

EDITORIAL

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LAS RELACIONES EXTERIORES TRAS EL TRATADO DE LISBOA

The Court of Justice and the external relations after the Lisbon Treaty

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE¹

Cómo citar/Citation

Castillo de la Torre, F. (2018).

El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 60, 491-512.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.60.01>

Tras casi diez años de aplicación del Tratado de Lisboa y una amplia jurisprudencia relativa al mismo, estas líneas ofrecen la oportunidad para hacer un muy breve balance del papel que el Tribunal de Justicia desempeña en el ámbito de las relaciones exteriores. No es este el momento de cubrir todas las cuestiones «externas» que la jurisdicción de la Unión ha tratado, muchas de las cuales conciernen al equilibrio de poderes entre las diferentes instituciones, y no me detendré más que en tres aspectos. En primer lugar, y algo más en detalle, en la jurisprudencia reciente en materia de competencias externas. En segundo lugar, en la integración y aplicación judicial del derecho internacional en el seno de la Unión. En tercer lugar, concluiré con unas muy breves reflexiones sobre cómo el Tribunal de Justicia «limita» el contenido de las normas internacionales que pueden ser aceptadas por la Unión y se erige, pues,

¹ Director-consejero jurídico principal, Servicio Jurídico, Comisión Europea. Las opiniones expresadas lo son a título meramente personal.

en actor importante en las relaciones exteriores de la Unión, probablemente en mayor medida de lo que lo son tribunales constitucionales de los Estados miembros con respecto a las relaciones exteriores de cada Estado.

I. JURISPRUDENCIA SOBRE LA COMPETENCIAS EXTERNAS

En primer lugar, la interpretación amplia de las competencias externas no debe sorprender. El objetivo del Tratado de Lisboa era precisamente reforzar la vertiente exterior de la Unión, y el Tribunal de Justicia refleja dicho objetivo. El Tribunal de Justicia no se ha dejado influenciar por tendencias «euroescépticas» generadas con posterioridad. Estas se han manifestado en lecturas de las competencias externas que, en su versión moderada, predicaban que nada había cambiado con el Tratado de Lisboa o que, en una versión menos moderada, incluso afirmaban que dicho tratado había rechazado la aplicación para el futuro de algunos dictámenes anteriores, por lo que, irónicamente, las competencias externas después del Tratado de Lisboa se habrían visto menguadas. No obstante, el problema práctico que conlleva esta jurisprudencia es que la propia Unión no tiene siempre los recursos para hacer frente a las responsabilidades que implican sus competencias externas (aún menos en períodos de austeridad), ni sus procedimientos son siempre suficientemente ágiles para contribuir eficazmente al proceso decisional en el seno de organizaciones internacionales (y, dicho sea de paso, a la hora de definir la posición de la Unión en las mismas se pierde excesivo tiempo en discusiones competenciales, pues los Estados se resisten a que la Unión sea quien presente dicha posición).

Un primer elemento de la jurisprudencia en esta materia es la adaptación a los tiempos que corren de la competencia externa más «clásica», que no es otra que la política comercial común. La sentencia *Daiichi*, relativa a las disposiciones sobre derecho de patentes del Acuerdo ADPIC, ya afirmaba claramente la existencia de un cambio con el Tratado de Lisboa². El Tribunal había considerado en el pasado que no tenía competencia para interpretarlas³. No obstante, en los debates en el seno de los órganos legislativos, los Estados miembros se empeñaban en hacer una lectura de las consideraciones contenidas en *Daiichi* como limitadas al marco de la OMC. Con poco éxito. Tanto el dictamen 2/15

² Sentencia de 18 de julio de 2013, *Daiichi Sankyo y Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, EU:C:2013:520.

³ Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Merck Genéricos*, C-431/05, EU:C:2007:496.

(Singapur)⁴ como la sentencia sobre el Arreglo de Lisboa Revisado relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas⁵ confirman la tendencia. El dictamen 2/15 manifiesta una visión dinámica y «moderna» de la política comercial común, reflejada sobre todo, en mi opinión, en la sección relativa a los compromisos en materia de desarrollo sostenible. Uno de los nuevos vectores del análisis, que reaparece en la sentencia sobre el Arreglo de Lisboa, es el del libre comercio «en condiciones de igualdad»⁶, que representa, a mi juicio, el centro del nuevo paradigma interpretativo.

El Tribunal de Justicia justifica su enfoque sobre la base de una evolución significativa del derecho primario de la Unión. El art. 207 TFUE, apdo. 1, segunda frase, prevé que «la política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión», y estos principios y objetivos se precisan en el art. 21 TUE, apdos. 1 y 2, y se refieren, en particular, como se indica en el apdo. 2, letra f), de dicho art. 21, al desarrollo sostenible vinculado a la protección y mejora de la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales. La Unión y Singapur se comprometían, en esencia, a garantizar que los intercambios comerciales entre ellas se produzcan dentro del respeto de las obligaciones que se derivan de los convenios internacionales en materia de protección social de los trabajadores y de protección del medio ambiente en los que son parte. Para el Tribunal los efectos directos e inmediatos en el comercio resultan del compromiso de las partes, por un lado, de no fomentar el comercio reduciendo los niveles de protección social y medioambiental en su territorio respectivo por debajo de los estándares previstos por los compromisos internacionales, y, por otro lado, de no aplicar esos estándares de manera proteccionista. Dichas disposiciones reducen el riesgo de diferencias desproporcionadas entre los costes de producción de las mercancías y de suministro de los servicios en la Unión, por una parte, y en Singapur, por otra, y contribuyen así a la participación de los empresarios de la Unión y de los de este tercer Estado en el libre comercio en condiciones de igualdad. Por último, la especificidad del vínculo se deriva también de que una infracción de las disposiciones en materia de protección social de los trabajadores y de protección del medio ambiente autoriza a la otra parte a finalizar o suspender la liberalización de ese comercio prevista en las demás disposiciones del acuerdo. Por lo demás, el Tribunal considera incoherente estimar que las disposiciones que liberalizan el comercio entre la Unión

⁴ Dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376.

⁵ Sentencia de 25 de octubre de 2017, Comisión/Consejo, C-389/15, EU:C:2017:798.

⁶ Dictamen 2/15, antes citado, apdos. 122 y 159.

y un tercer Estado están incluidas en el ámbito de la política comercial común y que no lo están las que tienen por objeto garantizar que esta liberalización del comercio se realice dentro del respeto del desarrollo sostenible. Se trata, en mi opinión, de un punto clave en el razonamiento.

La sentencia sobre el Arreglo de Lisboa va más allá⁷. El resultado estaba probablemente «cantado» teniendo en cuenta que todos los acuerdos sobre denominaciones de origen anteriormente celebrados lo habían sido teniendo como base la política comercial común, y ello ya desde hace más de 25 años, por lo que las razones tras la decisión el Consejo no era jurídicas, sino únicamente políticas: la percepción por un par de grandes Estados miembros con muchas denominaciones de origen de que la negociación de un acuerdo clave en esta área no podía dejarse solo a la Comisión. Además, había una sentencia que ya había confirmado que la protección recíproca de dichas denominaciones (del vino, en su caso) era parte de la política comercial común⁸. Lo más importante de esta sentencia es que termina de una vez por todas con el «mito» de que los acuerdos concluidos en el seno de la OMPI no pueden ser parte de la política comercial común. Y termina con dicho mito de manera radical.

El Tribunal de Justicia considera que el examen de la finalidad del proyecto de arreglo revisado debía realizarse teniendo en cuenta, en primer término, el Convenio de París, que constituye el origen y el fundamento de un conjunto convencional del que este proyecto pasará a ser solo el elemento más reciente. Para el Tribunal, el Convenio de París está esencialmente destinado a promover y a facilitar los intercambios comerciales internacionales. En efecto, de su preámbulo resulta que se adoptó para proteger la industria y el comercio así como para contribuir a la lealtad de las transacciones comerciales entre los Estados que son partes del mismo. La protección equivalente y homogénea de los derechos de propiedad industrial que este Convenio concede a sus nacionales pretende, por tanto, en definitiva, permitir a estos participar «en pie de igualdad» (de nuevo esta expresión) en el comercio internacional. Por su parte, considera que el Arreglo de Lisboa no constituye un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de una finalidad consistente en favorecer la participación en pie de igualdad de los operadores económicos interesados en los intercambios comerciales entre los citados Estados. El que el Tribunal se base en la Convención de París implica que a partir de esta sentencia la pregunta no es probablemente qué acuerdo concluido en el seno de OMPI es parte de la política comercial común, sino qué acuerdo no lo es.

⁷ Sentencia de 25 de octubre de 2017, Comisión/Consejo, C-389/15, EU:C:2017:798.

⁸ Sentencia de 12 de mayo de 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia y ERSA, C-347/03, EU:C:2005:285, apdo. 81.

Por supuesto, no me olvido de la sentencia *Comisión/Consejo* relativa a los servicios de acceso condicional⁹, y cronológicamente anterior a las que acabo de comentar. Tres son los aspectos que hay que destacar de la misma, que se convierte por el momento en la más importante en materia de comercio de servicios. En primer lugar, el análisis de la base jurídica tiene en cuenta los trabajos preparatorios y, sobre todo, el objetivo de la celebración del Convenio por la Unión y no el objetivo del Convenio de manera aislada. En efecto, el Convenio era ya idéntico en gran parte al derecho de la Unión (que era «exportado» a otros países) por lo que, para la Unión, el objetivo de la celebración del Convenio no podía ser «interno», sino «externo»¹⁰. En segundo lugar, ese objetivo externo era asegurar que los prestadores de servicios operan según unas reglas parecidas, lo que es una manifestación del paradigma del comercio «en condiciones de igualdad» antes mencionado¹¹. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia no considera que «una disposición y media» que supuestamente se relacionaban con asuntos de justicia fueran suficientes para afectar la base jurídica y por ende el procedimiento, desestimando así la tesis del Consejo relativa al Protocolo 21 (sobre el Reino Unido e Irlanda), según la cual el protocolo «garantizaría» el uso de una base jurídica de justicia, con las especificidades que ello implicaría, aun cuando el aspecto fuera accesorio¹².

El segundo desarrollo importante en materia de competencia externa es la lectura, de nuevo amplia, del art. 3 TFUE, apdo. 2. Los dictámenes 1/13¹³, 2/15¹⁴ y 3/15¹⁵, así como las sentencias *Green Network*¹⁶ y *Comisión/Consejo (derechos de radiodifusores)*¹⁷ han dibujado un panorama jurisprudencial que nos ayuda a analizar la mayoría de las situaciones imaginables. Sus enseñanzas son variadas, y ya las he abordado en detalle en otros lugares (Castillo de la Torre, 2016: 157-169), pero coinciden en dos grandes temas. En primer lugar, el mero hecho de que el derecho «interno» de la Unión autorice que los Estados miembros adopten legislaciones que pueden desviarse en algunos puntos de

⁹ Sentencia de 22 de octubre de 2013, *Comisión/Consejo*, C-137/12, EU:C:2013:675.

¹⁰ *Ibid.*, apdos. 60 a 64.

¹¹ *Ibid.*, apdos. 63 y 64.

¹² *Ibid.*, apdos. 73 a 75.

¹³ Dictamen 1/13 (Adhesión de Estados terceros al Convenio de La Haya), de 14 de octubre de 2014, EU:C:2014:2303.

¹⁴ Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376.

¹⁵ Dictamen 3/15 (Tratado de Marrakech sobre el acceso a las obras publicadas), de 14 de febrero de 2017, EU:C:2017:114.

¹⁶ Sentencia de 26 de noviembre de 2014, *Green Network*, C-66/13, EU:C:2014:2399.

¹⁷ Sentencia de 4 de septiembre de 2014, *Comisión/Consejo*, C-114/12, EU:C:2014:2151.

las reglas comunes no implica una «reserva de competencia» de los Estados miembros, y la competencia externa puede ser exclusiva aun cuando dicho margen de configuración normativa exista internamente. La razón de ser de la competencia exclusiva específica en materia de acuerdos internacionales reflejada en el art. 3 TFUE, apdo. 2, tiene que ver con la naturaleza externa de dichos acuerdos como fuente de derecho, que pueden limitar en el futuro la libertad de configuración normativa de la propia Unión. El que haya un tipo de competencia exclusiva definida sobre la base del instrumento normativo utilizado implica que la competencia exclusiva externa no es simplemente el reflejo de la competencia exclusiva interna. La clave está en si el área ha sido «cubierta» por el derecho de la Unión y si hay simple «riesgo» de afectación, y no en la contradicción normativa en sí misma (Castillo de la Torre, 2016: 168). Poco importa que el derecho nacional se vea también «afectado», pues las competencias de la Unión y las estatales no están en plano de igualdad. En segundo lugar, toda norma internacional que implique compromisos que, en esencia, supongan una ampliación del campo de aplicación de las normas comunes de la Unión, supone probablemente una «alteración» de su alcance.

La sentencia *Comisión/Consejo (derechos de radiodifusores)* rechaza sin ambages una lectura «amplia» del dictamen 2/91¹⁸ en el sentido de que cualquier margen dejado a los Estados reflejaría una armonización mínima y por lo tanto no podría haber una competencia exclusiva. Para el Tribunal de Justicia, en el área de los derechos de la propiedad intelectual en que ya existe una armonización, si se negocia sobre el objeto del derecho, el alcance del mismo o su titular, se afecta o altera el alcance de las normas comunes sobre dichos puntos, y ello independientemente de que las normas puedan haber dejado dicho margen a los Estados miembros. En este sentido redunda la sentencia *Green Network*, en un ámbito en el que el margen de configuración normativa de los Estados miembros era aún más amplio¹⁹.

Poca novedad contiene, sin embargo, el dictamen 3/15, sobre el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas con discapacidad visual²⁰, ya que era bastante obvio que una excepción obligatoria a un derecho armonizado afectaba a normas comunes, y el debate se centraba en si, además y como cuestión previa, el acuerdo era ya parte de la política comercial común. Con un razonamiento fuertemente vinculado al caso

¹⁸ Dictamen 2/91 (Convenio n.º 170 de la OIT), de 19 de marzo de 1993, EU:C:1993:106.

¹⁹ Sentencia de 26 de noviembre de 2014, *Green Network*, C-66/13, EU:C:2014:2399.

²⁰ Dictamen 3/15, de 14 de febrero de 2017, EU:C:2017:114

concreto, el Tribunal de Justicia estimó que no era el caso²¹. Su aportación más interesante respecto del art. 3 TFUE, apdo. 2, es darnos pistas sobre los casos en que una libertad de los Estados miembros sí que podría justificar que la competencia no tuviera carácter exclusivo.

El Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, permite a los Estados miembros que lo deseen establecer una excepción o limitación a los derechos de reproducción y de comunicación al público en beneficio de personas con minusvalías. Al contrario que la directiva, el Tratado de Marrakech establece una obligación (y no una simple facultad) de introducir una excepción o limitación en beneficio de determinadas personas con minusvalías. Por tanto, el Tribunal de Justicia estima que, tras la celebración del tratado, todos los Estados miembros tendrán la obligación de establecer la excepción o limitación en favor de las personas con minusvalías. En este contexto, el Tribunal de Justicia subraya que, aunque los Estados miembros disponen, en virtud de la directiva, de la facultad de establecer tal excepción o limitación, se trata de una facultad concedida por el legislador de la Unión que se encuentra delimitada de forma estricta por diversas exigencias del derecho de la Unión²². El Tribunal rechaza expresamente una comparación con la situación del dictamen 2/91. El «margen de apreciación del que disponen los Estados miembros ha de utilizarse dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión», lo que implica «que los Estados miembros no son libres para precisar, de manera no armonizada, los parámetros de la excepción o limitación en beneficio de las personas con minusvalías»²³. Es decir, que la existencia de un marco legislativo que limite el «margen de apreciación» (nótese que el Tribunal no habla de «competencia», en línea con lo expuesto anteriormente) será suficiente para concluir que existe una competencia exclusiva.

Todo se cierra con el análisis de la competencia en materia de transportes del dictamen 2/15 (Singapur)²⁴. En lo referente a los transportes marítimos, los transportes ferroviarios o los transportes por carretera, el Tribunal de Justicia considera que no están cubiertos por la política comercial, pero que los compromisos contenidos en el acuerdo proyectado a este respecto pueden afectar a los reglamentos de la Unión o alterar su alcance, por lo que la Unión dispone de competencia exclusiva para aprobar tales compromisos. El dictamen

²¹ *Ibid.*, apdos. 60 a 101.

²² *Ibid.*, apdo. 119.

²³ *Ibid.*, apdo. 122.

²⁴ Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376

viene a confirmar que cuando la Unión se compromete a aplicar a los nacionales del Estado tercero un régimen similar al adoptado por la Unión, se altera el alcance de las normas comunes, pues se amplía en realidad su ámbito de aplicación personal. Es interesante resaltar el uso más frecuente que hacen las sentencias del Tribunal de Justicia de la «alteración del alcance», en lugar de la quizás más tradicional «afectación» de las normas comunes.

El tercer aspecto reseñable en materia de competencia externa es el reconocimiento sin ambages de que la Unión puede ejercer «sola» una competencia compartida. Esto era desde luego lo que el Tribunal de Justicia ya había reconocido antes del Tratado de Lisboa, pero encontraba ciertos focos de resistencia en algunas capitales europeas y en círculos académicos alemanes, entre quienes se opinaba con frecuencia que las competencias externas o son exclusivas o no existen, o si son compartidas, deben ser ejercidas «conjuntamente» con los Estados miembros. Desde este punto de vista, todo acuerdo no enteramente basado en una competencia exclusiva «tenía que ser» mixto.

La existencia de una competencia compartida no significa necesariamente que en el ámbito exterior deba darse siempre una actuación conjunta de la Unión y de sus Estados miembros en la que para su acción exterior la Unión dependa necesariamente de la participación de los Estados miembros: una «competencia compartida» y un «acuerdo mixto» son dos cuestiones diferentes. Aunque se oiga hablar de «competencias mixtas», esa categoría de competencias simplemente no existe. Son los acuerdos los que son mixtos, no las competencias. La existencia de una competencia exclusiva no es un requisito imprescindible para que la Unión (es decir, sin la colaboración de los Estados miembros) pueda concluir acuerdos internacionales con terceros países o actuar en organizaciones internacionales.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha rechazado recientemente, en su sentencia sobre los transportes internacionales por ferrocarril, sentencia *COTIF*, de forma explícita la idea de que, en un ámbito en el que las competencias de la Unión y de sus Estados miembros son compartidas, la Unión no puede tener competencias exteriores salvo que dichas competencias compartidas se hubiesen convertido en competencias exclusivas con arreglo al mecanismo del art. 3 TFUE, apdo. 2²⁵. De la citada sentencia se colige además que los acuerdos internacionales también pueden ser aprobados exclusivamente por la Unión si se enmarcan en un ámbito de competencia compartida. Esta clarificación era necesaria, pues pese a ser esta la posición de las instituciones, dos apartados del dictamen 2/15 habían causado cierto estupor, pues el

²⁵ Sentencia de 5 de diciembre de 2017, Alemania/Consejo (*COTIF*), C-600/14, EU:C:2017:935, apdo. 61

Tribunal de Justicia había considerado que al no haber competencia exclusiva el acuerdo con Singapur debía celebrarse también por los Estados miembros²⁶. En la sentencia *COTIF* el Tribunal de Justicia aclara lo que quiso decir: que en las circunstancias de aquel caso estaba claro que el Consejo no iba a ejercer una competencia compartida *ergo* el acuerdo mixto era necesario, pero no dijo que, en derecho, el acuerdo tenía que ser mixto²⁷.

En mi opinión, una actuación mixta de la Unión y de sus Estados miembros en la escena internacional debe limitarse a las situaciones en las que la Unión no disponga de suficientes competencias de carácter exclusivo o compartido para actuar sola en relación con terceros países o en organismos internacionales. Únicamente en la medida en que la Unión carezca de competencias propias será exigible en el tráfico internacional la participación de los Estados miembros junto con la Unión.

Una correcta comprensión de la situación es importante, pues todavía se oye en Bruselas, incluso por parte de personas muy familiarizadas con este ámbito, que cuando se ejerce una competencia compartida, «se transfiere» la competencia a la Unión. Esto es erróneo, pues lo que se hace es ejercer una competencia, no efectuar una transferencia de la misma. De la misma manera que adoptar una directiva o un reglamento en ejercicio de una competencia compartida no «transfiere» la competencia a la Unión, sino que esta última simplemente la ejerce. La concepción, muy arraigada en la doctrina alemana, de que la competencia externa deriva del ejercicio previo de una competencia interna no es menos errónea por el mero hecho de tener amplio predicamento en los altares de la ciencia jurídica alemana, que también se pueden equivocar, como todos los humanos.

Por supuesto, si la Unión ejerce una competencia compartida, debe hacerlo solita como una persona adulta. El art. 2 TFUE, apdo. 2, que describe el funcionamiento de las competencias compartidas entre la Unión y sus Estados miembros, no solo se aplica a la actividad legislativa, sino en general a la adopción de actos vinculantes y, por tanto, también a la toma de decisiones en el ámbito de la acción exterior de la Unión. De conformidad con el art. 2 TFUE, apdo. 2, las competencias compartidas se caracterizan por el hecho de que los

²⁶ Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376. El Tribunal de Justicia hizo constar en el apdo. 244 del citado dictamen que las disposiciones pertinentes del acuerdo a que se refería, relativas a las inversiones extranjeras distintas de las directas, que eran de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, no podían ser aprobadas exclusivamente por la Unión.

²⁷ Sentencia de 5 de diciembre de 2017, Alemania/Consejo (*COTIF*), C-600/14, EU:C:2017:935, apdo. 68.

Estados miembros solo pueden ejercer su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya (art. 2 TFUE, apdo. 2, segunda frase). Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya (art. 2 TFUE, apdo. 2, tercera frase). No nos imaginamos tener directivas «mixtas» y tampoco debería ser normal tener «acuerdos mixtos», salvo lógicamente en aquellos casos en que falte la competencia (teniendo en cuenta que, contrariamente a las directivas o reglamentos, el contenido del acuerdo no está únicamente predeterminado por la Unión, al menos en el ámbito multilateral).

Una última cuestión en esta área, la lógica consecuencia de la anterior, es el llamado carácter mixto «facultativo» en casos de competencias no exclusivas. Se suele argumentar que el hecho de que un acuerdo sea mixto depende de que el Consejo lo quiera o no, pues puede decidir no ejercer una competencia compartida. No puedo entrar a examinar esta cuestión en detalle, y me limitaré por el momento a explicar dos situaciones en las que esta tesis sobre la «libertad» de celebrar acuerdos mixtos resulta poco convincente.

Una es la situación de los acuerdos de asociación. Han sido concluidos, salvo casos excepcionales, como acuerdos mixtos. La «asociación» es una figura puramente de la Unión, y cuando un Estado tercero celebra un acuerdo de asociación se asocia a la Unión, y no a sus Estados miembros. Además, un acuerdo de asociación puede cubrir todos los ámbitos del Tratado, por lo que es obvio que el ejercicio de la competencia de la Unión cubre todas sus disposiciones. No se trata, pues, de que el Consejo haya decidido no ejercer alguna competencia (o no haya decidido ejercerla, a gusto del lector). ¿Cómo se explica que los Estados miembros sean parte? Manifiestamente no en razón de una decisión del Consejo de no ejercer una competencia, sino de una decisión paralela de los Estados miembros de «asociarse a la asociación». ¿Pueden los Estados decidir celebrar un tratado conjuntamente con la Unión? No parece que todos los Estados miembros estén realmente interesados en tener una «asociación» con el Estado tercero y probablemente no celebrarían «solos» un tratado con el Estado tercero. ¿Por qué se unen a la asociación? Sin duda no porque ello conlleve una mayor obligatoriedad (pues los Estados miembros ya están obligados en virtud del art. 216 TFUE) o cubra competencias no cubiertas. La razón es más simple y «de estar por casa»: puesto que, siguiendo una larga tradición, el Consejo aplicará el «consenso» además de la unanimidad, de esta manera los Estados miembros podrán bloquear el proceso de decisiones y tener la sensación de haber perdido «menos soberanía» con la asociación.

A esta visión se podrá responder que el art. 217 TFEU ya requiere la unanimidad, pero la abstención no impide la unanimidad y el carácter mixto del acuerdo implica una ratificación nacional que una simple unanimidad en el Consejo no garantiza. En todo caso, el mismo razonamiento ahora expuesto

se aplica también a las situaciones de la llamada competencia «paralela» con mayoría cualificada, como es el caso de los acuerdos de cooperación previstos en los arts. 209 o 212 TFUE, con frecuencia celebrados como mixtos. No se trata de competencias exclusivas, y sin embargo tampoco se puede decir que la participación de los Estados miembros resulte de una decisión del Consejo de no ejercer determinadas competencias. Salvo por muy raras excepciones potenciales, la Unión puede comprometerse en todos los ámbitos cubiertos por los acuerdos en cuestión, y así lo hace en cada caso. La decisión sobre el carácter mixto de dicho acuerdo no es, pues, adoptada por el Consejo (como nos quieren hacer creer quienes hablan de una decisión del Consejo de no ejercer una competencia compartida), sino en paralelo por los Estados miembros. Una vez más, no se entiende, en términos constitucionales de la Unión, cómo los Estados pueden ser libres para convertirse en parte en dichos acuerdos, en ausencia de decisión alguna de las instituciones de la Unión. Esta confusión entre los ámbitos decisionales de las instituciones y de los Estados miembros fue criticada en la sentencia sobre las decisiones «híbridas»²⁸.

2. INTEGRACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SENO DE LA UNIÓN

En segundo lugar, pese al «imperativo» del «estricto» respeto del derecho internacional del art. 3 TUE, apdo. 5, el Tribunal de Justicia continúa teniendo una posición ambivalente en lo que respecta al derecho internacional, sin que sea apreciable un cambio fundamental de dirección. Ciertamente, la relación entre el derecho internacional, el derecho europeo y el derecho nacional, incluidos los tribunales nacionales, no podía ser simple. En principio, los acuerdos internacionales concluidos por la propia Unión forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión. Más allá, la jurisprudencia ha admitido que otros acuerdos internacionales, aunque hayan sido concluidos por los Estados miembros, formen también parte del ordenamiento jurídico de la Unión, ya sea a través de una «sucesión funcional» o de la «remisión» a los mismos que haya podido hacer el propio derecho de la Unión (en detalle sobre estos supuestos, Castillo de la Torre, 2013: 127-135). Finalmente, el Tribunal de Justicia ha admitido que el derecho internacional consuetudinario también vincula a la Unión en el ejercicio de sus competencias, lo que puede en algunos casos llevar al Tribunal a interpretar determinados acuerdos internacionales que lo codifican y de los que la Unión no es parte.

²⁸ Sentencia de 28 de abril de 2015, Comisión/Consejo, C-28/12, EU:C:2015:282.

Los acuerdos internacionales celebrados por la Unión gozan de primacía sobre las disposiciones de derecho derivado de la Unión. No obstante, para poder servir de norma de referencia con arreglo a la cual apreciar la legalidad de un acto de la Unión y, más generalmente, para que la aplicación de las estipulaciones de un tratado internacional pueda ser reclamada eficazmente al juez, es necesario que confiera «a los justiciables de la Comunidad el derecho a invocarlo ante los órganos jurisdiccionales»²⁹, tenga «efecto directo»³⁰ o, en la formulación de la sentencia *ATAA*, que sus disposiciones puedan ser invocadas para apreciar la validez del acto de la Unión en relación con dicha disposición³¹. La expresión «efecto directo» es utilizada más frecuentemente cuando la disposición se invoca ante los órganos jurisdiccionales nacionales³², mientras que cuando la disposición se invoca con vistas a anular un acto de la Unión, se suele evitar dicha expresión y el Tribunal de Justicia se refiere a si la disposición puede ser invocada para apreciar la validez del acto de la Unión en relación con dicha disposición.

Es importante recordar que bajo expresiones como eficacia o aplicabilidad directa o normas *self-executing* se esconden dos realidades. Por un lado, está el caso de tratados internacionales que han sido concluidos con el propósito de conferir derechos invocables ante los tribunales nacionales (algo bastante excepcional, Nollkaemper, 2011:124-129; Lagrange, 2012: cap. III y 461-510). Por otro lado, en la mayoría de las ocasiones, la noción se utiliza para explicar la situación en que los tribunales internos consideran que ciertas disposiciones de tratados no requieren desarrollo legislativo o administrativo ulterior y crean derechos directamente invocables o que se trata de normas que pueden servir para controlar los actos de los poderes del Estado (de reconocerse la primacía de los tratados internacionales sobre tales actos). El primer problema es de derecho internacional, mientras que el segundo es un problema de derecho interno, relativo a cómo este entiende más adecuado asegurar la operatividad del acuerdo en su seno.

Este doble nivel de análisis ha encontrado su reflejo en la jurisprudencia de la Unión sobre los efectos de los acuerdos internacionales, empezando por el

²⁹ Véase la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, Dior y otros, C-300/98 y C-392/98, EU:C:2000:688, apartado 44.

³⁰ *Ibid.*, apdo. 45.

³¹ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros (C-366/10, EU:C:2011:864, apdos. 78, 87 y 94).

³² Véanse, por ejemplo, sentencias de 8 de marzo de 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, EU:C:2011:125, y de 15 de marzo de 2012, SCF Consorzio Fonografici, C-135/10, EU:C:2012:140, apdo. 48.

acuerdo OMC³³. Por tratarse de un problema de derecho interno, el Tribunal de Justicia concibe que la misma disposición pueda no tener efecto directo en derecho de la Unión, pero tenerlo cuando se aplique en un ámbito puramente nacional (Castillo de la Torre, 2001b: 289-294)³⁴. Esto no deja de ser paradójico. O bien la cuestión del efecto directo es una cuestión de interpretación del acuerdo y solo hay una única solución para el conjunto del mismo, o se trata de un problema de interpretación jurisprudencial, no del acuerdo internacional aisladamente, sino de los mecanismos «internos» de aplicación del mismo. Aun tratándose de un problema interpretativo, es revelador de la separación de poderes, en la medida en que el Tribunal de Justicia protege las otras ramas del poder público de un control basado en el derecho internacional. En efecto, al establecer criterios que actúan como «umbral» de la operatividad judicial del derecho internacional, la doctrina del efecto directo actúa como «escudo» (Nollkaemper, 2014: 115-117). El efecto directo se convierte así en el elemento moderador de la integración automática del derecho internacional, y el Tribunal de Justicia es el guardián de dicha intersección normativa. El riesgo es que una lectura muy exigente del efecto directo impregne el derecho de la Unión de tintes dualistas, pues el derecho internacional se integra, pero puede quedarse en el portal de la casa. El Tribunal de Justicia ha evitado dicho riesgo, pues ha actuado minuciosamente utilizando técnicas que maximizan el efecto directo de determinados acuerdos, pero limitan el de otros (Méndez, 2013),

³³ La Sentencia de 213 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, EU:C:1999:574, consta por ello de dos partes claramente diferenciadas. En un primer momento (apdos. 34 a 41) el Tribunal concluye que tales acuerdos, «interpretados a la luz de su objeto y de su finalidad, no determinan los procedimientos jurídicos adecuados para garantizar su ejecución de buena fe en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes contratantes». En una segunda parte de la sentencia (apdos. 42 a 47) su análisis se centra en examinar si tal efecto puede tener como base el propio ordenamiento de la Unión. El riesgo de que se produzca un desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC conduce al Tribunal a afirmar que admitir que incumbe directamente al juez de la Unión la tarea de garantizar la conformidad del derecho de la Unión con las mencionadas normas equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad.

³⁴ Sentencia de 14 de diciembre de 2000, Dior y otros, C-300/98 y C-392/98, EU:C:2000:688: «El Derecho comunitario no impone ni excluye que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro reconozca a los particulares el derecho a invocar directamente la norma prevista en el artículo 50, apartado 6, del ADPIC o que los jueces la apliquen de oficio» (apdo. 48).

quizás sobre un análisis implícito de la aceptabilidad que dicha jurisprudencia pueda tener políticamente.

En cuanto a los criterios utilizados, para muchos la sentencia *Intertanko* marcó un antes y un después en esta materia³⁵, y la jurisprudencia tras el Tratado de Lisboa contiene elementos «para dar y tomar». Ciertamente, en los últimos años el Tribunal ha reconocido la posibilidad de invocar disposiciones de una gran cantidad de acuerdos. Sin ánimo de hacer una presentación exhaustiva, el Tribunal de Justicia asume sin lugar a dudas la aplicación judicial del Convenio de Montreal en diversas sentencias³⁶, aun cuando se trate de relaciones entre particulares, y no tiene problemas en interpretar un acuerdo de pesca con vistas a que el juez nacional examine si un particular tiene que ir a la cárcel (pues el tipo delictivo se remitía a pescar sin licencia)³⁷. En *ATAA* el Tribunal de Justicia considera que determinadas disposiciones del Acuerdo de Cielos Abiertos con EE. UU. tienen efecto directo³⁸. En *SECIL* el Tribunal examina en detalle diversas disposiciones relativas a la libre circulación de capitales de los acuerdos de asociación con Líbano y Túnez³⁹.

Por el contrario, disposiciones de otros acuerdos no tendrían efecto directo. Ya sea porque son de tipo «programático», como el Protocolo de Kyoto⁴⁰, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴¹ o el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos

³⁵ La sentencia *Intertanko* negaba la invocabilidad de determinadas disposiciones de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar. Estimaba el Tribunal que la Convención de Montego Bay no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a los particulares ni a conferir a estos derechos o libertades que puedan ser invocados frente a los Estados, con independencia de la conducta del Estado del pabellón del buque. Ello era así porque el estatuto del buque dependía del Estado del pabellón. Dicha sentencia podía interpretarse como una ruptura con cierta jurisprudencia anterior que analizaba en concreto si el acuerdo concedía derechos, sin examinar si dichos derechos dependían de la nacionalidad del titular de los mismos (Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, C-308/06, EU:C:2008:312).

³⁶ Véase, entre las últimas, la Sentencia de 17 de febrero de 2016, *Air Baltic*, C-429/14, EU:C:2016:88.

³⁷ Sentencia de 9 de octubre de 2014, *Ahlström*, C-565/13, EU:C:2014:2273.

³⁸ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros*, C-366/10, EU:C:2011:864.

³⁹ Sentencia de 24 de noviembre de 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896.

⁴⁰ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros*, C-366/10, EU:C:2011:864

⁴¹ Sentencia 18 de marzo de 2014, *Z.*, C-363/12, EU:C:2014:159, apdo. 90.

para la Alimentación y la Agricultura (Tirfaa)⁴², o porque parecen más dirigidas al legislador y se supeditan, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de actos ulteriores, como era el caso del Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas⁴³ o el art. 9.3 del «Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente» (Convenio de Aarhus)⁴⁴.

Donde se atisba un «paso atrás» es en la lectura cada vez más exigente de la aplicación de la llamada «excepción *Nakajima*» en materia de efecto directo. Las tentativas de aplicarla por parte del Tribunal General se han visto frenadas por una interpretación estricta de la misma por el Tribunal de Justicia⁴⁵.

Ciertamente, un enfoque a veces limitado de la operatividad del derecho internacional en derecho interno no impide que el Tribunal de Justicia utilice de manera estricta el derecho internacional público cuando se lo pide el cuerpo, recordando el art. 3 TUE, apdo. 5. Es el caso de las sentencias relativas al Sáhara Occidental (*Polisario y Western Sahara Campaign*), en las que interpreta dos acuerdos de la Unión con Marruecos en el sentido de que no cubren el Sáhara Occidental, basándose en gran parte en el propio derecho internacional, que vendría a ayudar en la interpretación de los textos de los acuerdos⁴⁶. El Tribunal de Justicia «evita» entrar a valorar la validez de la celebración de dichos acuerdos, interpretando los mismos de manera que el posible problema de validez ya no se plantea. La cuestión, por supuesto, es si las sentencias cierran o no las puertas a celebrar acuerdos con Marruecos cubriendo el Sáhara Occidental, en determinadas condiciones, ya que solo se limitan a interpretar

⁴² Sentencia de 12 de julio de 2012, Kokopelli, C-59/11, EU:C:2012:447, que concluye que el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (Tirfaa) «no contiene ninguna disposición que sea, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente precisa para poner en cuestión la validez de las Directivas 2002/55 y 2009/145».

⁴³ Sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF Consorzio Fonografici, C-135/10, EU:C:2012:140, apdos. 47-48.

⁴⁴ Véanse, a este respecto, sentencia *zoscupenie*, antes citada.

⁴⁵ Véanse las sentencias de 5 de noviembre de 2013, Rusal Armenal/Comisión, T-512/09, EU:T:2013:571 y su anulación en casación la sentencia de 16 de julio de 2015, Comisión/Rusal Armenal, C-21/14 P, EU:C:2015:494; de 13 de enero de 2015, Consejo y otros/Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, C-/12 P a C-403/12 P, EU:C:2015:4; y de 16 de julio de 2015, ClientEarth/Comisión, C-612/13 P, EU:C:2015:486.

⁴⁶ Sentencias de 21 de diciembre de 2016, Consejo/Frente Polisario, C-104/16 P, EU:C:2016:973, y de 27 de febrero de 2018, Western Sahara Campaign UK, C-266/16, EU:C:2018:118.

los acuerdos tal como habían sido redactados. Por supuesto, hay bastante debate sobre cuáles serían dichas condiciones, y el Tribunal de Justicia puede ser llamado a decidir esta cuestión en un futuro próximo.

Además, en materia de interpretación, si bien el Tribunal de Justicia no deja de subrayar su apego a aplicar el art. 31 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, la impresión que deja la jurisprudencia no es de una coherencia total, sino más bien «a la carta». En *Oberto* el Tribunal de Justicia afirmaba que la práctica ulterior puede ayudar a interpretar un tratado aun cuando sea contraria al tenor del mismo⁴⁷. En *Polisario* el Tribunal de Justicia examina la práctica ulterior pero rechaza su pertinencia en el caso porque sería contraria a determinados principios de derecho internacional⁴⁸, como si solo la práctica que es conforme al derecho internacional fuera pertinente para interpretar un tratado, e ignorando que el otorgar preferencias arancelarias es un derecho concedido a un tercer país y que por lo tanto es el art. 36, y no el 34, del Convenio de Viena el que es más pertinente. En fin, la sentencia *Western Sahara Campaign* no trata la práctica ulterior, sino que se basa únicamente en los términos del acuerdo, interpretados a la luz del derecho internacional. No se sabe a ciencia cierta si con otros términos más claros y explícitos el Tribunal de Justicia decidirá en el futuro que un acuerdo sí que cubre el Sáhara Occidental, por lo que no podrá escaparse a la cuestión de fondo.

El mero hecho de poder llegar a tratar la cuestión de fondo plantea también interrogantes. Más allá de los «obstáculos» a la aplicación judicial del derecho internacional consuetudinario, tal como han sido articulados en la sentencia *ATAA* (Castillo de la Torre, 2013)⁴⁹, la novedad es que se pide al Tribunal que examine la validez de un tratado internacional tomando como base el propio derecho internacional. Dicho control sobre la base del propio derecho internacional es bastante inédito en derecho comparado (véase, en derecho comparado, Méndez, 2017), pero el Tribunal de Justicia nunca ha dejado de ejercer una competencia simplemente porque dicha competencia parezca inusual. Ya examiné, hace tiempo, dicha posibilidad como simple hipótesis (Castillo de la Torre, 2001a: 165-174). En *Western Sahara Campaign*

⁴⁷ Sentencia de 11 de marzo de 2015, *Oberto* y *O'Leary*, C-464/13 y C-465/13, EU:C:2015:163, en el que este declaró que «de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se desprende que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación de un tratado puede primar sobre el tenor claro de este tratado si dicha práctica refleja el acuerdo de las partes» (apdo. 61).

⁴⁸ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Consejo/Frente Polisario, C-104/16 P, EU:C:2016:973, apartados 120-123.

⁴⁹ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America* y otros, C-366/10, EU:C:2011:864, apartados 107-110.

el Tribunal de Justicia abre explícitamente la posibilidad de control *a posteriori* basado en el propio derecho internacional⁵⁰, pero no ejerce dicha competencia en el caso concreto (ya que el acuerdo no se aplicaba al Sáhara Occidental). Es cierto que el Tribunal de Justicia ya había controlado por vía prejudicial la suspensión de un acuerdo internacional, tomando como base el propio derecho internacional⁵¹, por lo que la admisión explícita de este principio en *Western Sahara Campaign* no es demasiado sorprendente. Queda por ver si esta apertura se aplicará también al control *ex ante* del art. 218 TFUE, apdo. 11, pues el mismo parece más bien constituir un mecanismo de defensa «constitucional» y en ocasiones pasadas el Tribunal de Justicia ha evitado tratar posibles obstáculos que pudieran derivar del propio derecho internacional⁵².

Además, el derecho internacional conoce también el concepto de invalidez, pero en derecho internacional no toda contradicción entre obligaciones internacionales conduce a la invalidez, sino únicamente la contradicción con las normas de *jus cogens*⁵³. Otras contradicciones pueden conllevar la responsabilidad internacional, como mucho⁵⁴. La cuestión es si, ya que la validez de un tratado deriva del derecho internacional, el test aplicable para juzgar la invalidez de su celebración por cuestiones «de fondo» no puede sino ser el aplicable en virtud del derecho internacional. Otro problema relacionado es si dichas causas de invalidez operan de modo automático. Desde luego, hay algunos precedentes, muy limitados, en derecho comparado de un análisis por jueces internos de la validez de un acuerdo en derecho internacional, pero se trataba generalmente de situaciones en que se cuestionaba de aplicación a un caso concreto y una de las partes hacía valer la invalidez del tratado internacional. Por ello, cierta doctrina no ha visto incompatibilidad alguna con la circunstancia de que, en derecho internacional, exista un procedimiento, a seguir entre las partes, para hacer valer

⁵⁰ En efecto, en apdo. 48, que «el Tribunal de Justicia tiene competencia, tanto en el contexto de los recursos de anulación como en el de las peticiones de decisión prejudicial, para analizar si los acuerdos internacionales celebrados por la Unión son compatibles con los Tratados [...] y con las normas de Derecho internacional que, de conformidad con los mismos, vinculen a la Unión» (Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16, EU:C:2018:118).

⁵¹ Sentencia de 16 de junio de 1998, *Racke*, C-162/96, EU:C:1998:293.

⁵² Dictamen 2/91, antes citado, apdo. 4.

⁵³ Art. 53 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados.

⁵⁴ Conclusiones del abogado general Saggio en el asunto C-149/96, *Portugal/Consejo*, EU:C:1999:92, punto 29: «Esta eventual incompatibilidad no sería, desde el punto de vista del Derecho internacional, una causa de invalidez del acuerdo bilateral posterior, sino que, en su caso, podría dar lugar a la comisión de un ilícito internacional por parte de la Comunidad frente a las Partes del acuerdo multilateral anterior».

la invalidez del tratado, previsto en el Convenio de Viena (Conforti y Labella, 1990). En tales casos, en realidad no se cuestionaría la invalidez del tratado y en general su inaplicabilidad entre las partes, sino simplemente se cuestionaría, incidentalmente, su aplicación en un caso concreto⁵⁵. Lo que parece inédito en derecho comparado es que sea la propia celebración del acuerdo la que sea directamente el objeto del litigio, y ello sin que a nivel internacional se haya activado el procedimiento previsto a estos efectos.

La situación se complica si lo que se invoca son normas «secundarias» relativas a la responsabilidad de los Estados (reflejadas en los arts. de la Comisión de Derecho Internacional), como era en parte el caso en los asuntos relativos al Sáhara Occidental (en que se invocaba la obligación de no reconocer una situación ilegal resultante de una vulneración de dicho derecho y no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de esta situación). Existen unos pocos precedentes de aplicación de dichas normas por tribunales internos (Nollkaemper, 2007), pero no es fácil concluir que la totalidad de las mismas sean aplicables por el juez interno, pues su operatividad se efectúa esencialmente en el plano internacional, y no parece que «otorguen» derechos a los particulares. La sentencia *Western Sahara Campaign* no necesita abordar este extremo, y sorprendentemente el abogado general no lo hace tampoco, aunque los escritos de la Comisión habían tratado esta cuestión en detalle.

Finalmente, hay que tener cuidado con no crear mayor confusión en la jerarquía normativa. El abogado general en *Western Sahara Campaign* concluía que había una infracción del art. 3 TUE, apdo. 5⁵⁶, pero no toda infracción del derecho internacional puede constituir una infracción del derecho primario de la Unión, so pena de difuminar la jerarquía normativa que da a los tratados preeminencia sobre los acuerdos celebrados por la Unión, y que es el fundamento del control jurisdiccional de los mismos ya sea *ex ante* o *ex post*. No parece concebible el «promover» todas las normas de derecho internacional al rango de derecho primario, y si el Tribunal de Justicia quiere hacerlo con respecto a algunas (quizás las de *jus cogens*), deberá hacerlo con cuidado. Recordemos que el Tribunal de Justicia no tuvo reparos en limitar los efectos que fluyen de la propia Carta de las Naciones Unidas en los asuntos *Kadi*.

⁵⁵ Aunque no tenía que decidir si las causas de suspensión son automáticas, el propio Tribunal de Justicia, en la sentencia *Racke*, en que la legalidad de la suspensión del acuerdo entre la CEE y Yugoslavia fue examinada, afirmó que el art. 65 del Convenio de Viena no tenía carácter de derecho internacional consuetudinario (Sentencia de 16 de junio de 1998, *Racke*, C-162/96, EU:C:1998:293, apdos. 58 y 59).

⁵⁶ Conclusiones del abogado general de 10 de enero de 2018 en el asunto C-266/16, EU:C:2018:1.

3. «LIMITACIÓN» DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES ACEPTABLES POR LA UNIÓN

Finalmente, y en tercer lugar, me gustaría hacer un breve balance de una última dimensión. La apertura al derecho internacional no solo se mide por la integración del mismo, en principio automática, y por su aplicabilidad judicial, sino también por el margen de maniobra que el juez de la Unión otorgue a las instituciones responsables de «asumir» obligaciones de derecho internacional, a la hora de configurar las mismas. El Tribunal de Justicia no ejerce, por supuesto, un «poder exterior», pero de su lectura de los tratados se derivarán limitaciones al poder exterior de los instituciones. En efecto, el derecho primario debe ser respetado a la hora de celebrar acuerdos internacionales y esto ha dado lugar a todo un ámbito jurisprudencial relativo al control preventivo o *a posteriori* de la celebración de acuerdos internacionales. El centro de los debates en estos casos son con frecuencia los procedimientos de resolución de disputas, y en particular si se respeta la competencia del propio Tribunal de Justicia y el principio de autonomía del derecho de la Unión.

Toda apertura al derecho internacional implica necesariamente también una apertura de las funciones que ejercen los poderes del Estado, y en particular el legislativo y el ejecutivo. En efecto, órganos internacionales pueden adoptar actos generales que se integren en el ordenamiento estatal, y asumir competencias de ejecución. Las constituciones nacionales pueden limitar dicha apertura, o al menos dotarla de una legitimidad «interna», pues la adopción del acto internacional vendrá precedida por procedimientos «internos». Similares salvaguardias aporta, por ejemplo, en el derecho de la Unión, el art. 218 TFUE, apdo. 9. Pero lógicamente toda participación en un sistema decisonal basado en un acuerdo internacional supone una limitación del poder de decisión de las instituciones políticas. No puede ser de otra manera, pues la razón de ser del derecho internacional es precisamente el vincular a los sujetos de derecho internacional. Toda celebración de un acuerdo internacional implica, necesariamente, una pérdida de autonomía decisonal.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ve con más recelo la apertura o internacionalización de la función jurisdiccional. En principio, esta es posible y el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente, ya desde el dictamen 1/91, que un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el derecho de la Unión. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud

de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico⁵⁷. La realidad, sin embargo, es que el Tribunal de Justicia nunca ha aceptado ningún acuerdo internacional por el que se someta a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud del mismo.

Que la internacionalización de la función jurisdiccional esté sujeta a superiores exigencias que las de la función legislativa (o normativa en general) puede resultar sorprendente, pues la última topa con argumentos de legitimación democrática. Ciertamente, el Tribunal de Justicia aporta explicaciones sofisticadas sobre las «características específicas» y la «autonomía» del derecho de la Unión con vistas a justificar sus posiciones. La mayoría de las mismas tienen poco que ver con la teoría constitucional clásica y por lo tanto resulta difícil rebatirlas sobre la base de esta. Al contrario, el Tribunal de Justicia, al no tomar como punto de referencia ningún sistema constitucional, no se ve hipotecado a la hora de imaginar y configurar límites en el momento de celebrar acuerdos internacionales. Este énfasis en su propio papel en relación con el de las instituciones políticas, y la renovada e incansable defensa por el Tribunal de Justicia del concepto de autonomía, solo se comprende entendiendo el vínculo entre dicha autonomía del ordenamiento y las funciones esenciales del sistema jurisdiccional (Azpitarre Sánchez, 2013). Es significativo que el Tribunal, en la explicación de las tareas del sistema judicial y la de su propio lugar institucional, haya renunciado a tomar el camino clásico de la especial naturaleza de la función jurisdiccional en el marco del principio de división de poderes. En su lugar la autocomprensión del Tribunal de Justicia obedece a un conflicto político-constitucional diferente al que ha dominado el derecho público estatal, uno en el que la oposición esencial ha sido entre derecho estatal y derecho europeo, y en el que el debate sobre la autonomía nació.

Descifrar el concepto de «autonomía» que ha desarrollado el Tribunal de Justicia desborda las intenciones de este editorial. Bajo el concepto de autonomía, el Tribunal de Justicia parece utilizar indistintamente cuatro ideas, la autonomía «en sentido estricto», pero también la unidad del ordenamiento, la uniformidad en los efectos de las normas y la existencia de un intérprete supremo, ideas que, aun estando ligadas, no significan lo mismo. Y estas

⁵⁷ Véanse, en ese sentido, el Dictamen 1/91 (Acuerdo EEE - I), de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apartados 39, 40 y 70; el Dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apartados 74 y 76, y el Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdos. 182 y 183.

tres últimas ideas, presentes en los ordenamientos estatales, no impiden una cierta internacionalización de la función jurisdiccional en el seno de los mismos. Todo ordenamiento jurídico «maduro» conoce de situaciones en que una controversia jurídica no puede llegar al órgano supremo que interpreta el ordenamiento jurídico, sin que en ello se vea una quiebra alguna de principios constitucionales.

Ya escribí hace muchos años que un abuso del concepto de autonomía puede convertir al mismo en irreconocible (Castillo de la Torre, 2002: 1391). El concepto de autonomía nace como un concepto defensivo, primero en relación con el derecho nacional, y luego con respecto al internacional, con vistas a luchar contra toda interpretación de la relación entre ordenamientos en clave de paradigmas clásicos de derecho internacional público y de soberanía de los Estados. Pero tras haber pasado por las enfermedades infantiles tradicionales, que requieren un desarrollo de anticuerpos, los mismos hubieran debido ya dar lugar a un ente adulto que afirme su comparabilidad con los ordenamientos constitucionales, y solo caiga enfermo en similares condiciones. En su lugar, el origen internacional de la propia Unión hace que perciba con recelo el propio derecho internacional, y que finalmente este sea más temido por la Unión que por un ordenamiento constitucional nacional. Y ello sin contar con las susceptibilidades que causa toda percepción de «cuestionamiento» (en muchos casos, un riesgo lejano basta) de las competencias del Tribunal de Justicia, cuando las mismas disposiciones en acuerdos internacionales no parecen plantear problemas a los tribunales supremos y constitucionales de los Estados terceros ni, probablemente, de los Estados miembros, que son también muy celosos de que se respeten sus competencias. Por ejemplo, no conozco ningún tribunal constitucional o supremo que haya criticado como inconstitucional el hecho de que una instancia internacional interprete disposiciones de derecho nacional (o simplemente las tenga en cuenta, en tanto que «hecho») a la hora de examinar la compatibilidad con un acuerdo internacional de una medida adoptada por una de las partes, sin duda en el entendimiento de que la interpretación que pueda dar al derecho nacional dicha instancia no tiene valor jurisprudencial alguno, y por lo tanto no pone a prueba su papel como interprete máximo del ordenamiento jurídico.

Estas cuestiones serán abordadas en el procedimiento del dictamen 1/17, relativo al acuerdo AECG (más popularmente conocido por su abreviación en inglés, CETA) con Canadá, en el que Bélgica plantea la posible incompatibilidad con el derecho primario de algunos aspectos del procedimiento de resolución de disputas entre inversor y Estado. De las respuestas del Tribunal de Justicia dependerá decisivamente la libertad del «poder exterior» a la hora de configurar mecanismos eficaces de resolución de controversias. Es cierto que el debate en el dictamen 1/17 deja de lado el arbitraje puramente comercial o

el arbitraje entre Estados, pero entiendo plenamente a quienes no atisban a ver claramente los elementos que, desde el punto de vista de las características del ordenamiento jurídico de la Unión, hacen menos amenazante el arbitraje entre Estados que el arbitraje entre inversores y Estados. Eso me hace sospechar que también existen razones extra-jurídicas para hacer tales distingos.

Bibliografía

- Azpitarre Sánchez, M. (2013). La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «Funciones Esenciales» de su sistema jurisdiccional. *Teoría y realidad constitucional*, 32, 225-257.
- Castillo de la Torre, F. (2001a). *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*. Madrid: Dykinson.
- (2001b). OMC, competencia prejudicial y efecto directo. La sentencia Dior/ Assco. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9, 281-302
- (2002). Case-note on Opinion 1/00. *Common Market Law Review*, 39, 1373-1393.
- (2013). El Tribunal de Justicia completa y precisa su jurisprudencia sobre la posición del derecho internacional en el derecho de la Unión, y concluye que el régimen de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es compatible con el derecho internacional (comentario de la sentencia C-366/10, ATAA). *Revista de Derecho Europeo*, 46, 93-150.
- (2016). The Court of Justice and external competences after Lisbon: some reflections on the latest case law. López Escudero, M. y Eeckhout, P. (coord.). *The External Action of the EU in times of crisis* (pp. 129-186). Oxford: Hart Publishing.
- Conforti, B. y Labella, A. (1990). Invalidity and termination of treaties: the role of national courts, *European Journal of International Law*, 1 (1), 44-66.
- Lagrange, E. (2012). L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes. *Recueil des Cours, Académie de Droit international*, 356, 239-552.
- Méndez, M. (2013). *The Legal Effects of EU Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*. Oxford: Oxford University Press.
- (2017). Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice. *International Journal of Constitutional Law*, 15 (1), 84-109.
- Nollkaemper, A. (2007). Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts' 101. *American Journal of International Law*, 760, 760-799.
- (2011). *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2014). The duality of direct effect of International Law. *European Journal of International Law*, 25 (1), 105-125.