados en la aplicación de una misión de la PESC. Estas extensiones competenciales se estarían alejando, una vez más, de la letra de los Tratados y parecen privilegiar, como fundamento, ciertos principios constitucionales del derecho de la UE sobre otros del mismo ordenamiento, de los que es posible derivar límites a una interpretación maximalista de la jurisdicción del TJUE.

Palabras clave

Control judicial; Política Exterior y de Seguridad Común (PESC); Tribunal de Justicia de la UE, cuestión prejudicial; recurso de indemnización; Estado de derecho; tutela judicial efectiva; reforma de los Tratados.

JUDICIAL REVIEW OF THE CFSP FOLLOWING NEVES 77 SOLUTIONS AND KS AND KD CASES: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF EU LAW AS BASIS AND LIMIT TO THE JURISDICTION OF THE CJEU

Abstract

The jurisdiction of the CJEU in the CFSP, limited by Articles 24 TEU and 275 TFEU, has been constantly extended by the Court of Justice itself, which has made the most of the exceptions to the competence restriction provided for in the Treaties. Taking a further step in this “normalisation” of the CFSP in terms of judicial review, the recent judgments in the *Neves 77 Solutions* and *KS and KD* cases respectively recognise the power of the Court to give preliminary rulings on the interpretation of CFSP decisions establishing restrictive measures of general scope and the competence to hear actions for non-contractual liability of the Union arising from damage caused in the performance of a CFSP mission. These extensions of judicial review would once again be moving away from the letter of the Treaties and appear to privilege, as a foundation, certain constitutional principles of EU law over others of the same legal system, from which it is possible to derive limits to a maximalist interpretation of the jurisdiction of the Court.

Keywords

Judicial review; Common Foreign and Security Policy (CFSP); Court of Justice of the EU; preliminary ruling; action for damages; rule of law; effective judicial protection; reform of the Treaties.

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA PESC SUITE AUX AFFAIRES *NEVES 77 SOLUTIONS ET KS ET KD*: LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS DU DROIT DE L'UE COMME FONDEMENT ET LIMITE À LA JURIDICTION DE LA CJUE

Résumé

La compétence de la CJUE dans la PESC, limitée par les articles 24 TUE et 275 TFUE, a fait l'objet d'un développement constant de la part de la Cour de justice elle-même, qui a exploité au maximum les exceptions à la restriction de compétence prévues par les Traités. Faisant un pas supplémentaire dans cette «normalisation» de la PESC en termes de contrôle juridictionnel, les récents arrêts rendus dans les affaires *Neves 77 Solutions* et *KS et KD* reconnaissent à la Cour, respectivement, le pouvoir de se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation des décisions PESC établissant des mesures restrictives de portée générale et la compétence pour examiner des actions en responsabilité découlant de dommages causés dans l'exécution d'une mission PESC. Ces extensions de compétences s'éloigneraient, une fois de plus, de la lettre des Traités et sembleraient privilégié, comme fondement, certains principes constitutionnels du droit de l'Union par rapport à d'autres du même ordre juridique, desquels il est tout autant possible de déduire des limites à une interprétation maximaliste de la juridiction de la Cour.

Mots clés

Contrôle juridictionnel; Politique Extérieure et de Sécurité Commune (PESC); Cour de Justice de l'UE; renvoi préjudiciel; recours en responsabilité; État de droit; protection juridictionnelle effective; réforme de Traités.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. Asunto Neves 77 Solutions. 2. Asunto KS y KD. III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL: 1. Extensión de la competencia jurisdiccional del TJUE y anclaje en los Tratados: 1.1. Asunto Neves 77 Solutions. 1.2. Asunto KS y KD. 2. Los principios de Estado de derecho y de tutela judicial efectiva como fundamentación: 2.1. Asunto Neves 77 Solutions. 2.2. Asunto KS y KD. 3. Implicaciones para la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE: el rol de los tribunales nacionales y la futura adhesión al CEDH. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó, el 10 de septiembre de 2024, dos sentencias de gran relevancia para el control judicial de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), una política integrada en el marco constitucional de la UE desde la última reforma global de los Tratados, pero sometida todavía a ciertas reglas institucionales particulares, heredadas de su origen intergubernamental. Los dos asuntos en los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia (TJ) plantean problemáticas jurídicas diferentes. Por un lado, en *Neves 77 Solutions*, se aborda la interpretación de las disposiciones de la Decisión 2014/512/PESC por la que se establecen medidas restrictivas contra Rusia por sus acciones de desestabilización en Ucrania y referidas, en particular, a la prohibición de servicios de intermediación respecto de equipos militares y al alcance de las medidas nacionales adoptadas para su ejecución². Por otro lado, el objeto principal del asunto *KS y KD* se relaciona con la responsabilidad extracontractual que pueda atribuirse a la UE como consecuencia de los perjuicios causados por la ejecución de la Misión de la UE por el Estado de Derecho en Kosovo (en adelante, EULEX Kosovo)³. Pese a la distinta naturaleza de las cuestiones sustantivas que suscitan, ambos asuntos interrogan al Tribunal de Justicia

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, Neves 77 Solutions, C-351/22, EU:C:2024:723 (en adelante, sentencia *Neves*).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, KS y KD/Comisión, Consejo y SEAE, asuntos acumulados C-29/22 P y C-44/22 P, EU:C:2024:725 (en adelante, sentencia *KS y KD*).

acerca de la extensión —o los límites— de su competencia jurisdiccional en la PESC, con el fin de determinar, en concreto, si Luxemburgo cuenta, por una parte, con capacidad para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de decisiones PESC que establezcan medidas restrictivas y, por otra, si puede conocer de recursos de indemnización por perjuicios sufridos en la aplicación de una acción operativa de la PESC. En estas sentencias, el Tribunal de Justicia, en su formación de Gran Sala, responde afirmativamente a ambas cuestiones y, aunque con los matices que tendremos ocasión de especificar, extiende nuevamente sus competencias de control judicial de la PESC.

El derecho originario contiene, desde la reforma operada por el Tratado de Lisboa, una limitación respecto de la PESC a la competencia general del TJUE. Así, cuando esta política, de orígenes puramente intergubernamentales, pasó a integrarse en el marco constitucional del ordenamiento jurídico de una «Unión Europea sin pilares», los autores del Tratado decidieron seguir sometiendo a la PESC a ciertas «reglas y procedimientos específicos»⁴. Además de reducir significativamente el papel de la Comisión y del Parlamento Europeo respecto del método de integración aplicado en las restantes políticas, descartar la adopción de actos legislativos o atribuir un rol especialmente relevante al Alto Representante, el TUE excluye, en este precepto, la competencia del TJUE respecto de las disposiciones de la PESC, con la salvedad del poder de controlar el respeto de la «cláusula de no afectación mutua» contenida en el art. 40 TUE y la legalidad de las decisiones contempladas en el art. 275, párrafo segundo, TFUE. En este último precepto se especifica que el Tribunal podrá conocer de los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el art. 263, párrafo cuarto, TFUE y relativos al control de legalidad de las decisiones del Consejo adoptadas en virtud del capítulo 2 del título V del TUE por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

Las disposiciones de los Tratados que reducen el alcance del control judicial de la PESC han venido siendo interpretadas por el propio TJUE de modo restrictivo, al constituir limitaciones a su competencia general para garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados»⁵. En efecto, alterando la respectiva consideración de regla y excepción que, a primera vista, parecen aportar los Tratados (Koutrakos, 2018: 10)⁶, el TJUE identifica, en una destacada jurisprudencia iniciada hace

⁴ Art. 24.1, segundo párrafo, TUE. Véase, con carácter general, Butler (2021).

⁵ Art. 19.1 TUE.

⁶ En este sentido, Opinión de la abogada general Kokott en el Dictamen 2/13, EU:C:2014:2475, apdo. 89.

ya más de una década⁷, la limitación competencial enunciada en los arts. 24 TUE y 275 TFUE como excepción a la regla general de competencia que proclama el art. 19 TUE⁸, que requiere, en consecuencia, ser interpretada restrictivamente. En sentido contrario, considera las excepciones a dicha limitación competencial —control del respeto del art. 40 TUE y control de legalidad de las medidas restrictivas a través del recurso de anulación— como «excepciones a la excepción», merecedoras, por tanto, de una interpretación extensiva.

A partir de entonces, el TJUE ha ido extendiendo su jurisdicción en el ámbito de la PESC y lo ha hecho fundamentalmente de dos modos. En primer lugar, se ha declarado competente respecto de los actos adoptados en el contexto de la PESC que puedan, no obstante, vincularse con otros ámbitos de actuación regulados en el TFUE, como sería el caso de la adjudicación de contratos públicos a cargo del presupuesto de la Unión (*Elitaliana*)⁹ o los actos de gestión de personal (*H/Consejo*)¹⁰ en el seno de una misión o acción operativa de la PESC. Al entender que el contenido de estos actos no es propiamente de la PESC, el TJ descarta que la limitación competencial contenida en los arts. 24 TUE y 275 TFUE resulte de aplicación¹¹.

⁷ Es en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2014, Parlamento Europeo/Consejo (*Acuerdo con Mauricio*), C-658/11, EU:C:2014:2025, apdo. 70, donde el TJ enuncia explícitamente, por vez primera, esta interpretación de su propia competencia.

⁸ A juicio de Elsuwege, es el art. 23 TUE el que, al conectar la PESC con los principios generales y valores de la Unión, permite transformar el dilema regla-excepción en el sentido interpretado por el TJUE (2021: 1741). Martínez Capdevila, por su parte, destaca la gran virtualidad jurídica que ha desplegado el art. 19 TUE en la alteración de las condiciones de «regla» y «excepción» y que no habría sido seguramente sospechada por los negociadores del Tratado de Lisboa al emplear esta disposición clásica del TCEE (2021: 218).

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 2015, Elitaliana, C-439/13 P, EU:C:2015:753.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2016, H/Consejo, C-455/14 P, EU:C:2016:569.

¹¹ Cabría incluir en esta primera línea jurisprudencial las sentencias del TJ relativas a acuerdos internacionales en materia de PESC (C-658/11, *Acuerdo con Mauricio*; Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2016, Parlamento Europeo/Consejo [Acuerdo con Tanzania], C-263/14, EU:C:2016:435), ya que la competencia del TJUE respecto de las reglas procedimentales para su conclusión —no respecto del contenido del acuerdo— se ampara en la aplicación general del art. 218 TFUE. También es posible, no obstante, fundamentar la competencia del TJ para conocer estos asuntos en el control del art. 40 TUE.

En una segunda línea jurisprudencial, el TJ ha venido explotando al máximo el control de legalidad que el derecho originario habilita respecto de las decisiones PESC que establecen medidas restrictivas frente a personas físicas y jurídicas. Aun siendo el recurso de anulación el único cauce al que expresamente se refiere el art. 275 TFUE, el TJUE se ha reconocido competente, a la luz del principio de tutela judicial efectiva, para examinar también cuestiones prejudiciales de validez respecto de este tipo de decisiones PESC (*Rosneft*)¹², así como para conocer de recursos de responsabilidad extracontractual de la UE derivada de los perjuicios ocasionados por su adopción (*Bank Refah Kargaran*)¹³.

En las sentencias examinadas en este trabajo, el TJUE vuelve a extender su competencia y, en *Neves 77 Solutions*, se reconoce, en contra de lo propuesto por la abogada general Čapeta¹⁴, el poder de pronunciarse con carácter prejudicial no ya sobre la validez, sino acerca de la interpretación de decisiones PESC, de alcance general, que establecen medidas restrictivas y que el Consejo debía haber ejecutado en aplicación de su competencia reglada para adoptar un reglamento sobre la base del art. 215 TFUE. A partir del asunto *KS y KD*, la competencia del TJUE se amplía asimismo a los recursos de indemnización respecto de los perjuicios causados, no ya por medidas restrictivas, sino por actos y omisiones que no estén directamente relacionados con elecciones políticas o estratégicas realizadas por las instituciones y órganos de la UE en el marco de la PESC, criterio que no había sido acogido expresamente por Luxemburgo hasta ahora y que se separa del sugerido por la abogada general Čapeta¹⁵. Ambos asuntos resultan, en consecuencia, de enorme relevancia no solo por el significado y alcance de sus resoluciones, sino también por la fundamentación un tanto forzada que las sustenta y el especial papel que juegan en ella los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE.

En las páginas siguientes, comenzaremos presentando en mayor detalle los pronunciamientos dictados por el TJ y la motivación que les sirve de fundamento (II). A continuación, estructuraremos el análisis crítico de la extensión competencial realizada en estas sentencias (III), con el fin de profun-

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2020, *Bank Refah Kargaran/Consejo y Comisión*, C-134/19 P, EU:C:2020:793.

¹⁴ Conclusiones de la abogada general Čapeta presentadas el 23 de noviembre de 2023, *Neves 77 Solutions*, C-351/22, EU:C:2023:907.

¹⁵ Conclusiones de la abogada general Čapeta presentadas el 23 de noviembre de 2023, *KS y KD/Consejo y otros*, asuntos acumulados C-29/22 P y C-44/22 P, EU:C:2024:725.

dizar en su anclaje en las disposiciones de los Tratados que reconocen explícitamente competencias al TJUE en la PESC (1); valorar su fundamentación en los principios de Estado de derecho y respeto de los derechos fundamentales, en particular, el de tutela judicial efectiva (2); y examinar las implicaciones que ambos asuntos presentan para la autonomía, tanto interna como externa, del ordenamiento jurídico de la UE, desde la perspectiva, por tanto, de la protección judicial que pueden dispensar los jueces nacionales, por una parte, y respecto de la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), por otra (3). Concluiremos este trabajo preguntándonos si cabe augurar futuras extensiones de la competencia jurisdiccional del TJUE en el ámbito de la PESC y cuáles son, en su caso, los límites de este «activismo judicial», fundado en los valores y principios fundamentales de la UE, del que viene haciendo gala el TJUE (IV).

II. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. ASUNTO NEVES 77 SOLUTIONS

Neves, una compañía aeronáutica que actuó como intermediaria en una operación de compraventa de emisoras de radio, parte de ellas fabricadas en Rusia, es sancionada por la agencia tributaria rumana por haber infringido el art. 2.2.a) de la Decisión 2014/512/PESC por la que se adoptan medidas restrictivas contra Rusia¹⁶ y que prohíbe los servicios de intermediación en relación con equipos militares, así como las medidas nacionales para su ejecución, que exigían la notificación de la operación.

En la vía procesal nacional, Neves alega no haber cometido infracción alguna y sostiene que la medida de incautación impuesta no resultaba proporcionada, vulnerando su derecho de propiedad. El Tribunal de Distrito de Bucarest decide suspender el procedimiento y plantear tres cuestiones prejudiciales al TJUE para aclarar la interpretación de la Decisión 2014/512/PESC. Se pregunta, en particular, si esta decisión autoriza, a la luz de los principios de seguridad jurídica y legalidad, una medida nacional que procede a la incautación íntegra de los importes resultantes de la operación contemplada en su art. 2.2.a); si autoriza la incautación automática por incumplir la obligación de notificación de la operación; y si la prohibición del art. 2.2.a) se aplica en

¹⁶ Decisión 2014/512/PESC del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DO L 229, de 31 de julio de 2014, p. 13).

caso de que los bienes objeto de las operaciones de intermediación nunca hayan sido importados físicamente en el territorio del Estado miembro.

En respuesta a la cuestión preliminar de orden competencial¹⁷, el Tribunal comienza descartando la posibilidad de fundarse en el art. 275, párrafo segundo, TFUE ya que el art. 2.2.a) de la Decisión 2014/512 constituye una medida restrictiva de alcance general y no de naturaleza individual, que es lo que da acceso a los tribunales de la Unión según dicho precepto del Tratado¹⁸. Tras recordar que su competencia es ilimitada respecto de los reglamentos adoptados sobre la base del art. 215 TFUE que permiten dar efecto a las decisiones PESC que establecen medidas restrictivas, el Tribunal advierte que la prohibición de prestar servicios de intermediación de la Decisión PESC no había sido ejecutada en el Reglamento 833/2014 en la fecha de los hechos del litigio principal¹⁹. Apoyándose en su poder de control del art. 40 TUE, abierto a cualquier acción procesal para velar por que la ejecución de la PESC no afecte a los procedimientos y atribuciones institucionales previstos en el TFUE²⁰, el TJ admite la posibilidad de conocer de una cuestión prejudicial de interpretación respecto de todas las disposiciones que el Consejo debiera haber incluido en el reglamento *ex art.* 215 TFUE y que sirvan de base a las medidas nacionales sancionadoras²¹. Para ello, argumenta que el art. 215, apdo. 1, TFUE establece una competencia reglada del Consejo, cuya omisión no puede privar al TJUE de su poder para garantizar la tutela judicial²². Se funda también en el objetivo esencial del art. 267 TFUE de garantizar la aplicación uniforme del derecho de la UE por los jueces nacionales, en la necesaria coherencia de su sistema de tutela judicial y en el valor del Estado de derecho, proclamado en los arts. 2 y 21 TUE²³.

Al verificar, a continuación, si la prohibición de prestar servicios de intermediación relacionados con equipos militares es una de las medidas que el Consejo debió haber incluido en el Reglamento 883/2014, señala el TJ que esta prohibición restringe la capacidad de los operadores económicos para

¹⁷ No daremos cuenta, en este comentario, de la interpretación aportada por el TJ a las cuestiones sustantivas planteadas por el tribunal rumano (apdos. 62 a 107 de la sentencia).

¹⁸ Sentencia *Neves*, apdos. 37-38.

¹⁹ *Ibid.*, apdo. 41. Reglamento (UE) n.º 833/2014 del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DO L 229, de 31 de julio de 2014, p. 1).

²⁰ Sentencia *Neves*, apdos. 43-44.

²¹ *Ibid.*, apdo. 49.

²² *Ibid.*, apdos. 45-46.

²³ *Ibid.*, apdos. 50-52.

realizar operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del TFUE y que, en particular, el comercio de armas y equipos militares es competencia de la UE en virtud de los arts. 114 y 207 TFUE relativos al mercado interior y la política comercial común, respectivamente²⁴. El art. 346 TFUE, que permite a los Estados miembros proteger los intereses esenciales de su seguridad en relación con la producción o el comercio de armas, no limita, según el TJ, la competencia reglada del Consejo derivada del art. 215, apdo. 1, TFUE²⁵. La adopción posterior del Reglamento 2023/1214²⁶, en la que sí se incluyó la prohibición de prestar servicios de intermediación, confirma —señala el TJ— que el Consejo debió haber dado efecto a esta en el Reglamento 833/2014²⁷, lo que justifica entonces la capacidad del Tribunal para responder, en este caso, a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal rumano.

2. ASUNTO KS Y KD

La sentencia del TJ, dictada en los asuntos acumulados C-29/22 P y C-44/22 P, resuelve los recursos de casación planteados por KS y KD, por los que solicitan la anulación del auto del Tribunal General (TG) en el que se declaraba manifiestamente incompetente para conocer del recurso de indemnización que habían planteado los recurrentes al amparo de los arts. 268 y 340 TFUE, en relación con los perjuicios derivados de actos y omisiones del Consejo, la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) al ejecutar la Acción Común 2008/124/PESC sobre la Misión EULEX Kosovo²⁸. Dichos actos y omisiones se referían, en particular, a las investigaciones realizadas por el Grupo de Revisión en materia de Derechos Humanos, órgano de rendición de cuentas de la Misión, en relación con la tortura, desaparición y asesinato de familiares de KS y de KD, que se produjeron en Pristina durante el conflicto de 1999. Tras denuncias presentadas por KS y KD, el Grupo de Revisión había concluido que se habían violado diversos derechos fundamentales protegidos por el CEDH y había formulado recomendaciones al jefe de

²⁴ *Ibid.*, apdo. 56.

²⁵ *Ibid.*, apdo. 58.

²⁶ Reglamento (UE) 2023/1214 del Consejo, de 23 de junio de 2023, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DO L 159I, de 23 de junio de 2023, p. 1).

²⁷ *Ibid.*, apdo. 59.

²⁸ Acción Común 2008/124/PESC del Consejo, de 4 de febrero de 2008, sobre la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX Kosovo (DO L 42, de 16 de febrero de 2008, p. 92).

la EULEX Kosovo para que adoptara medidas correctoras, sin que este las hubiera aplicado en su totalidad.

El TG destacó, en su auto, que el recurso de responsabilidad extracontractual planteado se refería a actos pertenecientes a la esfera de cuestiones políticas o estratégicas relativas a las actividades, prioridades y recursos de la EULEX Kosovo, misión encuadrada en las disposiciones del TUE sobre la PESC²⁹. Rechazó que fueran aplicables las excepciones que habilitaban la competencia judicial en virtud de los arts. 24 TUE y 275 TFUE y consideró que la situación del caso era diferente a la del asunto *Bank Refah Kargaran*, por cuanto que los recursos de KS y KD no se referían a medidas restrictivas individuales, sino a la definición y aplicación de la PESC. Concluía el TG en su auto carecer manifiestamente de competencia para conocer del recurso de indemnización.

En la sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto por KS y KD, el TJ constata, en respuesta a una primera parte de las imputaciones, que los actos y omisiones objeto de recurso no se refieren a ninguna de las dos excepciones en que el TJUE es competente en la PESC³⁰ y que a esta política, al incluirse en el marco constitucional de la Unión, se le aplican también los principios fundamentales de su ordenamiento, en particular el Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales, tal y como se proclaman en el art. 2 TUE y se concretan en la exigencia de control judicial del art. 19 TUE³¹. Señala que la limitación de la competencia judicial del TJUE puede, no obstante, conciliarse con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), sin que este permita modificar el sistema judicial establecido en los Tratados³². Descarta asimismo la violación de derechos fundamentales como justificación de su propia competencia, ya que privaría a los arts. 24 TUE y 275 TFUE de su efecto útil y quebrantaría los principios de atribución y equilibrio institucional, también aplicables a la PESC³³.

El TJ pasa, en una segunda parte de su respuesta al recurso, a subrayar que, de no ser aplicables los supuestos previstos en los arts. 24 TUE y 275 TFUE, habrá de apreciarse si los actos u omisiones en cuestión «no están directamente relacionados con las elecciones políticas o estratégicas» realizadas por las instituciones u órganos de la Unión en el marco de la PESC e indica que así se desprende de su jurisprudencia *Elitaliana*, *H/Consejo* y *CSUE*³⁴.

²⁹ Auto del TG de 10 de noviembre de 2021, KS y KD/Consejo y otros, T-771/20.

³⁰ Sentencia *KS y KD*, apdo. 64.

³¹ *Ibid.*, apdo. 68.

³² *Ibid.*, apdos. 70-71.

³³ *Ibid.*, apdos. 72-73.

³⁴ *Ibid.*, apdo. 116.

Concluye que de ello se sigue que carece de competencia para examinar la legalidad o interpretar actos u omisiones directamente relacionados con la realización, definición y aplicación de la PESC, y en particular de la PCSD. Aduce que esta consideración es conforme con el tenor de los arts. 24 TUE y 275 TFUE y su contexto, al preservar su efecto útil sin menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva³⁵.

A continuación, el TJ analiza cada uno de los actos y omisiones que se imputan a las instituciones y órganos de la UE en el caso, para así determinar que la carencia de recursos puestos a disposición de EULEX Kosovo y la decisión de revocar el mandato ejecutivo de la Misión serían los únicos actos directamente relacionados con elecciones políticas o estratégicas y quedarían excluidos, por tanto, de la competencia del TJUE³⁶. Por el contrario, la carencia de personal idóneo en la Misión EULEX Kosovo, la inexistencia de disposiciones que contemplen la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos ante el Grupo de Revisión, la decisión de no someter las acciones de la Misión a vías de recurso, o la falta de adopción de medidas correctoras para subsanar las violaciones de derechos fundamentales constatadas serían actos u omisiones relativos a la gestión corriente o gestión administrativa de la Misión³⁷, por lo que, respecto de estos últimos, el TG había incurrido en un error de derecho al declararse incompetente para conocer del recurso de indemnización planteado³⁸.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL

1. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL DEL TJUE Y ANCLAJE EN LOS TRATADOS

En virtud de la excepción a la competencia general del TJUE que los arts. 24 TUE y 275 TFUE prevén en el marco de la PESC, las extensiones competenciales que las sentencias aquí analizadas reconocen al Tribunal debieran hallar anclaje en los supuestos previstos en estos mismos preceptos, bien en el control del respeto del art. 40 TUE, bien en el control de legalidad de las

³⁵ *Ibid.*, apdo. 119.

³⁶ *Ibid.*, apdos. 126 y 136.

³⁷ *Ibid.*, apdos. 127, 130, 131 y 133.

³⁸ Tras anular, por tanto, parcialmente el auto del TG, el TJ decide devolverle el asunto para que se pronuncie sobre la admisibilidad, el fondo del recurso y la solicitud de diligencias de prueba presentada por KS y KD para acceder a la versión íntegra del plan de operación de la Misión.

decisiones PESC por las que se establecen medidas restrictivas frente a personas físicas y jurídicas. Comprobemos si esto es así y el TJ interpreta extensivamente los Tratados o si, por el contrario, llega a reescribirlos.

1.1. Asunto Neves 77 Solutions

La cuestión prejudicial de interpretación, abordada en el asunto *Neves*, no podría vincularse con el poder de controlar la legalidad de las decisiones del Consejo por las que se establecen medidas restrictivas contra personas físicas y jurídicas, pese a la interpretación considerablemente maximalista que ya otorgó el TJ a esta excepción a su falta de jurisdicción en los asuntos *Rosneft* y *Bank Refah Karagaran* (Martínez Capdevila, 2018 y 2021). En efecto, la génesis de los arts. 24 TUE y 275 TFUE y los términos que estos emplean, con la mención explícita del art. 263 TFUE, parecían restringir el control de legalidad a la interposición del recurso de anulación³⁹, lo que no impidió que el TJ estimase que la interpretación extensiva —o más bien forzada— que merecían estos preceptos de los Tratados, a la luz de la protección de la tutela judicial efectiva de los particulares, justificaba aceptar cualquiera de los cauces procesales que garantizaban dicho control de legalidad⁴⁰ y el resarcimiento de los perjuicios derivados de la ilicitud de las medidas en cuestión⁴¹. Mientras parte de la doctrina científica valoró críticamente cómo el TJUE se distanciaba de la intención de los dueños o señores de los Tratados (Koutrakos, 2018; Helikoski, 2018; Martínez Capdevila, 2018 y 2021), otros autores celebraron el triunfo de la tutela judicial efectiva y la coherencia del sistema judicial de la UE sobre

³⁹ Martínez Capdevila (2018) explica cómo el art. 275 TFUE fue el originario, al retomar el único precepto contenido en el Tratado Constitucional sobre la limitación competencial del TJUE en la PESC, por lo que el art. 24 TUE fue redactado con posterioridad para incluir en el TUE una versión sintética del otro precepto. En relación con la génesis del art. 275 TFUE, véase también Helikoski (2018). Si el art. 275 TFUE se refiere únicamente al tipo de decisiones cuya legalidad puede el TJUE controlar y no al tipo de acción procesal admisible a estos efectos, no habría sido necesaria la mención del art. 263 TFUE en dicho precepto. Además, las condiciones de legitimación activa de las personas físicas y jurídicas que se derivan del art. 263, párrafo cuarto, que el art. 275 TFUE menciona, no son de aplicación a otros cauces distintos del recurso de anulación.

⁴⁰ No solo, por tanto, el recurso de anulación expresamente previsto en el art. 275, párrafo segundo, TFUE, sino también la cuestión prejudicial de validez (asunto *Rosneft*) e incluso la excepción de ilegalidad (Sentencia del Tribunal General de 16 de julio de 2014, National Iranian Oil Company, T-578/12, EU:T:2014:678, apdo. 93).

⁴¹ Sentencia *Bank Refah Kargaran*.

la literalidad de los Tratados (entre otros, Andrés Sáenz de Santa María, 2017; Santos Vara, 2021; Elsuwege y De Coninck, 2020), sin dejar de subrayar el carácter «creativo» de la interpretación del Tribunal (Butler, 2017).

En el asunto *Rosneft* ya se planteaba, por parte del tribunal remitente británico, una duda de interpretación de la Decisión 2014/512/PESC —mismo acto que es objeto del asunto *Neves*—. Aunque el TJ aceptó, en *Rosneft*, las cuestiones prejudiciales de validez sin abordar la petición de interpretación⁴², el abogado general Wathélet se pronunció a favor de que el TJUE respondiera a cuestiones de interpretación. Se fundamentó para ello en que el TJ había admitido que el poder prejudicial de validez que ostentaba en aplicación del art. 41 del Tratado CECA respecto de los acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo suponía necesariamente un poder de interpretación previo⁴³. De ahí que Wathélet aceptara que, si los órganos jurisdiccionales de la Unión podían lo más, al controlar la legalidad de decisiones que establecen medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas, también podrían lo menos, al interpretarlas para evitar que el TJ anulase un acto PESC que podría preservar manteniendo una interpretación determinada⁴⁴. Seguir esta fundamentación, vinculada a una de las excepciones que los arts. 24 TUE y 275 TFUE habilitan, parecía forzar estos preceptos hasta el punto de obviar el «control de legalidad» al que se refieren explícitamente (Elsuwege, 2021: 1753-4; Poli, 2022)⁴⁵, como sostuvo la abogada general Kokott en su opinión al Dictamen 2/13⁴⁶.

⁴² Lo que la Prof.^a Andrés calificó de «ejercicio de escapismo judicial», facilitado, como explica, por «el hecho de que esta parte de la cuestión prejudicial no cumpliera los requisitos de admisibilidad ni siquiera en lo relativo al Reglamento», al no ser necesaria para la solución del litigio (Andrés Sáenz de Santa María, 2017: 900-901).

⁴³ Conclusiones presentadas el 31 de mayo de 2016, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2016:381, apdo. 74.

⁴⁴ *Ibid.*, apdo. 75. Véase, en favor de este argumento, Díez-Hochleitner (2023: 5). El abogado general Wahl, en sus conclusiones al asunto *H/Consejo*, también se pronunció a favor de la competencia del TJUE para conocer de cuestiones prejudiciales, pero se limitó a la posibilidad de aclarar si resultan aplicables las cláusulas *claw back*, como la del control del art. 40 TUE, o a la interpretación de otras disposiciones generales del derecho de la UE en relación con la aplicación de los actos de la PESC (Conclusiones presentadas el 7 de abril de 2016, *H/Consejo*, C-455/14 P, EU:C:2016:212, apdo. 91).

⁴⁵ Se refiere, sin embargo, la Prof.^a Andrés a la Sentencia del TJ de 14 de marzo de 2017, A y otros, C158/14, EU:C:2017:202, en la que el TJ ya había interpretado, sin fundamentar su competencia, una posición común, lo que le conducía a «presagiar una actitud positiva del TJ hacia la asunción de competencia para interpretar prejudicialmente actos PESC» (Andrés Sáenz de Santa María, 2017: 902).

⁴⁶ Opinión de la abogada general Kokott, dictamen 2/13, cit., apdo. 89.

En el asunto *Neves*, la abogada general Cápeta rechaza la posibilidad de que el TJUE se pronuncie sobre la cuestión prejudicial de interpretación de la decisión PESC. Para ello, distingue entre la interpretación que cabe realizar de la norma en el seno de su control de legalidad y la eventual competencia para interpretar medidas PESC con el fin de aclarar su sentido. En el primer supuesto, la interpretación sería inherente a la propia función de control, pero el TJUE estaría sujeto al sentido que el autor del acto le atribuye con el fin de no intervenir en la adopción de decisiones políticas en el ámbito de la PESC, fundamento de la limitación competencial del TJUE. El segundo supuesto quedaría descartado, puesto que permitiría al TJUE, al pedirle que aclare el sentido de la medida PESC, elegir una de sus posibles interpretaciones —siendo la del autor solo una de ellas— para determinar el sentido correcto en aras de la aplicación uniforme de la norma, una facultad que, en la PESC, le ha sido sustraída⁴⁷. De ahí que Cápeta acepte que «esta limitación de la competencia conlleva un sacrificio de la uniformidad del Derecho en el ámbito de la PESC», que, para suprimirse, requerirá una reforma de los Tratados⁴⁸. Se aprecia claramente cómo no cabe, por tanto, en este planteamiento, coherente con las disposiciones del derecho originario, vincular un poder de interpretación general de los actos de la PESC con la actual competencia para controlar la legalidad de las medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas que establecen los Tratados.

El TJ no basa, sin embargo, su argumentación en los contornos de un poder de interpretación derivado del art. 275, párrafo segundo, TFUE, sino que, en *Neves*, comienza negando el alcance individual de las disposiciones sobre las que versa la cuestión prejudicial planteada. En efecto, el art. 2.2.a) de la Decisión PESC/2014/512 no va dirigido a personas físicas o jurídicas identificadas, sino que su ámbito de aplicación se define por criterios objetivos, hallándose ante medidas restrictivas de alcance general que no forman parte de las contempladas en el art. 275.2 TFUE⁴⁹. Descartada así la aplicación de esta excepción, el razonamiento del TJ sí ancla, no obstante, la afirmación de su competencia en las disposiciones del derecho originario sobre el control jurisdiccional de la PESC, en concreto, en la otra «excepción a la excepción», esto es, el poder de controlar el respeto del art. 40 TUE. Así, tras recordar sus plenas competencias jurisdiccionales respecto de los reglamentos adoptados en virtud del art. 215 TFUE y hacer ver que el Consejo no había ejecutado, en la fecha de los hechos del litigio principal, el art. 2.2.a) de la Decisión

⁴⁷ Conclusiones de la abogada general Cápeta, *Neves*, apdos. 72-76.

⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 77.

⁴⁹ Sentencia *Neves*, apdos. 37-38. En este sentido, véase sentencia *Rosneft*, apdos. 97-98, también citados por el TJ en *Neves*.

2014/512/PESC en el Reglamento 833/2014/UE, la sentencia incide en la capacidad del TJUE para controlar el respeto del art. 40 TUE a través de cualquier medio. Señala, en particular, que el control de la «cláusula de no afectación mutua» implica, en la aplicación del art. 215 TFUE, velar por que el Consejo no obvie su obligación de adoptar, en los reglamentos basados en dicha disposición, las medidas necesarias para la aplicación de las decisiones PESC y eluda así las plenas competencias del TJUE sobre tales reglamentos⁵⁰. El TJ justifica esta obligación de actuar en cómo el art. 215 TFUE se expresa en términos de mandato cuando indica, en su apartado primero, que el Consejo deberá adoptar las medidas necesarias a través de un reglamento cuando la decisión PESC «prevea la interrupción o reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios países terceros». Por el contrario, del apdo. 2 del art. 215 TFUE, referido a «medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales», no se derivaría una obligación o mandato para el Consejo, sino una mera facultad⁵¹.

Aunque sus términos no lo especifiquen, se entiende que el art. 215.1 TFUE presenta un enfoque geográfico relacionado con un determinado país o grupo de países, mientras que el art. 215.2 estaría pensado para la adopción de sanciones de carácter temático u horizontal contra personas o entidades no vinculadas al gobierno de un país tercero (Ferrer Lloret, 2021: 6-7)⁵². La lógica que explica la diferencia de redacción entre ambos apartados no es del todo clara, pues la base jurídica del art. 215.1 TFUE también permite adoptar medidas restrictivas frente a individuos o entidades asociados con los dirigentes del país tercero, esto es, vinculados con el régimen gobernante del país sancionado, de modo que no se justificaría la obligatoriedad del recurso al reglamento en este caso frente a su carácter facultativo cuando las medidas se aplican a individuos o entidades que carecen de dicha vinculación gubernamental. Siendo el propósito del reglamento *ex art.* 215 TFUE el mismo en ambos casos —garantizar la aplicación uniforme de sanciones que afectan a

⁵⁰ Sentencia *Neves*, apdo. 45.

⁵¹ Mientras el apdo. 1 del art. 215 TFUE dispone que el Consejo «adoptará» las medidas necesarias, el apdo. 2 indica que «podrá adoptar» tales medidas. En el mismo sentido se pronunció el abogado general Wathelet en el asunto *Rosneft*, apdo. 72.

⁵² Así lo indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2012, Parlamento Europeo/Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472, apdo. 53. El Tratado de Lisboa introdujo este apartado segundo para habilitar expresamente una base jurídica cuya ausencia había motivado el recurso al antiguo art. 308 TCE junto con los arts. 60 y 301 TCE para adoptar medidas restrictivas en la lucha contra el terrorismo internacional (véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat*, C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461).

competencias de la Unión—, la obligación de actuar del Consejo debiera asociarse a la conexión material de la sanción con el ámbito de aplicación del TFUE y no al enfoque de las sanciones. De ahí que fundamentar, como hace el TJ en *Neves*, la jurisdicción del TJUE en esta distinción del art. 215 TFUE se antoje un tanto endeble. Además, esta posición no deja de ser incoherente, pues no todas las medidas incluidas en una decisión PESC que establece medidas restrictivas dirigidas a un país tercero se ven replicadas en el correspondiente reglamento *ex art.* 215.1 TFUE, como es el caso de las restricciones de admisión o prohibiciones de entrada⁵³, sin que ello suponga una omisión del Consejo, como el propio Tribunal reconoció en *Bank Refah*⁵⁴.

Es, además, sorprendente que el TJ haya decidido recurrir al control del art. 40 TUE para fundar su competencia en el asunto *Neves*, si atendemos al limitado rol que esta cláusula ha venido jugando en sus deliberaciones sobre conflictos de base jurídica, especialmente desde la reforma del Tratado de Lisboa (Elsuwege, 2021: 1743) y que podría ser reflejo de la poca atención prestada por el TJ hacia las características diferenciadoras de la PESC que el art. 40 TUE protege. A modo de ejemplo, en el asunto sobre el *Acuerdo con Kazajistán*, el TJ decidió, en lugar de fundamentarse expresamente en dicho precepto, basarse directamente en el principio de equilibrio institucional para resolver la disputa de base jurídica (Wessel, 2021: 86)⁵⁵. Y, sin embargo, recurre ahora al art. 40 TUE para afirmar una competencia prejudicial de

⁵³ Sería el caso, por ejemplo, de la Decisión 2011/137/PESC del Consejo, de 28 de febrero de 2011, relativa a la adopción de medidas restrictivas en vista de la situación existente en Libia (DO L 58, de 3 de marzo de 2011, p. 53), art. 5; o, en relación con Rusia, la Decisión 2014/145/PESC del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DO L 78, de 17 de marzo de 2014, p. 16), tal y como fue modificada por la Decisión (PESC) 2022/329 del Consejo de 25 de febrero de 2022, art. 1.

⁵⁴ El TJ señaló que «las decisiones PESC y los reglamentos basados en el artículo 215 TFUE que tienen por objeto aplicarlas pueden no ser materialmente idénticos. En particular, por lo que respecta a las personas físicas, en las decisiones PESC pueden recogerse restricciones a la admisión en el territorio de los Estados miembros, sin que tales restricciones se reproduzcan necesariamente en los reglamentos basados en el artículo 215 TFUE» (Sentencia *Bank Refah Kargaran*, apdo. 41). Se observa claramente que no entendía que el art. 215 TFUE impusiese una obligación de actuar al Consejo, aun tratándose de una decisión PESC que establecía medidas restrictivas en relación con un país tercero, Irán en este caso.

⁵⁵ Sentencia del TJ de 4 de septiembre de 2018, Comisión/Consejo (Acuerdo con Kazajistán), C-244/17, EU:C:2018:662. Véase la somera referencia al art. 40 TUE contenida en la sentencia *Tanzania*, apdo. 42.

interpretación sobre una justificación un tanto discutible y, como luego señalaremos, con un alcance limitado.

1.2. Asunto KS y KD

Por lo que se refiere a la competencia, reconocida en *KS y KD*, para examinar recursos de indemnización por los perjuicios causados por actos de la PESC distintos de medidas restrictivas, no cabe anclar dicho poder en ninguno de los supuestos previstos en los arts. 24 TUE y 275 TFUE; y así lo confirma el TJ⁵⁶. No habría, en este caso, posibilidad de vincularlo al control del art. 40 TUE, ni tampoco al control de legalidad de medidas restrictivas frente a personas físicas y jurídicas dada la naturaleza de los actos generadores de los daños que, en este caso, serían actos y omisiones de las instituciones u órganos de la Unión relacionados con la ejecución de una misión u operación desplegada en un país tercero.

A continuación, tras justificar fundadamente que no cabe interpretar estos preceptos de los Tratados para modificar el sistema judicial que establecen, el TJ acepta controlar aquellos actos y omisiones que no estén directamente relacionados con elecciones políticas o estratégicas de la PESC/PESD, amparándose, según indica el propio Tribunal, en su línea jurisprudencial derivada de los asuntos *Elitaliana*, *H/Consejo* y *CSUE* en la que admitía su jurisdicción respecto de «actos sin contenido PESC» adoptados en el contexto de la PESC. Sin perjuicio de que el criterio elegido pueda parecernos acertado (Díez-Hochleitner, 2025), el hecho de que lo haga derivar de esta jurisprudencia no resulta, en mi opinión, ajustado a la *ratio decidendi* explicitada en las sentencias dictadas en dichos asuntos⁵⁷ (en sentido similar, Lonardo, 2024: 839). No nos hallamos en *KS y KD* ante actos que puedan entrar en el ámbito de aplicación del TFUE o vincularse con reglas adoptadas en su desarrollo, como los que eran cuestionados en los asuntos citados⁵⁸, lo que implica que el

⁵⁶ Sentencia *KS y KD*, apdos. 115-116.

⁵⁷ Véanse conclusiones presentadas por el abogado general Wahl el 7 de abril de 2016, *H/Consejo*, C-455/14 P, apdos. 60-61, en las que rechaza que la distinción entre *actes de gouvernement* y actos de aplicación, propuesta por la Comisión, hallase fundamento en los Tratados o en la jurisprudencia del TJUE.

⁵⁸ Tales como la adjudicación de contratos públicos regulada por el reglamento financiero aplicable al presupuesto general de la UE (*Elitaliana*), o los actos de gestión del personal referidos a agentes destinados en comisión de servicios por los Estados miembros a una misión de la PESC y que cabe asimilar a los litigios entre la Unión y sus agentes en virtud del art. 270 TFUE (*H/Consejo*; Heliskoski [2018: 10] considera, no obstante, artificial la calificación del acto que hace el TJ en esta sentencia). El Tribunal cita asimismo su

TJ debiera haber fundamentado mejor su decisión, más allá de destacar su consonancia con el tenor de los arts. 24 TUE y 275 TFUE y la preservación de su efecto útil⁵⁹.

Parece entonces acoger el TJ algo similar a la *political question doctrine* de los tribunales federales estadounidenses (Verellen, 2024; Elsuwege, 2017: 853-854; Butler, 2019: 202-213) o a la «doctrina de los actos de gobierno» en política exterior (Martín y Pérez de Nanclares, 2023: 98) que distingue entre estos, que quedarían exentos del control judicial ordinario, y los actos de gestión, cuya aceptación por el TJUE venía reclamando la Comisión en asuntos previos⁶⁰, que algunos abogados generales también habían planteado acoger⁶¹ y que también el Consejo defiende en *KS y KD*⁶². Sin perjuicio de que, llegado este momento, cabía esperar una justificación más detallada⁶³, nos preguntamos si el TJ no nos plantea un criterio de exclusión jurisdiccional cercano al que ya viene aplicando en otros ámbitos políticos cada vez que se resiste a valorar las elecciones políticas que subyacen a las normas que adoptan las instituciones de la Unión aceptando su margen de apreciación política, sin que los Tratados prevean ninguna limitación competencial a estos efectos. Es, en efecto, especialmente notoria en relaciones exteriores la *hands off position* del TJUE respecto de opciones políticas sustantivas, centrando su control de la acción exterior de la Unión en cuestiones de delimitación competencial y equilibrio institucional principalmente (Cremona, 2014).

sentencia en el asunto *CSUE* (apdo. 66), también referido a decisiones del Centro de Satélites de la UE considerados como actos de gestión del personal. El Consejo y el SEAE sí argumentan, a mi juicio correctamente, en *KS y KD*, que no nos hallamos ante actos que, pese a haber sido adoptados con fines operativos por una entidad del ámbito de la PESC, se basen en el TFUE, sino ante actos u omisiones que se encuadran en cuestiones políticas o estratégicas de la PESC (apdo. 105 y ss.).

⁵⁹ Sentencia *KS y KD*, apdo. 119.

⁶⁰ Véanse sus alegaciones en *H/Consejo*, apdo. 32.

⁶¹ Véanse las Conclusiones presentadas por el abogado general Wathelet el 31 de mayo de 2016, Rosneft, C-72/15, EU:C:2016:381, apdo. 52 y su correspondiente nota a pie; también las Conclusiones del abogado general Bobek de 19 de marzo de 2020, *CSUE*, C-14/19 P, EU:C:2020:220, especialmente apdo. 83.

⁶² Sentencia *KS y KD*, apdos. 105-108.

⁶³ De hecho, al valorar la primera parte del recurso de casación, el TJ cita la jurisprudencia del TEDH que acoge la limitación constitucional de las competencias de los tribunales nacionales sobre actos del Estado que no puedan desligarse de sus relaciones internacionales (sentencia *KS y KD*, apdo. 78) y que, sin embargo, no menciona en la segunda parte de su sentencia en la que reconoce la distinción entre actos de gobierno y actos de ejecución.

Al asumir ahora esta posición conectándola con la línea jurisprudencial de los asuntos *Elitaliana* y *H/Consejo*, y habiendo descartado la aplicación de las «excepciones a la excepción», entendemos que el Tribunal se está limitando a aclarar el sentido que ha de darse a las disposiciones y actos de la PESC a que se refieren los arts. 24 TUE y 275 TFUE, para así confirmar que la falta de competencia judicial en esta política solo es aplicable a aquellos actos que supongan verdaderas elecciones políticas o estratégicas. La consecuencia de este planteamiento podría paradójicamente conducir a negar el efecto útil de los arts. 24 TUE y 275 TFUE, al privar a estos preceptos de relevancia para definir la jurisdicción del TJUE en la PESC (Grossio, 2024). En mi opinión, sin embargo, la respuesta del TJ nos lleva a entender que las disposiciones o actos de la PESC respecto de los que el TJUE no es competente son aquellos que suponen elecciones políticas o estratégicas y que, en consecuencia, las «excepciones a la excepción» que estos preceptos contemplan se aplican únicamente a ese mismo tipo de actos, pero respecto de los que es necesario prever un control judicial, bien para controlar el respeto de los principios de equilibrio institucional y de coherencia que el art. 40 TUE garantiza, bien para asegurar la tutela judicial efectiva de los individuos afectados por medidas restrictivas, las cuales son, sin duda, el resultado de una elección política o estratégica. Los restantes actos de la PESC, esto es, aquellos que puedan ser considerados «de gestión», no estarían —en puridad, nunca lo habrían estado— excluidos de la competencia general del TJUE, confirmándose la posibilidad de plantear cualquier acción procesal contra ellos. No obstante, por mucho que el TJ pretenda hacer ver que esta solución establecida en su sentencia *KS y KD* se ancla en los Tratados y no hace más que continuar su jurisprudencia previa, esto supone, en mi opinión, un evidente «golpe de timón» que no resulta fácil de encajar en dicha jurisprudencia, ni vincular con la intención de los autores de los Tratados.

En todo caso, y sin perjuicio de que no interferir con el margen de discrecionalidad del ejecutivo en decisiones de política exterior pueda resultar adecuado, la distinción que establece el TJ entre actos que suponen elecciones políticas o estratégicas y actos de gestión no está exenta de controversia. La aplicación al caso concreto de esta diferenciación no resulta evidente y el TJ no aporta tampoco criterios o parámetros a tener en cuenta, por lo que su valoración quedará a la discreción del Tribunal (en este sentido, Grossio, 2024; Lonardo, 2024: 843; Elsuwege, 2017: 853)⁶⁴. Y podemos

⁶⁴ Serán complicaciones adicionales la dificultad que supondrá probar, respecto de misiones de la PESC, una violación suficientemente caracterizada, no una mera infracción, de una norma superior de derecho y la relación de causalidad entre la

calificar ya de discutible el resultado al que llega el TJ en el caso de *KS y KD*, pues no se comprende, por ejemplo, que siendo, para el Tribunal, la asignación de recursos financieros a la Misión EULEX Kosovo una elección política o estratégica, no lo sea, a juicio del mismo Tribunal, la asignación de personal idóneo a la misión o la decisión de no someter las acciones de la misión a vías de recurso, sin aportar una justificación sustantiva que permita diferenciarlas⁶⁵.

2. LOS PRINCIPIOS DE ESTADO DE DERECHO Y DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO FUNDAMENTACIÓN

En ambas sentencias, el Tribunal de Justicia recurre, en su argumentación, a los valores de la Unión y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, recordando que la inclusión de la PESC en el marco constitucional de la UE implica que estos son también aplicables a esta política⁶⁶, tal y como expresamente establece el art. 23 TUE⁶⁷. En particular, el TJ pone el énfasis en los principios de Estado de derecho y de respeto de los derechos fundamentales, particularmente el de tutela judicial efectiva, pero también en los de atribución y equilibrio institucional como límites a la extensión de su jurisdicción.

2.1. Asunto Neves 77 Solutions

En *Neves*, la sentencia se refiere adicionalmente a la garantía de «la necesaria coherencia del sistema de tutela judicial establecido por el Derecho de la Unión», recordando que «la propia existencia de un control jurisdiccional efectivo destinado a garantizar el cumplimiento de [sus] disposiciones [...] es inherente a la existencia del Estado de derecho»⁶⁸, como ya había indicado previamente en *H/Consejo, Rosneft y Bank Refah Kargaran*. Subraya asimismo cómo el procedimiento prejudicial contribuye esencialmente a preservar este valor, conduciéndole incluso a mencionar los arts. 2 y 21 TUE

violación y el daño causado, lo que conduce a Spaventa a cuestionar la efectividad de la tutela judicial proporcionada (2023); o también la complejidad, para el control judicial, que se deriva de la atribución del acto u omisión generador del daño a la institución u organismo de la Unión responsable (Cremona, 2017: 677-681).

⁶⁵ Sentencia *KS y KD*, apdos. 126 a 128.

⁶⁶ Sentencia *KS y KD*, apdo. 68; sentencia *Neves*, apdo. 51.

⁶⁷ Por referencia al capítulo 1 del TUE y que, a estos efectos, engloba los arts. 2, 3.5 y 21 TUE.

⁶⁸ Sentencia *Neves*, apdo. 51.

como base de su poder de interpretación de disposiciones PESC que establecen medidas restrictivas de alcance general.

A mi juicio, no resulta, sin embargo, fácil de vincular la cuestión prejudicial de interpretación de este tipo de disposiciones de la PESC a la protección de la tutela judicial efectiva y, por ende, a la coherencia del sistema. Por una parte, no nos hallamos ante una acción procesal a la que un particular tenga derecho a recurrir, sino ante un mecanismo de cooperación judicial, que no pierde dicho carácter pese a la progresiva «subjetivización» que el TJ viene aportando a la cuestión prejudicial (Sarmiento, 2022: 466). Por otra, son la interpretación y aplicación uniformes de las normas del derecho de la UE los objetivos que la vía del art. 267 TFUE persigue, así como la unidad del ordenamiento jurídico y la exigencia fundamental de seguridad jurídica, tal y como subraya el TJ en su sentencia retomando *Rosneft*⁶⁹. Y, sin embargo, estos fines, que sin duda deben ser perseguidos en el seno de la PESC al igual que en las restantes políticas, fueron sustraídos del poder de los tribunales de la Unión⁷⁰.

Además, téngase en cuenta que el TJ, al no fundar su competencia en el párrafo segundo del art. 275 TFUE, acepta, en Neves, interpretar disposiciones cuya legalidad rechazó valorar en *Rosneft*⁷¹, puesto que Luxemburgo ha venido manejando, basándose en dicho precepto, un concepto de medidas restrictivas limitado a aquellas de alcance individual⁷². Precisamente en *Rosneft*, no se tomó en consideración la protección de la tutela judicial efectiva ante prohibiciones de alcance general aplicables a un conjunto de personas físicas y jurídicas que, si bien definidas en términos abstractos, podrían igualmente ver vulnerados sus derechos fundamentales. La coherencia del sistema de tutela judicial, que ahora vuelve a invocarse y que tanta relevancia adquirió en *Rosneft*, habría aconsejado admitir en dicho asunto una interpretación extensiva de la competencia del TJUE en virtud del art. 275, párrafo segundo, TFUE para calificar de «medidas restrictivas frente a

⁶⁹ *Ibid.*, apdo. 50; sentencia *Rosneft*, apdo. 80.

⁷⁰ Conclusiones de la abogada general Čapeta en *Neves*, apdo. 77.

⁷¹ Apdos. 96-99. En este sentido se pronunció también el AG Whatelet en el apdo. 85 de sus conclusiones al asunto *Rosneft*.

⁷² Sentencia *Rosneft*, apdo. 103; Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2013, Gbagbo y otros/Consejo, C-478/11 P a C-482/11 P, EU:C:2013:258, apdo. 57. Nótese, no obstante, que el TG acepta la excepción de ilegalidad respecto de disposiciones de alcance general de una decisión PESC que establece medidas restrictivas (*National Iranian Oil Company*). Afirmar que el art. 275 TFUE no distingue entre decisiones de alcance general o individual (como hace el TG en el apdo. 93) no se compadece con la jurisprudencia antes citada.

personas físicas o jurídicas» a todas aquellas que se apliquen a personas individuales, aunque no estén identificadas nominalmente⁷³.

En las dudas interpretativas que pueda plantearse el juez nacional cuando debe valorar si la ejecución nacional de la decisión PESC que establece medidas restrictivas ha provocado una vulneración de los derechos individuales, sí reencontramos la protección de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, tendría razón la abogada general Čapeta cuando señala, en sus conclusiones al asunto *Neves*, que las disposiciones cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional nacional no son las de la decisión PESC del Consejo, sino las que protegen los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados al aplicar las medidas restrictivas. De ahí que plantease, a mi entender correctamente, aceptar las dos primeras cuestiones prejudiciales de interpretación por cuanto versaban sobre preceptos de derecho originario, principalmente de la CDFUE, cuyo respeto por parte de las medidas nacionales de aplicación de la decisión PESC cuestionaba el órgano jurisdiccional remitente. Esta argumentación, que seguramente sea aplicable en multitud de supuestos, habría permitido al TJ evitar justificar su competencia prejudicial en la conexión —un tanto enrevesada— con el art. 40 TUE.

Asimismo, se deduce de la sentencia *Neves* que, si la decisión PESC adoptada por el Consejo hubiera sido íntegramente desarrollada en un reglamento *ex art.* 215 TFUE, no cabría entonces la cuestión prejudicial de interpretación porque la aplicación uniforme de las disposiciones de la decisión vendría asegurada por el propio reglamento y porque las dudas del juez nacional podrían resolverse a través de una cuestión prejudicial sobre este. De hecho, si los mismos hechos de *Neves* se repitieran a día de hoy, esta misma cuestión prejudicial no sería admisible sobre la base del criterio utilizado por el TJ al haber sido ya incorporada la prohibición del art. 2.2.a) de la Decisión 2014/512/PESC en el Reglamento 2023/1214, como indica el propio Tribunal en su

⁷³ No obviamos que, de aceptarse un alcance más amplio para las «medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas» del art. 275, párrafo segundo, TFUE, el problema residiría en la justificación de los requisitos de legitimación activa que el art. 263, párrafo cuarto, TFUE exige para el recurso de anulación. Tales requisitos podrían, sin embargo, limitarse a la afectación directa al hallarnos ante «actos reglamentarios» y no actos legislativos, tal y como estableció la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo, C-872/19, EU:C:2021:507 (apdo. 92), que admitió la legitimación activa, en tanto que persona jurídica, de un Estado tercero contra el que pueda ir dirigida una medida restrictiva (Martín y Pérez de Nanclares, 2023: 103). En este asunto solamente se valoró el recurso de anulación contra el reglamento *ex art.* 215 TFUE al no prosperar la inclusión de la correspondiente decisión PESC en el escrito de adaptación de la demanda, pero la calificación del acto sería la misma en ambos casos.

sentencia⁷⁴, y sobre el que goza de jurisdicción completa. Ello limita considerablemente el alcance de la competencia prejudicial de interpretación que se reconoce en *Neves*, una competencia efímera que será únicamente de aplicación cuando el Consejo obvie replicar en un reglamento *ex art.* 215 TFUE alguna medida restrictiva adoptada en la previa decisión PESC.

En este sentido, cabría preguntarse si la competencia prejudicial englobaría las disposiciones de la decisión PESC que contienen prohibiciones de entrada en el territorio de los Estados miembros, ya que estas, por regla general y como antes apuntamos, no vienen siendo replicadas por el Consejo en los reglamentos del art. 215 TFUE⁷⁵, a pesar de entrar en el ámbito de aplicación del apdo. 1 de dicho precepto⁷⁶. Aunque, en puridad, estas disposiciones responderían al criterio jurisdiccional afirmado por el TJ en *Neves*, es dudoso que podamos calificar a esta práctica de «omisión» por parte del Consejo, en atención tanto al sentido del art. 215 TFUE como al planteamiento del propio Tribunal en *Bank Refah Kargaran* antes subrayado⁷⁷.

Si bien la práctica muestra que el recurso a la cuestión prejudicial de validez ha sido testimonial desde su reconocimiento en *Rosneft* (Martín y Pérez de Nanclares, 2023: 108) como ya presagiara Martínez Capdevila (2018), no cabe *a priori* predicar ese mismo carácter residual respecto del futuro recurso a la cuestión prejudicial de interpretación, si no fuera por los limitados y difusos contornos que acaba de dibujar el TJ para su aplicación.

2.2. Asunto KS y KD

En *KS y KD*, además de recordar también la relevancia del principio de Estado de derecho, el TJ menciona explícitamente el art. 47 de la Carta para

⁷⁴ Sentencia *Neves*, apdo. 59.

⁷⁵ Sin que quepa justificar dicha ausencia en una eventual reserva competencial estatal, ya que la Unión es competente, a través de su política de inmigración, para regular la admisión y, en particular, la expulsión de extranjeros (art. 79.2.c TFUE), teniendo las prohibiciones de entrada carácter normativo, con independencia, por tanto, de que su ejecución siga en manos de las autoridades nacionales. Véase el art. 11 de la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98).

⁷⁶ Como antes señalamos, nótese que las restricciones de admisión y tránsito a personas físicas se aplican también a dirigentes del país tercero que es objeto de las medidas restrictivas o a individuos que mantengan un vínculo suficiente con el régimen gobernante.

⁷⁷ *Supra* nota 54.

indicar que el derecho a la tutela judicial efectiva «no puede crear una competencia para el Tribunal de Justicia cuando los Tratados la excluyen»⁷⁸, lo que podría parecer casi una provocación (Martínez Capdevila, 2021: 221), observando que luego, en la segunda parte del recurso de casación, reconocerá una competencia para conocer del recurso de indemnización basada en un criterio que no cabe deducir de los arts. 24 TUE y 275 TFUE.

Con todo, la solución que aporta el TJ en su sentencia *KS y KD* resulta, a mi entender, más adecuada que la sugerida por la abogada general. En sus conclusiones, Capeta, haciéndose eco de las observaciones de la Comisión⁷⁹, proponía extender el control del TJUE a todo acto de la PESC que pudiera menoscabar un derecho fundamental, indicando que no podía ser la intención de los autores de los Tratados, al incluir la limitación jurisdiccional en esta política, aceptar que sus actos escaparan de control judicial ante vulneraciones de derechos fundamentales⁸⁰. Entiendo posible descartar esta argumentación por cuanto que supone fundamentar una extensión de la competencia jurisdiccional del TJUE en el motivo que subyace a la ilegalidad del acto y no en la naturaleza de este, lo que obligaría al Tribunal a examinar el fondo del recurso para poder declararlo admisible⁸¹. El TJ rechaza, acertadamente, este planteamiento, pues ello supondría privar a los arts. 24 TUE y 275 TFUE «de parte de su efecto útil y quebrantar los principios de atribución y de equilibrio institucional», refiriéndose así a estos principios como límite a la extensión de su competencia⁸². Y recurre, a continuación, a su jurisprudencia previa, en particular la sentencia en el asunto *Carvalho*, cuya lectura errónea había sido imputada al TG por los recurrentes⁸³. En ella, el TJ ya había excluido que la violación de derechos fundamentales por parte de una directiva medioambiental pudiera servir de base por sí sola para declarar admisible un recurso de anulación planteado por un particular, por cuanto que supondría privar de efecto útil al apartado cuarto del art. 263 TFUE⁸⁴. Esta analogía con la legitimación activa de los

⁷⁸ Sentencia *KS y KD*, apdo. 71. Véase asimismo sentencia *Rosneft*, apdo. 74.

⁷⁹ Conclusiones de la abogada general Capeta en *KS y KD*, apdo. 106.

⁸⁰ *Ibid.*, apdo. 115.

⁸¹ O a declarar la admisibilidad de todo recurso en el que se alegue una violación de derechos fundamentales, aunque se desestime luego en cuanto al fondo (Díez-Hochleitner, 2025).

⁸² Sentencia *KS y KD*, apdo. 73.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, *Carvalho/Parlamento Europeo y Consejo*, C-565/19 P, EU:C:2021:252.

⁸⁴ *Ibid.*, apdo. 73. Tampoco acepta el TJ la alegación fundada en el asunto *Ledra*, en el que se había reconocido competente para conocer de un recurso de indemnización

demandantes no privilegiados en el recurso de anulación, abordada en el asunto *Carvalho*, llama la atención dado que precisamente el TJ no aceptó aportar, en su jurisprudencia previa, una interpretación amplia del requisito de «afectación individual», sino que apuntó, como única solución, a la reforma de los Tratados⁸⁵, la cual se produjo con el Tratado de Lisboa (Martínez Capdevila, 2018).

El reconocimiento de la competencia para conocer de recursos de indemnización por causa de acciones operativas de la PESC que el TJ realiza en *KS y KD* supone, sin duda, una mejora en la protección de la tutela judicial efectiva, demostrando además cómo, en la práctica, las misiones civiles o militares de esta política pueden, a pesar de las dudas (Elsuwege, 2021: 1752), producir violaciones de derechos fundamentales que deberán ser asumidas por la Unión cuando la ejecución de las misiones se realice bajo su responsabilidad. Pero no podemos pasar por alto que esta preocupación del Tribunal por el sometimiento de la UE al Estado de derecho y la protección de la tutela judicial efectiva del individuo en el marco de la PESC sigue resultando un tanto incoherente con la que mantuvo el mismo TJ respecto de la interpretación de las condiciones de legitimación activa de los particulares en el recurso de anulación tal y como acabamos de señalar; o también con su postura restrictiva a propósito de la justiciabilidad de los acuerdos internacionales concluidos por la UE como parámetro de validez de normas de derecho derivado. Recordemos que las consideraciones de reciprocidad y la especial naturaleza del derecho de la OMC hacen «the Union less subject to respect of the rule of law» (Poli, 2022: 1070), al no ser posible cuestionar la legalidad de normas de la Unión incompatibles con sus obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC y sin que el principio de Estado de derecho haya movido al TJ a modificar su posición hasta el momento.

frente a violaciones de derechos fundamentales atribuibles a instituciones de la UE en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilidad dado que la CDFUE también se aplica cuando estas actúan fuera del marco jurídico de los Tratados (Sentencia del TJ de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising/Comisión y BCE*, C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701). El TJ descarta trasladar aquí esta argumentación, puesto que el MEDE —como es lógico— no está comprendido en las disposiciones del Tratado que limitan la competencia del TJUE, como sí es el caso de la PESC (sentencia *KS y KD*, apdos. 74-76).

⁸⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores, C-50/00 P, EU:C:2002:462, apdo. 45; de 1 de abril de 2004, Comisión/Jégo-Quéré, C-263/02 P, EU:C:2004:210, apdo. 36; de 27 de febrero de 2007, Gestoras Pro-Amnistía/Consejo, C-354/04 P, EU:C:2007:115, apdo. 50.

3. IMPLICACIONES PARA LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE: EL ROL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES Y LA FUTURA ADHESIÓN AL CEDH

Ciertamente, el sistema judicial establecido por los Tratados no permite considerar que la tutela judicial efectiva no esté garantizada por no disponer el TJUE de plena jurisdicción respecto de determinados actos de la UE, dado que corresponde a los tribunales nacionales asegurarla en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión⁸⁶, asumiendo así estos un rol que complementa al de Luxemburgo (Hillion y Wessel, 2018). En consecuencia, resulta legítimo preguntarse si podrían los órganos jurisdiccionales nacionales asumir las competencias de las que carece el TJUE en la PESC⁸⁷.

La abogada general Kokott, en su opinión al Dictamen 2/13, había subrayado el papel de los jueces nacionales para asumir el control de la PESC cuando no existiera una vía directa de acceso a los tribunales de la Unión. Se extendía Kokott, en aquella ocasión, en la función de control de legalidad de los actos de la PESC que, a su juicio, debían realizar los tribunales nacionales, descartando la aplicación de la doctrina *Foto-Frost* y, con ella, el monopolio de que goza el TJUE a estos efectos en los restantes ámbitos de actuación de la Unión⁸⁸. El TJ, sin embargo, dejó claro, en el asunto *Rosneft*, que también en la PESC le correspondía, en exclusiva, la facultad de declarar la nulidad de los actos de la UE, asumiendo además encontrarse en mejores condiciones para ejecutar ese control al propiciar el procedimiento prejudicial una más adecuada intervención de las instituciones de la Unión y de sus Estados miembros⁸⁹.

Ahora, en *KS y KD*, el TJ recalca también su poder exclusivo para pronunciarse, «con exclusión de los órganos jurisdiccionales nacionales»,

⁸⁶ Art. 19.1, párrafo segundo, TUE dispone que «los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Véase asimismo el art. 274 TFUE.

⁸⁷ Véase la propuesta que Spaventa infiere del deber de respetar la CDFUE consistente en incluir, en todo acto de la PESC, una cláusula indicando el tribunal nacional competente para su control (Spaventa, 2024: 60-61).

⁸⁸ Apdos. 96-100 de su opinión. Nótese, sin embargo, que la abogada general Kokott no reconoció el poder de los jueces nacionales de anular actos de la PESC, sino el deber de analizar «la compatibilidad con las normas superiores del Derecho de la Unión [...] y, en caso de que sean incompatibles, dejarlos inaplicados en el litigio de que se trate» (apdo. 100, énfasis añadido).

⁸⁹ Sentencia *Rosneft*, apdo. 79.

sobre los recursos de responsabilidad extracontractual de la UE previstos en el art. 268 TFUE⁹⁰. Aunque el Tribunal lo hace para subrayar que dicho poder no le permite ampliar sus competencias más allá de lo dispuesto en los Tratados, la abogada general Čapeta utiliza este argumento para rechazar que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan conocer de pretensiones de indemnización contra las medidas adoptadas por una misión de la UE⁹¹ y, por tanto, concluir que es el TJUE quien debe examinarlas⁹².

Por su parte, al extender, en *Neves*, su competencia para conocer de cuestiones prejudiciales de interpretación en relación con determinados actos de la PESC, el TJ insiste en la necesidad de evitar las divergencias interpretativas que surgirían de las jurisdicciones nacionales y, por tanto, en asegurar la aplicación uniforme y la unidad del ordenamiento jurídico de la UE que el art. 267 TFUE trata de garantizar⁹³. Cabe, en consecuencia, inferir de ambos asuntos que el rol complementario que los jueces nacionales deben ejercer en la PESC sigue generando cierta desconfianza para el TJUE, contribuyendo estas sentencias a afianzar su defensa de la autonomía del ordenamiento de la Unión en su vertiente interna.

Por lo que se refiere a la dimensión externa del principio de autonomía, la abogada general Čapeta menciona explícitamente, al inicio de sus conclusiones a ambos asuntos, que estos se inscriben en el contexto más amplio de las negociaciones relativas a la adhesión de la UE al CEDH⁹⁴. Hace hincapié en cómo el control judicial de la PESC constituye precisamente la «cuestión pendiente» de resolver entre las objeciones que el TJUE había

⁹⁰ Sentencia *KS y KD*, apdo. 91.

⁹¹ Invocando tanto el art. 19 TUE como el art. 274 TFUE, Wahl se había, sin embargo, pronunciado, en sus conclusiones en *H/Consejo*, a favor de esta competencia nacional (apdos. 41 y 103). Nótese, a estos efectos, que KS y KD acudieron, tras la desestimación del recurso de indemnización por parte del TG, a la vía nacional y que el tribunal británico rechazó, en el asunto *Tomanovic*, su jurisdicción para conocer de recursos de responsabilidad de la UE. Para un análisis del contenido de su pronunciamiento, véase Díez-Hochleitner (2025).

⁹² A estos efectos, resulta de interés la argumentación que desarrolla la AG en este punto subrayando las dificultades para determinar qué órgano jurisdiccional nacional debiera conocer del asunto y rechazando la posibilidad de que lo asumieran los tribunales del Estado miembro que ostente la presidencia del Consejo, sin particular vinculación con el caso; los tribunales de cualquier Estado miembro, lo que se traduciría en *forum shopping*; o incluso la creación de un nuevo órgano jurisdiccional común para conocer de las vulneraciones de derechos fundamentales en la PESC (apdos. 137-140). Véase Martinelli (2023).

⁹³ Sentencia *Neves*, apdo. 50.

⁹⁴ Conclusiones de la abogada general Čapeta en *Neves*, apdo. 4, y en *KS y KD*, apdo. 4.

opuesto a dicha adhesión en su Dictamen 2/13 y que ya habrían sido cerradas durante las negociaciones en curso. En efecto, muchas voces han venido vinculando la jurisprudencia de Luxemburgo relativa a su competencia jurisdiccional en la PESC a la futura adhesión al CEDH, aspiración del mandato contenido en el art. 6.2 TUE y que no ha podido ser realizado hasta el momento, y también han confiado o celebrado que los pronunciamientos en *Neves y KS y KD* aquí comentados continúen la senda de la supresión de obstáculos a la consumación de dicha adhesión (Sarmiento e Iglesias, 2024; Martinelli, 2023).

Así, además de ayudar a precisar mejor las limitaciones a la jurisdicción del TJUE en la PESC que habían quedado abiertas en el Dictamen 2/13, estas extensiones competenciales —como destaca la abogada general Čapeta en *KS y KD*— dejarían claro que los actos de la PESC sometidos a la jurisdicción del TEDH por vulnerar los derechos fundamentales no estarían sustraídos de la competencia del TJUE; y se salvaguardaría la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, al evitar que un órgano judicial externo pueda pronunciarse sin que el juez de la Unión haya podido hacerlo previamente, o, lo que es lo mismo, garantizaría, como describió el Gobierno checo, que «todo tren con destino a Estrasburgo tiene que hacer antes parada en Luxemburgo»⁹⁵. Y aunque el TJ no ha seguido el criterio de la abogada general y se ha reconocido competente, en *KS y KD*, para examinar recursos de responsabilidad extracontractual de la Unión con un alcance más limitado⁹⁶, diríamos que el derecho de la UE va acercándose, no obstante, al escenario que dibuja Čapeta en sus conclusiones y, por tanto, a la adhesión al Convenio.

Será, sin duda, digno de celebrar el día en que la UE acceda a un mecanismo judicial de control externo ejercido por el TEDH y por el que, a través de la legitimación procesal del individuo, se complete el sistema de protección de derechos fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión. Sorprende constatar, sin embargo, el cambio de posición del TJUE a estos efectos. De oponer a la adhesión la salvaguardia de la autonomía del ordenamiento jurídico que se le ha encargado proteger, el monopolio de su propia jurisdicción y su falta de control sobre la PESC, el TJ ha pasado, respecto de este último aspecto, a extender lo más posible sus competencias, hasta quizás forzarlas, acercándose así a eliminar el último escollo que separa a Luxemburgo de Estrasburgo. Ante el riesgo de ser tachado de

⁹⁵ Apdos. 147-150 de las conclusiones en *KS y KD*.

⁹⁶ A pesar de ello, nótese que el propio TEDH, como indica el TJ en su sentencia (apdo. 78), acepta las limitaciones a la intervención judicial en actos de gobierno ligados al desarrollo de sus relaciones internacionales.

incoherente, parece que el TJ intenta mostrar, no obstante, cómo su pronunciamiento, en *KS y KD*, no se aparta tanto de su posición en el Dictamen 2/13 (Editorial, *CMLR*, 2024). Por ello, insiste el Tribunal en que ni la violación de derechos fundamentales que pueda producir un acto u omisión de la PESC, ni el mandato de adhesión al CEDH pueden ampliar la jurisdicción del TJUE sobre la PESC⁹⁷ y se explica también que fundamentalmente su poder de examinar la responsabilidad extracontractual de la UE en la limitación misma del concepto de actos de la PESC que manejan los arts. 24 TUE y 275 TFUE, derivada de una (nueva) lectura de su jurisprudencia anterior.

¿Es posible que el TJ esté entonces instrumentalizando una interpretación forzada de los Tratados para posibilitar la ansiada incorporación de la UE al Convenio? No tenemos clara la respuesta, pero la adhesión al CEDH se presenta como una empresa de tal calibre que hace preferible acometer una reforma de los Tratados en la que fueran sus autores, los Estados miembros, quienes completasen la «constitucionalización» de la PESC, al menos en su vertiente de control judicial⁹⁸, para así asegurar la tutela judicial efectiva en el conjunto de los ámbitos de actuación de la Unión. Una reforma del derecho originario a través de la vía ordinaria que prevé el art. 48 TUE aportaría legitimidad tanto al proceso como a sus implicaciones (Johansen, 2024), aunque se haga difícil obviar que la intención favorable de los autores del Tratado a la adhesión de la UE al CEDH ya es bien conocida desde su consagración en el art. 6.2 TUE. Una modificación de los Tratados sí que evitaría forzar en exceso la interpretación de sus disposiciones hasta el punto de reescribirlas a la luz del respeto de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva⁹⁹, en detrimento además de otros principios también fundamentales del derecho de la UE, como los de atribución y equilibrio institucional, aplicables también a la PESC como el propio Tribunal recuerda en su sentencia *KS y KD*¹⁰⁰.

⁹⁷ En particular, incide el TJ (apdo. 82) en cómo el derecho originario ya aclara que el eventual acuerdo de adhesión al CEDH no puede afectar a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, como se desprende del Protocolo (n.º 8) sobre el apdo. 2 del art. 6 TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio.

⁹⁸ Véase Butler (2023) en contra de considerar que el TJ pudiera resolver definitivamente, en *KS y KD*, el camino a la adhesión al Convenio.

⁹⁹ Como señala Poli, si el TJ mantiene que la PESC conserva rasgos distintivos respecto de otras áreas del derecho de la UE, solo una reforma de los Tratados puede conducir a una completa «judicialización» de la PESC (2022: 1057).

¹⁰⁰ Sentencia *KS y KD*, apdo. 72.

IV. CONCLUSIONES

El TJUE nos tiene ciertamente acostumbrados a interpretaciones creativas de los Tratados por las que ha realizado contribuciones de enorme relevancia y alcance para la UE y su ordenamiento jurídico (Andrés Sáenz de Santa María, 2017: 893). Podemos pensar en el reconocimiento, en el asunto *Los Verdes*, de legitimación pasiva al Parlamento Europeo en el recurso de anulación, o la aceptación de su legitimación activa en el mismo recurso, en *Chernobyl*, cuando los Tratados no le conferían explícitamente estas facultades, por citar solamente algunos ejemplos clásicos estrictamente relacionados con el control jurisdiccional.

No obstante, la extensión de competencias que el TJUE viene, en los últimos años, arrogándose en el ámbito de la PESC no se estaría solamente apartando de la intención de los autores de los Tratados, sino que estaría privilegiando ciertos principios fundamentales del derecho de la UE sobre otros del mismo ordenamiento, sin que quepa sostener una relación jerárquica entre ellos. Como recordara el abogado general Wahl, la interpretación de sus propias competencias encuentra límites en los principios de atribución y equilibrio institucional, que impiden al TJUE ampliar sus poderes más allá del tenor de las disposiciones del derecho originario o crear nuevas soluciones no previstas en este¹⁰¹. La efectividad de los principios de atribución y equilibrio institucional suele venirnos a la mente como freno a las actuaciones *ultra vires* de otras instituciones de la UE como la Comisión o el Consejo, olvidando quizás que también son exigibles al encargado de controlar su respeto.

Al mismo tiempo, ha de reconocerse que el objetivo final, que resulta de la jurisprudencia del TJUE en que se inscriben las sentencias aquí analizadas, de extender al máximo su propia jurisdicción respecto de la PESC resulta ineludible en un ordenamiento jurídico que pretende ser unitario, coherente y completo. En un sistema normativo de estas características, ninguna política debe quedar excluida del control de los órganos jurisdiccionales, tanto nacionales como de la Unión. La protección de los derechos individuales, pero también la responsabilidad del cumplimiento de las normas vigentes por parte de los Estados miembros y las instituciones de la UE, ambos fines conformadores del principio de Estado de derecho, deben primar. Y dado que resulta difícilmente compatible sostener que la Unión se basa en el Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales y, a la vez, mantener esta situación de excepcionalidad respecto de la PESC, las interpretaciones imaginativas de la letra de los Tratados se antojan tolerables (Butler,

¹⁰¹ Conclusiones del AG Wahl en *H/Consejo*, apdo. 49.

2017: 207), pero han de motivarse sólidamente y ser coherentes entre sí en este y otros ámbitos (Martínez Capdevila, 2018). A la postre, habrá de asumirse que se está «creando» derecho con todas las implicaciones que ello conlleva para los principios de atribución, equilibrio institucional, seguridad jurídica y, en definitiva, el mismo Estado de derecho que se busca garantizar.

A la luz de estos principios, procede plantearse dos últimos interrogantes antes de concluir este análisis. En primer lugar, cabe preguntarse por qué el TJUE no explota también al máximo el potencial de otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE para que los avances en la «normalización» de la PESC no se limiten a su control judicial, esto es, a sus propias atribuciones. Estamos pensando en el principio de democracia y en la necesaria ampliación de los poderes del Parlamento Europeo en la PESC, cuyo limitado rol ha sido hasta ahora visto por el TJ como resultado de la voluntad de los autores del Tratado¹⁰², lo que contrasta con su insistencia en la interpretación restrictiva de las limitaciones a su propia jurisdicción (Cremona, 2017: 686).

Un segundo interrogante nos conduce a plantearnos si quedan cauces procesales no explorados todavía en el ámbito de la PESC y que podrían ser declarados admisibles en virtud de los principios fundamentales que sustentan las extensiones competenciales que ha venido reconociendo el TJUE. Entiendo que no habría obstáculo en aceptar, por parte del TJ, su jurisdicción sobre recursos de omisión en virtud del art. 275, párrafo segundo, TFUE, puesto que este recurso ha sido tradicionalmente presentado por el TJUE como la «otra cara de la moneda» del recurso de anulación y podría inferirse del poder de control de la legalidad de una conducta, pasiva en este caso, atribuible a las instituciones de la UE (Grossio, 2024; Martín y Pérez de Nanclares, 2023). Cabría, no obstante, interrogarse acerca de la viabilidad práctica de constatar la omisión de una obligación vinculante respecto de medidas restrictivas de alcance individual. Estaríamos de acuerdo en negar la competencia del TJUE para conocer del recurso de incumplimiento contra un Estado miembro de una disposición o acto de la PESC, al no fundamentarse, a pesar de la coherencia del sistema, en los principios de tutela judicial efectiva y Estado de

¹⁰² C-130/10, *Parlamento Europeo/Consejo*, apdos. 81-82. Si bien cabría afirmar que el TJ procedió a extender, con fundamento en el principio democrático, el papel del Parlamento Europeo en la PESC en relación con el derecho de información previsto en el art. 218.10 TFUE (C-658/11, *Acuerdo con Mauricio*, apdos. 80-86; C-263/14, *Acuerdo con Tanzania*, apdos. 70-71), cierto es también que se limitó a confirmar esta facultad parlamentaria que los Tratados no excluían de un procedimiento previsto en el TFUE y aplicable a la celebración de cualquier acuerdo internacional, incluidos, por tanto, los referidos a la PESC.

derecho (Martínez Capdevila, 2021: 225), si bien cabría derivar también de este último, como se desprende de la argumentación del propio Tribunal, la necesidad de un control judicial que garantice el cumplimiento de las normas del derecho de la UE y que permita sancionar sus infracciones.

En todo caso, tras la sentencia dictada en *KS y KD*, cabe aventurar que cualquier cauce procesal dirigido contra actuaciones de la PESC que no constituyan elecciones políticas o estratégicas, sino actos de gestión administrativa, será admisible, asumiendo que esta distinción se mantendrá en su jurisprudencia futura al interpretar el ámbito de aplicación de los arts. 24 TUE y 275 TFUE. Y sería posible también augurar que, tras su sentencia *Neves*, el TJ pudiera volver a pronunciarse respecto del alcance de su competencia para conocer de cuestiones prejudiciales de interpretación a la vista de las interrelaciones entre las decisiones PESC y los reglamentos que, basados en el art. 215 TFUE, tratan de asegurar su ejecución uniforme, o que, incluso más allá del forzado anclaje en el control del art. 40 TUE, decida responder a peticiones de interpretación relativas a disposiciones de actos PESC que establezcan medidas restrictivas de carácter individual basándose en su poder de controlar la legalidad de estas. En definitiva, no parece que el TJUE haya dicho aún su última palabra respecto de su jurisdicción en materia de PESC, teniendo en cuenta además que los criterios establecidos tanto en *Neves* como en *KS y KD* no presentan la suficiente nitidez como para posibilitar su aplicación segura sin depender de la apreciación del Tribunal.

Bibliografía

- Andrés Sáenz de Santa María, P. (2017). Mejorando la *lex imperfecta*: tutela judicial efectiva y cuestión prejudicial en la Política Exterior y de Seguridad Común (a propósito del asunto *Rosneft*). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, 871-903. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.58.02>.
- Butler, G. (2017). A question of jurisdiction: Art. 267 TFEU preliminary references of a Common Foreign and Security Policy nature. *European Papers*, 2 (1), 201-208.
- Butler, G. (2021). *Constitutional law of the EU's Common Foreign and Security Policy. Competence and institutions in external relations*. Oxford: Hart.
- Butler, G. (2023). Jurisdiction of the EU courts in the Common Foreign and Security Policy: reflections on the opinion of AG Capeta in *KS and KD*, and *Neves 77 Solutions*. *EU Law Live*. Disponible en: <https://is.gd/sMn0hG>.
- Cremona, M. (2014). A reticent court? Policy objectives and the Court of Justice. En M. Cremona y A. Thies (eds.). *The European Court of Justice and external relations law. Constitutional challenges* (pp. 15-32). Oxford: Hart.
- Cremona, M. (2017). «Effective judicial review is of the essence of the rule of law»: challenging Common Foreign and Security Policy measures before the Court of Justice. *European Papers*, 2 (2), 671-697.

- Díez-Hochleitner, J. (2023). A vueltas con la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea en el ámbito de la PESC. *Revista General de Derecho Europeo*, 61.
- Díez-Hochleitner, J. (2025). The jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the Field of Common Foreign and Security Policy. En A. Saiz Arnaiz and J. Solanes Mullor (eds.), *The European Judiciary. A Community of Law and a Community of Judges*. Londres: Bloomsbury.
- Editorial Comments. From opinion 2/13 to *KS and KD*: confronting a legacy of constitutional tensions. (2024). *Common Market Law Review*, 61, 1455-1468. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2024097>.
- Elsuwege, P. van. (2017). Upholding the rule of law in the Common Foreign and Security Policy: *H v. Council*. *Common Market Law Review*, 54, 841-858. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2017062>.
- Elsuwege, P. van. (2021). Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice. *Common Market Law Review*, 58, 1731-1760. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2021110>.
- Elsuwege, P. van y De Coninck, J. (2020). Action for damages in relation to Common Foreign and Security Policy decisions pertaining to restrictive measures: A revolutionary move by the Court of Justice in *Bank Refah Kargaran? EU Law Analysis*. Disponible en: <https://bit.ly/4igTK2N>.
- Ferrer, J. (2021). Las medidas restrictivas de la Unión Europea contra las violaciones graves de los derechos humanos en el Mediterráneo: ¿una potencia normativa? *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 42. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/reei.42.09>.
- Grossio, L. (2024). One step too far, one step too close. The Rocky road towards defining the scope of judicial review in Common Foreign Security Policy matters in light of *KS and KD v. Council and others* and *Neves77 Solutions. Review of European Litigation*, 3.
- Helikoski, J. (2018). Made in Luxembourg: the fabrication of the law on jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the field of the Common Foreign and Security Policy. *Europe and the World: a Law Review*, 2 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.14324/111.444.ewlj.2018.03>.
- Hillion, C. y Wessel, R. A. (2018). «The Good, the Bad and the Ugly»: three levels of judicial control over the Common Foreign and Security Policy. En S. Blockmans y P. Koutrakos (eds.). *Research handbook on EU Common Foreign and Security Policy*. Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781785364082.00011>.
- Johansen, S. O. (2024). The (Im)possibility of a Common Foreign and Security Policy «Internal Solution». *European Papers*, 9 (2), 783-800.
- Koutrakos, P. (2018). Judicial review in the EU's Common Foreign and Security Policy. *International and Comparative Law Quarterly*, 67, 1-35. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589317000380>.
- Lonardo, L. (2024). How the court tries to deliver justice in Common Foreign and Security Policy, where the need for judicial protection clashes with the princi-

- ples of conferral and institutional balance. Joined cases C-29/22 P and C-44/22 P *KS and KD*. *European Papers*, 9 (2), 830-844.
- Martínez Capdevila, C. (2018). La sentencia en el asunto *Rosneft*: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea maximiza su jurisdicción en la política exterior y de seguridad común (a costa de la coherencia con su propia jurisprudencia). *Revista Española de Derecho Europeo*, 67.
- Martínez Capdevila, C. (2021). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea proclama su competencia para conocer de los recursos de indemnización vinculados con medidas restrictivas PESC (STJ de 6.10.2020, as. *Bank Refah Kargaran*, C-134/19 P); ¿maximización o extralimitación de su jurisdicción? *Revista General de Derecho Europeo*, 53, 209-226.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2023). El control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la política exterior y de seguridad común: el equilibrio entre efectividad y legalidad. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 75, 91-129. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.75.04>.
- Martinelli, T. (2023). The limited jurisdiction of the Court of Justice of the EU over Common Foreign and Security Policy and EU accession to the European Court of Human Rights: a hard nut about to be cracked? *Weekend EU Law Live Edition*, 160. Disponible en: <https://is.gd/8S5v83>.
- Poli, S. (2022). The right to effective judicial protection with respect to acts imposing restrictive measures and its transformative force for the Common Foreign and Security Policy. *Common Market Law Review*, 59, 1045-1080. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2022072>.
- Santos Vara, J. (2021). El control judicial de la política exterior: hacia la normalización de la política exterior de seguridad común en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (a propósito del asunto *Bank Refah Kargaran*). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 159-184. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.68.05>.
- Sarmiento, D. (2022). *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Sarmiento, D. e Iglesias, S. (2024). KS and Neves 77: Paving the Way to the EU's Accession to the ECHR. *EU Law Live*. Disponible en: <https://doi.org/10.59704/667e53c9d0e1b42b>
- Spaventa, E. (2023). Escaping jurisdictional blackholes. Why national courts should step up in the area of EU Common Foreign and Security Policy and actively protect fundamental rights. *Verfassungsblog* [blog], 15-12-2023. Disponible en: <https://doi.org/10.59704/667e53c9d0e1b42b>.
- Spaventa, E. (2024). Remedyng constitutional heresies: the charter, damages and jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy. En K. Armstrong, J. Scott y A. Thies (eds.). *EU external relations and the power of law. Liber amicorum in honour of Marise Cremona* (pp. 47-63). Oxford: Hart. Disponible en: <https://doi.org/10.5040/9781509940981.0009>.
- Verellen, T. (2024). A political question doctrine for the Common Foreign and Security Policy: The Court of Justice of the European Union's jurisdiction in the *KS*

- and KD Case. *Verfassungsblog* [blog], 24-9-2024. Disponible en: <https://is.gd/L34Z7O>.
- Wessel, R. A. (2021). Legality in EU Common Foreign and Security Policy: the choice of the appropriate legal basis. En C. Kilpatrick y J. Scott (eds.). *Contemporary Challenges to EU Legality* (pp. 71-99). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192898050.003.0004>.