

ANDRÉS DELGADO CASTELEIRO: *The International Responsibility of the European Union. From Competence to Normative Control*, London, Cambridge University Press, 2016, 259 págs.

Durante el proceso de codificación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la Comisión Europea defendió con cierta contundencia que el Proyecto de artículos debía tener en cuenta las especiales características de la Unión y, en general, de las organizaciones internacionales de integración económica, relacionadas fundamentalmente con el control normativo que ejerce sobre sus Estados miembros en las áreas competenciales que le han sido otorgadas y que han sido implementadas. Para ello propuso diferentes posibilidades que acomodaran dicho control normativo: o bien reglas especiales de atribución para que las acciones de los órganos estatales pudieran atribuirse a la organización cuando esta ejerce un control normativo; o reglas especiales de responsabilidad, para que esta recayera sobre la organización, incluso si los órganos estatales fueron los principales autores de una eventual violación de una obligación asumida por la organización; o, finalmente, el establecimiento de una cláusula especial para la Unión y organizaciones similares⁷³. El relator especial, el profesor Gaja, trató el tema en varios de sus informes e incluso evocó el recurso por incumplimiento como instrumento jurídico que la Unión posee para forzar a sus Estados miembros a cumplir con sus obligaciones internacionales, aunque se limitó a proponer una incierta *lex specialis*, que la CDI aprobó y aparece hoy en el art. 64 del Proyecto de artículos. Esta monografía trata de demostrar el incipiente desarrollo de esta regla del control normativo. Se trata de la tesis doctoral que el autor defendió de forma brillante en el Instituto Europeo de Florencia y que ha sido editada por la prestigiosa editorial Cambridge University Press.

A través de la práctica, el profesor Delgado Casteleiro trata de demostrar que el control normativo, es decir, la atribución a la Unión de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los Estados miembros al ejecutar el derecho de la Unión bajo el control normativo de la organización, ha dejado de ser una mera especulación académica⁷⁴, aunque reconoce que aún se

⁷³ CDI, Responsibility of International Organizations-Comments and Observations received from Governments and International Organizations (56ª sesión, 25 de junio de 2004), United Nations, doc. A/CN.4/545.6.

⁷⁴ Para una aplicación de esta teoría del control normativo al Consejo de Seguridad puede verse A. Tzanakopoulos: *Disobeying the Security Council: Countermeasures against Wrongful Sanctions*, London, Oxford University Press, 2011.

encuentra en una etapa temprana de su desarrollo. Con este objetivo, en el capítulo 1 de su monografía examina cómo la Unión implementa sus acuerdos internacionales, mostrando los mecanismos jurídicos e institucionales que informan la ejecución descentralizada de dichos compromisos por parte de sus Estados miembros y el control que ejerce la Unión mediante un conjunto de principios (primacía, competencia, deber de cooperación) y de procedimientos institucionales (procedimientos de infracción, control judicial por el TJUE) a fin de poner de relieve la falta de autonomía de los Estados miembros en la ejecución de (ciertas) obligaciones internacionales de la Unión. En el supuesto de infracción de algunos de estos acuerdos, el autor considera que para atribuir la responsabilidad deberían examinarse los fundamentos jurídicos bajo los cuales se adoptaron los actos que incumplieron aquella obligación internacional. En opinión del autor, si fueron adoptados bajo el control normativo de la Unión el hecho internacionalmente ilícito debería atribuirse a la Unión.

Los capítulos 2 y 3 examinan hasta qué punto el reciente proceso de codificación de la CDI tomó en cuenta el federalismo ejecutivo que conforman la Unión y sus Estados miembros, centrándose en cómo podría aplicarse el Proyecto de artículos a las diferentes situaciones en las que la UE y/o sus Estados miembros podrían incurrir en responsabilidad internacional al ejecutar la normativa de la Unión. No le falta razón cuando critica tanto la redacción como la *ratio legis* del art. 60 del Proyecto, que establece la responsabilidad de los Estados miembros cuando la organización incumple una obligación internacional vinculante para los Estados miembros, pero no para la organización. Dado que los Estados miembros son partes en ciertos acuerdos, aunque pese a tener atribuida competencia en esa materia la Unión no lo es, debido fundamentalmente a la falta de voluntad política de las partes, el art. 60 del proyecto de artículos de la CDI se aplicará más tarde o más temprano a esta realidad.

El capítulo 4 analiza las declaraciones de competencias que contienen algunos acuerdos mixtos multilaterales, proporcionando una sistemática general de los diferentes tipos de declaraciones. Coincide con la apreciación general de la doctrina sobre la falta de utilidad práctica de estas declaraciones. Si bien puede parecer útil otorgar visibilidad a los terceros contratantes sobre el reparto de obligaciones y responsabilidades entre la UE y sus Estados miembros, su ambigua redacción, la falta de actualización de dichas declaraciones y, especialmente, la naturaleza dinámica de esta división de competencias arrojan muchas dudas sobre su eficacia y relevancia prácticas.

Los capítulos 5 a 7 analizan la práctica internacional (o su escasez) en las controversias desarrolladas contra la Unión. Sobre el Convenio de Naciones Unidas sobre el derecho del mar, el profesor Delgado Casteleiro evoca la controversia sobre el pez espada entre la UE y Chile y cómo este último país

asumió que dado que la controversia se enmarcaba en una competencia exclusiva de la UE, la acción debía atribuirse a la UE y no a España. Probablemente porque se dictó una vez la monografía enviada a imprenta, omite el Dictamen del TIDM núm. 21 de 2015, que constituye muy probablemente un precedente a favor de su teoría del control normativo.

Con dicha intención de defender el nacimiento de la regla del control normativo, el autor también cita las resoluciones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, que aunque no es un órgano judicial *stricto sensu*, su doctrina muestra que incluso tratándose de una competencia compartida como es el medio ambiente, la UE es en el marco de este régimen la única responsable de los hechos ilícitos cometidos por los Estados miembros bajo su control normativo. Y la misma tendencia del control normativo parece deducirse de algunos informes de grupos especiales del Sistema de Solución de Controversias de la OMC o del arbitraje internacional de inversiones, aunque en este último ámbito los contornos sean más imprecisos. Pero a su favor cuenta con el laudo arbitral en el marco del CIADI en el asunto *Electrabel/Hungría*⁷⁵, donde el tribunal arbitral acepta esta teoría del control normativo, exonerando a Hungría de responsabilidad al haber actuado bajo el control supranacional de la Unión; o incluso con el art. 3.1 c) del Reglamento (UE) 912/2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, en el que se afirma que la Unión asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por un Estado miembro cuando ese trato sea requerido por el derecho de la Unión. Una visión más general del arbitraje de inversiones parece mostrarnos más bien que la regla sea la de la procedimentalización, es decir, que ante una eventual controversia el demandante se dirija a la Unión para que esta dilucide quién debe ser el sujeto demandado, acomodándolo como un tema interno como pareció apuntar el TJUE en su Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979, Acuerdo internacional sobre el caucho natural, Rec., p. 2871, al señalar: «[...] basta con afirmar frente a las otras partes contratantes que la materia da lugar a una división de competencias en el interior de la Comunidad, siendo entendido que la naturaleza exacta de esta división es una cuestión interna en la cual los Estados terceros no tienen que intervenir» (apdo. 35). De hecho, este modelo de procedimentalización es el que sigue el Tratado sobre la Carta de la Energía, cuya inspiración se basaría probablemente en el Convenio de Naciones Unidas sobre el derecho del mar, cuyo anexo IX requiere que cualquier otra parte pida a la Unión o a sus

⁷⁵ CIADI, *Electrabel S.A./Hungría*, ARB/07/19, 30 de noviembre de 2012.

miembros que informen acerca de la entidad que debe asumir la responsabilidad. Y mucho más recientemente, este modelo de procedimentalización lo sigue el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) con Canadá, cuyo art. 8(21) establece que si la controversia no puede resolverse dentro de los noventa días posteriores a la presentación de la solicitud de consultas por un inversor sobre la infracción del acuerdo por parte de la Unión o de un Estado miembro, aquel deberá solicitar a la Unión Europea la determinación del demandado en dicha controversia, un modelo de cláusula que probablemente está inspirando los restantes acuerdos de inversiones que la Comisión negocia en la actualidad. Y acaso no fue esta misma objeción relativa a la necesidad de acomodar el tema de la responsabilidad como un tema interno la que el TJUE impugnó en su Dictamen 2/13 sobre la adhesión de la Unión al CEDH en relación con las disposiciones del Acuerdo sobre el mecanismo procesal del co-defensor, que había sido insertado en el proyecto precisamente para salvaguardar la autonomía del derecho de la Unión, y pese a ello el TJUE rechazó que el TEDH pudiera realizar cualquier valoración, por mínima que sea, sobre la división de competencias. En efecto, según el TJUE, mediante los criterios de atribución de los actos u omisiones a la Unión y/o a los Estados miembros el TEDH apreciaría las normas del derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias, lo cual podría vulnerar el principio de autonomía del derecho de la Unión. Ciertamente es que ambas teorías no son incompatibles y bien podría ocurrir que en el marco de la procedimentalización la Unión opte por asumir la responsabilidad cuando algún Estado miembro cometa un hecho internacionalmente ilícito bajo su control normativo.

Por consiguiente, el autor demuestra que existen ciertos precedentes que apoyan esta teoría del control normativo. Pero se echa en falta en su exposición un examen pormenorizado de la jurisprudencia del TEDH, limitándose a citar algún que otro asunto. Y ello porque constituye el precedente más contundente en contra de esta teoría del control normativo, lo cual llevó al relator especial Gaja a negar la existencia de esta regla *de iure condito*, limitándose a proponer la cláusula de la *lex specialis*, que permitiera su futura cristalización. Y la explicación de la ausencia de este estudio pormenorizado no puede ser porque la Unión no es aún parte del CEDH, porque tampoco lo es del CIADI y sus laudos arbitrales se exponen con profusión.

Asimismo, el autor expone los límites del control normativo, es decir, aquellos ámbitos normativos en los que los principios, y más concretamente la arquitectura institucional que garantizan el cumplimiento por parte de los Estados miembros, no son tan fuertes, cuyo ejemplo más paradigmático es la PESC. En efecto, debido fundamentalmente a la relativa ausencia de control judicial en este ámbito faltaría una de las dos características distintivas del control normativo. Ciertamente es, sin embargo, que el propio TJUE va erosionando poco a

poco su propia incompetencia en la PESC, como lo demuestra el reciente fallo en el asunto C-72715 *Rosneft*. Por consiguiente, a falta de control normativo, en lugar de atribuir a la Unión los eventuales hechos ilícitos al ejecutar la PESC, los Estados miembros seguirían siendo responsables, aunque la Unión probablemente incurrirá en responsabilidad, aunque no se base en una regla de atribución, sino en una de responsabilidad, la cual se consagra en el art. 17 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Finalmente, en la medida en que esta norma del control normativo aún no ha cristalizado, cualquier desarrollo de la Unión tiene el potencial de influir en su consolidación. Si la Unión, como demostró en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, quiere que su control normativo sea reconocido como un criterio de atribución, debería, señala el autor, hacer un esfuerzo especial para controlar a sus Estados miembros. Y nos atreveríamos a añadir que para que esta norma cristalice la práctica debe ser uniforme, siendo dudoso que realmente lo sea. Recordemos la afirmación del TJCE en los asuntos C-402 y 415/05 P, *Kadi*, según la cual no cabía calificar el Reglamento controvertido de acto directamente imputable a la ONU, en cuanto acción de uno de los órganos subsidiarios de esta creados con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas o acción relacionada con el ejercicio de facultades válidamente delegadas por el Consejo de Seguridad en aplicación de ese mismo capítulo⁷⁶. ¿Contradice este pasaje de la jurisprudencia del Tribunal esta teoría o realmente la refuerza al carecer Naciones Unidas de control normativo? O pensemos en el proyecto de adhesión de la Unión al CEDH, cuyo art. 1(4) establecía que a efectos del CEDH, de sus protocolos y del propio Acuerdo, un acto, medida u omisión de los órganos de un Estado miembro o de personas que actúen en su nombre se imputarían a dicho Estado, aunque se produjera al aplicar el derecho de la Unión. Aunque la segunda frase del mismo apartado precisaba que esta norma no impedía que la Unión también pudiera ser responsable en calidad de codemandada y pese a tratarse de una disposición pensada ciertamente para intentar solucionar el problema de la ausencia de tutela judicial en la PESC, su redacción era de carácter general, por lo que nada impediría que una vez vigente la adhesión esos hechos ilícitos se atribuyan de forma general a los Estados miembros, constituyendo por tanto un precedente que parece contradecir la teoría del control normativo. Tanta diversidad hace probablemente imposible tratar de diseñar una teoría general o, sencillamente, sus intrincados vericuetos aconsejan más bien

⁷⁶ ECLI:EU:C:2008:46, apdo. 314.

acomodarlo como un tema interno, es decir, lo que hemos denominado la procedimentalización, y que sea la Unión junto con los Estados miembros los que decidan qué sujeto debe responder ante una eventual controversia.

Para concluir solo nos queda decir que pese a encontrarnos ante un tema de gran complejidad, la monografía del profesor Delgado Casteleiro constituye una investigación valiente, bien redactada, bien documentada y muy oportuna en el tiempo. Lograr una buena sistematización en un ámbito bastante complejo, incorporando la mayoría de las claves necesarias para hacer comprender esta teoría del control normativo, tema central del trabajo, no es fácil, aunque lo logra de forma brillante.

José Manuel Cortés Martín
Universidad Pablo de Olavide