

# EL TJUE Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA DEFENSA DE SU PROPIA AUTONOMÍA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL BÁSICO

## THE CJEU AND INTERNATIONAL LAW: THE DEFENCE OF ITS OWN AUTONOMY AS A BASIC CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional*

*Universidad de Deusto*

orcid ID: 0000-0002-8200-232X

Recibido: 06.08.2017 / Aceptado: 11.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3876>

**Resumen:** Este trabajo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del Derecho internacional. Para ello, analiza los acuerdos internacionales y otras fuentes afines, la problemática derivada de los acuerdos firmados por los Estados miembros con terceros Estados, la relación entre el Derecho de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, finalmente, el valor que el Tribunal confiere al Derecho internacional general y a la Carta de Naciones Unidas. La conclusión fundamental será que el principio básico que guía la jurisprudencia del TJ es la reivindicación y protección de su propia autonomía.

**Palabras clave:** monismo, dualismo, pluralismo, autonomía, acuerdos mixtos, Dictamen 2/13, Dictamen 2/15.

**Abstract:** This paper critically analyzes the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on International law. To that end, it analyzes international agreements and other related sources, the problems arising from agreements signed by Member States with third States, the relationship between EU law and the European Convention on Human Rights, and finally the value that the Court confers on general international law and the Charter of the United Nations. The fundamental conclusion will be that the basic principle guiding the jurisprudence of the CJEU is the claim and protection of its own autonomy.

**Keywords:** monism, dualism, pluralism, autonomy, mixed agreements, Opinion 2/13, Opinion 2/15.

**Sumario:** Introducción. I. Los acuerdos internacionales concluidos por la UE y otras fuentes afines. 1. Recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE (monismo v. dualismo). 2. Los tratados internacionales en el sistema de fuentes de la UE. Especial referencia a los «acuerdos mixtos». 3. Recepción y posición en el sistema de fuentes de la UE de las decisiones adoptadas por los órganos creados por acuerdos internacionales. 4. Interpretación y control jurisdiccional de los acuerdos internacionales. II. Los acuerdos internacionales suscritos por los Estados miembros con terceros Estados. 1. Acuerdos suscritos antes de que los Tratados entraran en vigor. 2. Acuerdos suscritos después de que los Tratados entraran en vigor. III. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1. El Convenio según Luxemburgo: la posición del CEDH en el Derecho de la UE. 2. El Derecho de la UE según Estrasburgo: la doctrina Bosphorus. 3. En busca de la estabilidad interordinamental: la adhesión de la UE al CEDH. IV. Otras fuentes de Derecho internacional en el Derecho de la UE. 1. El valor del Derecho internacional general. 2. El valor de la Carta de Naciones Unidas. V. Epílogo: “¡La UE soy yo!”.

## Introducción

Este trabajo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del Derecho internacional. Para ello, en primer lugar, comienza por el estudio de los acuerdos internacionales y otras fuentes afines, haciendo especial énfasis en la categoría denominada «acuerdos mixtos» (aquellos en cuya conclusión han de participar las instituciones de la UE y los Estados miembros). A continuación, pasará a analizar la problemática derivada de los acuerdos firmados por los Estados miembros con terceros Estados, centrándose en el sentido y alcance del artículo 351 TFUE (antiguo 307 TCE) que regula esta cuestión. Seguidamente, se detendrá en la situación específica que atañe a la relación entre el Derecho de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos para finalizar con el estudio crítico del valor que el Tribunal de Justicia da en el seno de la UE al Derecho internacional general y a la Carta de Naciones Unidas. La conclusión fundamental será que el TJ, por encima de todo, protege su autonomía como máximo intérprete (y casi dueño) del Derecho de la UE. En este sentido, este trabajo se muestra particularmente crítico con la posición adoptada por el TJ en el Dictamen 2/13 relativo a la adhesión de la UE al CEDH.

## I. Los acuerdos internacionales concluidos por la UE y otras fuentes afines

### 1. Recepción del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la UE (monismo v. dualismo)

1. La primera cuestión que surge a la hora de analizar las fuentes de origen internacional en el ámbito de la UE es la relativa a la posición que ésta mantiene con respecto a las mismas. En este punto y dado que la Unión, como en su momento las Comunidades Europeas, dispone de personalidad jurídica propia y posee un ordenamiento jurídico autónomo, el problema es análogo al que deben resolver los sistemas constitucionales nacionales, al efecto de clarificar las relaciones que se establecen entre el Derecho interno y el Derecho internacional<sup>1</sup>.

Así, en virtud de lo previsto en el artículo 216.2 TFUE, los acuerdos internacionales suscritos por la Unión son vinculantes y obligan tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros. En efecto, las cláusulas de dichos acuerdos forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión desde el mismo momento de su entrada en vigor. En este sentido, se expresó el TJUE en la sentencia *Haegeman*, en la que afirmó que «a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario»<sup>2</sup>.

2. Tanto el artículo 216 como esa jurisprudencia del Tribunal parecen acomodarse con el modelo llamado «monista», de forma que no es necesario ningún tipo de acto formal de transposición de los acuerdos celebrados por la Unión para que éstos se conviertan en normas propias del Derecho de la Unión<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, STJ 5 febrero 1963, ECLI:EU:C:1963:1. Sobre las implicaciones de este revolucionario asunto *vide* B. DE WITTE, «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», P. CRAIG / G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213. Sobre el problema clásico de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, *vide* I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003 y J. P., JACQUÉ, «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Vol. 60, 2007, pp. 3-37.

<sup>2</sup> Asunto 181/73, *Haegeman*, STJ 30 abril 1974, ECLI:EU:C:1974:41, apartado 5; J. Díez-Hochleitner Rodríguez, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

<sup>3</sup> El debate monismo vs. dualismo ha monopolizado las discusiones de la doctrina sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional, así, para una primera toma de posiciones, *vide* H. TRIEPEL, «Les rapports entre le Droit interne et le Droit international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 1 (1923), 1925, 73-121 y H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1907 (primera publicación en 1899), para la aproximación dualista, y J. L. KUNZ, «La primauté du droit des gens», *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, Vol. VI, 1925, 556-598 y H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 14 (1926), 1926, pp. 227-332, para el modelo monista. Igualmente, *vide* J. G. STARKE, «Monism and Dualism in the Theory of International Law», *British Yearbook of International Law*, Vol. XVII, 1936, pp. 66-81.

Igualmente, los acuerdos suscritos por los Estados miembros tienen fuerza vinculante siempre que la Unión haya asumido en virtud de los Tratados la competencia previamente ejercida por los Estados en el ámbito en el que resulte de aplicación ese tratado internacional. Esto es lo que sucedió con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en inglés, *GATT*), puesto que las competencias relacionadas con la aplicación de dicho pacto fueron conferidas a la Comunidad por el Tratado de la Comunidad Europea<sup>4</sup>. En este sentido, los acuerdos firmados por los Estados miembros son vinculantes para la Unión si los Tratados prevén expresamente que la Unión debe ejercer sus competencias conforme a dichos pactos o acuerdos. Así, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto del Refugiado obligarían a la Unión en materia de la política de asilo, tal y como se desprende del artículo 78.1 TFUE<sup>5</sup>.

3. La Unión Europea parece, pues, abrazar un enfoque monista en su concepción del Derecho internacional. La razón primigenia estaría relacionada con el hecho mismo de que tanto las Comunidades, en su día, como la UE en la actualidad, son criaturas del Derecho internacional. Además, la UE siempre hace gala de que quiere contribuir con la buena marcha de las relaciones internacionales a través del respeto al Estado de Derecho y al Derecho internacional. Cual «buen ciudadano internacional» que respeta dicho ordenamiento y considera que las relaciones internacionales sólo pueden construirse desde el respeto de esas normas<sup>6</sup>. Esta concepción pareciera partir de la base de que el Derecho internacional es siempre «bueno», solo por haberse aprobado siguiendo los procedimientos internacionales, por Estados y organizaciones que persiguen la paz, la concordia y el respeto de los derechos humanos. Esta visión, acaso congruente con la concepción inicial de la CE/UE, experimentó un cambio sustancial cuando la UE alcanzó un grado de desarrollo equiparable en muchos aspectos al de los Estados y se encontró con un dilema que viene persiguiendo desde hace décadas a los Estados: que en algunos casos, si se aplicase directamente el Derecho internacional, respetando así los acuerdos y compromisos internacionales (conforme a una concepción monista clásica) pudiese llegarse a perjudicar a los ciudadanos nacionales expuestos a la aplicación de sanciones internacionales que, de haber sido aprobadas en el seno del Estado, o no habrían sido tan limitadoras de sus derechos o, quizá, simplemente no habrían existido. Ante esta tesitura, si se optase por proteger a los ciudadanos (adoptando una perspectiva a veces tachada de ‘nacionalista’ o ‘anti internacionalista’), se incumplirían quizá los compromisos internacionales (avanzando hacia una concepción más bien dualista). Esta situación, de insatisfactoria alternativa, guarda relación con las insuficiencias y carencias propias de un Derecho internacional que, en lo sustancial, sigue estando caracterizado por la complejidad de los sistemas de aprobación de sus normas y actos, de la ausencia de garantías propias de la tutela judicial efectiva y por los problemas derivados de la ausencia de valores totalmente universalizados que, en buena medida, explica su tendencia a la fragmentación<sup>7</sup>.

4. De la misma forma, el Tribunal de Justicia ha garantizado que la conducta externa de la UE respeta plenamente sus obligaciones derivadas del Derecho internacional<sup>8</sup>. El Tribunal incluso condiciona la validez de la legislación derivada hasta el punto de que las competencias de la UE «deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional y que, por consiguiente, (...) [la disposición reglamentaria

<sup>4</sup> W. SCHROEDER / M. SELMAYR, «Die EG, das GATT und die Vollzugslehre», *Juristenzeitung*, Heft 7, 1998, pp. 344-349; C. TOMUSCHAT, «Artikel 281», H. VON DER GROEBEN / J. SCHWARZE (Hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar*, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2004, párrafos 53-70.

<sup>5</sup> K. LENAERTS / P. VAN NUFFEL / R. BRAY, *European Union Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2011, p. 862.

<sup>6</sup> T. DUNNE, «Good citizen Europe», *International Affairs*, Vol. 84/1, 2008, pp. 13-28.

<sup>7</sup> B. SIMMA, «Self-Contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)*, Vol. XVI, 1985, pp. 111-136; B. SIMMA / D. PULKOWSKI, «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 17/3, 2006, pp. 486-487 (483-529); M. KOSKENNIEMI / P. LEINO, «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, Vol. 15, 2002, pp. 554-556 (553-579) y L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 475-488.

<sup>8</sup> En este sentido, *vide* los asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company y otros vs. Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJ 12 diciembre 1972, ECLI:EU:C:1972:115, párrafo 6.

recurrida] debe interpretarse, y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho internacional del mar»<sup>9</sup>.

Poco a poco el Tribunal de Justicia ha ido empleando de manera progresiva referencias al Derecho internacional consuetudinario de forma que se le reconoce como fuente autónoma del Derecho en ese ordenamiento jurídico autónomo que es el de la UE<sup>10</sup>. También es interesante recordar la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la que este tribunal estableció que las organizaciones internacionales están limitadas en su actuación por el Derecho internacional tal y como lo está cualquier otro sujeto de derecho internacional. Tal y como dijo la Corte con sede en La Haya «la organización internacional es sujeto de Derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de Derecho internacional»<sup>11</sup>.

Así pues, la razón de que el Tribunal de Justicia condicione la validez del Derecho de la UE al respeto a las obligaciones internacionales está lejos de constituir un mero gesto de deferencia por parte de la Alta instancia de Luxemburgo. Antes bien, se trata de obligación jurídica que hay que respetar para no incurrir en responsabilidad internacional<sup>12</sup>.

5. No obstante lo anterior, para garantizar la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE en el complejo escenario de la interrelación obligada entre el Derecho internacional, el propio Derecho de la UE y los Derechos nacionales de los Estados miembros, el Tribunal ha desarrollado una extensa y elaborada construcción en relación con su competencia de control de legalidad<sup>13</sup>. En su principal decisión sobre el tema, el dictamen 1/75, el Tribunal estableció que su competencia jurisdiccional le permitía declarar nulo el acto mediante el que se concluía un acuerdo internacional razonando que «la cuestión de saber si la conclusión de un acuerdo determinado está dentro de las competencias de la Comunidad y si, llegado el caso, esas competencias han sido ejercidas conforme a las disposiciones del tratado son, en principio, cuestiones que deben sometidas al Tribunal, ya directamente (...), ya a través de la cuestión prejudicial»<sup>14</sup>.

Es interesante contrastar esta pronta jurisprudencia con la afirmación, veinte años después, del Abogado General, Sr. Tesauro, según el cual el TJ no excluye la posibilidad de contestar directamente la validez de un acuerdo<sup>15</sup>. Así, algunos autores son partidarios de esta visión y han destacado que las singularidades del ordenamiento de la UE invisten a la Unión de unas competencias institucionales únicas que tendrían como consecuencia que la norma general de Derecho internacional no se aplicaría tal y como está recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, hecha en Viena el 21 marzo 1986<sup>16</sup>. Dicha disposición establece que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Sin embargo, la concepción del TJ sobre papel del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario ha sido criticada por la doctrina internacionalista que ha llegado a caracterizar esta

<sup>9</sup> Asunto C-286/90, *Anklagemindigheden vs. Poulsen and Diva Navigation*, STJ 24 noviembre 1992, ECLI:EU:C:1992:453, párrafo 9.

<sup>10</sup> C. TIMMERMANS, «The EU and Public International Law», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 4, 1999, pp. 181-194

<sup>11</sup> *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 20 diciembre 1980, pp. 89-90, §37.

<sup>12</sup> Asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, STJ 9 agosto 1994, párrafo 25. ECLI:EU:C:1994:305.

<sup>13</sup> Vide J. Díez-Hochtleitner Rodríguez, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, especialmente, pp. 97-146.

<sup>14</sup> Dictamen 1/75, *Projet de rapport au Conseil de l'OCDE sur l'arrangement concernant une norme pour les dépenses locales*, 11 noviembre 1975. ECLI:EU:C:1975:145.

<sup>15</sup> Vide las conclusiones del Abogado General, Sr. Tesauro, en el asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, STJ 9 agosto 1994, *op. cit.*, presentadas el 16 diciembre 1993, párrafo 9. ECLI:EU:C:1993:941.

<sup>16</sup> Vide la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, hecho en Viena el 21 marzo 1986, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, Vienna, 18 February-21 March 1986, Vol. II, Documents of the Conference (United Nations publication, Sales No. 94.V.5), U.N. Doc. A/CONF.129/15. Sobre esta cuestión, vide D. Simon, «Les fondements de l'autonomie du droit communautaire», VV. AA., *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Pedone, Paris, 2000, pp. 207-249.

percepción del Tribunal de «solipsista» e incluso «imperialista», derivada de una actitud eurocéntrica<sup>17</sup>. Así pues, de acuerdo con esta opinión, el Tribunal entendería el ordenamiento jurídico de la UE no sólo como un ordenamiento autónomo e independiente sino como un sistema encerrado en sí mismo y herméticamente cerrado en el que las obligaciones internacionales que tendría que cumplir la Unión están condicionadas a cumplir el Derecho primario de la UE.

6. Pues bien, la situación descrita, que ha venido produciéndose en las últimas décadas (sobre todo con obligaciones derivadas del Derecho –entonces– comunitario que podían resultar incompatibles con las garantías constitucionales de los Estados miembros, con lo que las autoridades nacionales se enfrentaban al incumplimiento o bien del Derecho comunitario o bien de su propia Constitución -la saga *Solange* del Tribunal Constitucional federal alemán es un buen ejemplo de eso-) se habría presentado, también, al propio Tribunal de Justicia. Así, la clara e invariable posición del TJ, de clara adscripción monista, según el cual el Derecho de la CE/UE prima en todo caso sobre el nacional y las autoridades nacionales tienen la obligación de aplicarlo directamente sin acudir a procedimientos adicionales ni dejar en suspenso sus disposiciones hubo de replantearse en la famosa saga *Kadi*<sup>18</sup>.

En este caso, el Tribunal de Justicia analizaba la compatibilidad de unos reglamentos comunitarios que directamente aplicaban una ‘sanción inteligente’ (dirigida a un particular) del Consejo de Seguridad de la ONU. El asunto, ciertamente complejo, ha dado ocasión al Tribunal de pronunciarse hasta en cuatro ocasiones (la última y definitiva en 2013). El Tribunal de Justicia se encontraba ante el siguiente dilema: si aplicaba directamente la sanción del Consejo de Seguridad (guiado de una concepción básicamente monista) respetando así el Derecho internacional postergaba las garantías procesales mínimas exigidas en el ordenamiento del que es guardián (el Sr. *Kadi* argumentaba que no había tenido derecho a recurrir la sanción ni a aportar pruebas en su defensa, y que el Consejo de Seguridad de la ONU lo sancionó sin haberlo ‘oído’). Por el contrario, si se declaraba inaplicable la sanción del Consejo de Seguridad, otorgando al ciudadano las garantías mínimas que exige en su propio ordenamiento pero ponía en entredicho las obligaciones internacionales de la UE y, con ello, su imagen de «buen ciudadano internacional», acercándose, sin decirlo, a ese enfoque de cariz dualista que siempre ha criticado en los Estados miembros. Finalmente, el Tribunal optó por declarar inaplicable esa sanción, dando entrada al respeto de un estándar mínimo en materia de derechos fundamentales. Lo hizo, sin embargo, intentando que no pareciese que se estaban incumpliendo las obligaciones derivadas del Derecho internacional (declarando ilegal el reglamento comunitario que simplemente transcribía, sin margen de apreciación, la sanción del Consejo de Seguridad), de manera similar a como los Estados han intentado capear en ocasiones problemas análogos (normas comunitarias que no resultarían totalmente compatibles con el estándar mínimo de sus respectivas constituciones nacionales). Sobre esta cuestión se volverá más adelante al analizar el impacto de la Carta de la ONU en el Derecho de la UE.

<sup>17</sup> M. KOSKENNIEMI, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1/1, 2007, pp. 1-18, especialmente, p. 2, donde emplea estos dos adjetivos que toma de Kelsen. Igualmente, vide A. PELLET, «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire», *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. V/2, 1997, pp. 193-271.

<sup>18</sup> Aunque la saga judicial *Kadi* incluye diversos asuntos ante el Tribunal de Justicia, cuando la doctrina se refiere a esta sentencia, generalmente alude a los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ (Gran Sala) 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]. La saga completa es la siguiente: asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI (Sala Segunda ampliada) 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331] y asunto T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI (Sala Segunda ampliada) 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332]; asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ (Gran Sala) 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]; asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contra Comisión Europea*, STG (Sala Séptima) 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418]; asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión Europea y otros contra Yassin Abdullah Kadi*, STJ (Gran Sala) 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518]. Sobre esta cuestión, vide especialmente L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 368-401 y L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 197-231.

7. En conclusión, el modelo que sigue la UE podría calificarse como ‘monista moderado’ o ‘monista atenuado’<sup>19</sup>. Es decir, monista, a condición de que el Derecho internacional no viole el estándar mínimo de derechos garantizados en el marco de los Tratados (incluyendo la Carta), cuya salvaguarda compete al Tribunal de Justicia. Una posición que, desde el punto de vista dogmático, no se aleja mucho de lo establecido por otros «supremos intérpretes»; así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español (DTC 1/2004) en lo relativo a las relaciones ‘Derecho de la UE / Derecho constitucional nacional’<sup>20</sup>.

## 2. Los tratados internacionales en el sistema de fuentes de la UE. Especial referencia a los «acuerdos mixtos»

8. Una vez resuelta esta primera cuestión, se hace necesario abordar la relativa a la posición que ocuparían estas fuentes internacionales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En este punto, son dos las disposiciones de los Tratados que nos aportan información relevante. Por un lado, el artículo 218.11 TFUE prevé un mecanismo en virtud del cual un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá concluirse, ni entrar en vigor, salvo modificación de éste o previa revisión de los Tratados (ejemplo de esta situación sería la censura por parte del Tribunal del proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Dictamen 2/13, 18 diciembre 2014)<sup>21</sup>. En consecuencia, cabe entender que el Derecho primario se encuentra en una posición de supremacía a los acuerdos internacionales que vaya a firmar la Unión Europea. Por lo demás, es el propio artículo 218 TFUE junto con el artículo 216.2 TFUE el que, al establecer el sistema de incorporación y la propia posición jerárquica de los acuerdos internacionales, implícitamente otorgaría a los Tratados originarios la supremacía última. Es decir, si los Tratados constitutivos regulan la cuestión de la posición jerárquica del Derecho internacional, en última instancia se garantizarían la supremacía sobre cualquier otra norma, al igual que hacen todos los ordenamientos jurídicos de rango constitucional (el asunto *Kadi* –que se analizará más adelante– sería un buen ejemplo de esta cuestión y, en el caso español, la propia DTC 1/2004<sup>22</sup>).

Por otro lado, el propio artículo 216.2 TFUE, al afirmar que los acuerdos concluidos por la Unión vinculan a las instituciones de ésta, deja claro que esos acuerdos ocupan una posición superior al llamado Derecho derivado autónomo, el adoptado por las instituciones de la Unión<sup>23</sup>. Esta posición de los acuerdos suscritos por la Unión sobre el Derecho derivado supone que el Derecho emanado de las instituciones debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos internacionales y no al revés. En efecto, «cuando un texto de Derecho comunitario derivado exige una interpretación, debe interpretarse, en la medida de lo posible, en un sentido conforme con las disposiciones del Tratado. Un Reglamento de ejecución debe asimismo ser objeto, si es posible, de una interpretación conforme con las disposiciones del Reglamento de base»<sup>24</sup>. Del mismo modo, «la primacía de los Acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos Acuerdos»<sup>25</sup>.

Como se ha avanzado antes, los acuerdos firmados por la Unión vinculan a las instituciones de la Unión pero también a los Estados miembros (artículo 216.2 TFUE). Este segundo inciso implica que las

<sup>19</sup> L. I. GORDILLO PÉREZ, «Hacia la consolidación de un constitucionalismo interordinamental», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 275-328.

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, vide P. PÉREZ TREMP, «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista española de derecho europeo*, núm. 29, 2009, pp. 19-48.

<sup>21</sup> Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>22</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. «BOE» núm. 3, de 4 de enero de 2005, pp. 5 - 21.

<sup>23</sup> Asunto C-311/04, *Algemene Scheeps*, STJ 12 enero 2006, párrafo 25, ECLI:EU:C:2006:23; Asunto C-308/06, *Inter-tanko*, STJ 3 junio 2008, párrafo 42, ECLI:EU:C:2008:312, entre otras.

<sup>24</sup> Véase la sentencia de 24 de junio de 1993, *Dr. Trepper*, C-90/92, Rec. p. I-3569, apartado 11, ECLI:EU:C:1993:264.

<sup>25</sup> Asunto C-61/94, *Comisión v. Alemania*, STJ 10 septiembre 1996, párrafo 52, ECLI:EU:C:1996:313.

disposiciones de dichos convenios prevalecerían sobre el Derecho nacional<sup>26</sup>. De este modo, los Estados miembros, para dar cumplimiento al Derecho de la Unión, deben aplicar las normas nacionales, en la medida de lo posible, a la luz del sentido literal y de la finalidad de dichos acuerdos. En este contexto, la labor de supervisión que ejerce la Comisión en tanto que «guardiana» del Derecho de la UE incluirá el asegurarse de que los Estados miembros aplican su propio Derecho nacional de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por la Unión. No obstante, como recuerda la doctrina más autorizada<sup>27</sup>, en la práctica sería muy excepcional que el Tribunal de Justicia concluyese que una disposición nacional es incompatible con un acuerdo firmado por la UE, como, por lo demás, tampoco es habitual que se declare un acto de Derecho derivado incompatible con uno de estos acuerdos<sup>28</sup>.

9. Otro de los aspectos que es necesario analizar es el del posible efecto directo de los acuerdos internacionales, es decir, hasta qué punto se pueden alegar válidamente ante un tribunal una disposición de un acuerdo internacional suscrito por la Unión. En este punto, hay que recurrir a las normas clásicas de Derecho internacional, según las cuales el efecto directo no sería la regla general, sino que habría que realizar un examen particular en cada caso concreto<sup>29</sup>.

Así, para que en los procedimientos judiciales los individuos puedan ampararse en una disposición de un acuerdo firmado por la Unión es necesario que la misma tenga efecto directo<sup>30</sup>. Los firmantes del acuerdo pueden haber establecido el efecto directo de todas o algunas disposiciones. En defecto de esta previsión, el Tribunal ha establecido que en estos casos, una disposición como la descrita «debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno»<sup>31</sup>. Es decir, para que una disposición de un acuerdo suscrito por la Unión tenga efecto directo debe cumplir con los requisitos generales establecidos para que una norma tenga efecto directo y, además, dicho efecto directo ha de ser compatible con la finalidad y la naturaleza del acuerdo en cuestión o, en palabras, del Tribunal «deben ponderarse simultáneamente, el espíritu, el sistema y los términos» del Acuerdo en cuestión<sup>32</sup>.

10. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha reconocido efecto directo a las disposiciones de acuerdos de asociación suscritos por la Unión (bien que con Estados que han acabado siendo miembros de la UE), acuerdos de cooperación (con Marruecos, Turquía, Túnez o Argelia, entre otros<sup>33</sup>) y a algún acuerdo de libre comercio (con Portugal, antes de su ingreso). La cuestión más compleja ha sido la del posible efecto directo de las disposiciones del GATT y, posteriormente, de la OMC<sup>34</sup>.

El reconocimiento de efecto directo a estas disposiciones podría provocar algún tipo de antinomia en el seno del ordenamiento jurídico de la UE. En estos casos, prevalecería la disposición del acuerdo internacional siempre y cuando tenga efecto directo. Así, un pacto internacional que sea vinculante para la Unión y los Estados miembros podría ser empleado como parámetro de validez de la legislación de la Unión (siempre y cuando se reconozca a sus disposiciones efecto directo)<sup>35</sup>. A modo de ejemplo, el Tribunal de Justicia ha reconocido efecto directo en estos términos, entre otros, al Convenio de Montreal

<sup>26</sup> Asunto C-104/81, *Kupferberg*, STJ 26 octubre 1982, párrafos 11-14, ECLI:EU:C:1982:362.

<sup>27</sup> K. LENAERTS; P. VAN NUFFEL; R. BRAY, *European Union Law*, op. cit., pp. 861-884.

<sup>28</sup> Asunto T-115/94, *Opel Austria v. Consejo*, STPI 22 enero 1997, ECLI:EU:T:1997:3.

<sup>29</sup> J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 7e ed., Dalloz, Paris, 2012, pp. 604-606.

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión, vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., especialmente, pp. 48-54.

<sup>31</sup> Asunto C-12/86, *Demirel*, STJ 30 septiembre 1987, párrafo 14, ECLI:EU:C:1987:400.

<sup>32</sup> Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, STJ 12 diciembre 1972, párrafo 8, ECLI:EU:C:1972:115.

<sup>33</sup> Véase el asunto C-18/90, *Office national de l'emploi v. Kziber*, STJ 31 enero 1991, párrafos 21-23, ECLI:EU:C:1991:36.

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión, en general, vide N. ARRIOLA ECHÁNIZ, *La convergencia de dos sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2017.

<sup>35</sup> A. LÓPEZ CASTILLO, «Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos», J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA / G. JÁUREGUI BEREICIARTU, (coords.), *Derecho constitucional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 113-153; A. VON BOGDANDY, «Pluralism, direct effect and the ultimate Say: On the relationship between international and domestic constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3-4, July-december, 2008, pp. 397-413.

sobre la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional<sup>36</sup> y lo ha descartado en el caso del acuerdo GATT/OMC<sup>37</sup> y en el de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>38</sup>.

**11.** En otro orden de cosas, hay que hacer referencia a una categoría específica de tratados que la doctrina ha bautizado con el nombre de «acuerdos mixtos». Como ya se ha dicho, la Unión puede concluir acuerdos internacionales con terceros en aquellas materias en las que sea competente. Sin embargo, dado que las competencias exclusivas de la Unión son escasas, puede ocurrir con frecuencia que se revele necesario que un tratado sea firmado tanto por los Estados miembros como por la Unión, al cubrir ámbitos competencias en manos de ambos actores. A estos acuerdos se les denomina «acuerdos mixtos».

Son varios los problemas que este tipo de acuerdo implican: la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros, la negociación de los mismos, la determinación de la potencial responsabilidad internacional de una u otros. En este sentido, el TJUE viene exigiendo que se garantice una estrecha cooperación entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión, tanto en el proceso de negociación y de celebración de los mismos como en la ejecución de los compromisos contraídos<sup>39</sup>. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha declarado que los acuerdos mixtos celebrados por la Unión (antes “Comunidad”), sus Estados miembros y países terceros tienen el mismo estatuto jurídico que los acuerdos puramente “comunitarios”, ya que se trata de disposiciones que son de la competencia de la Unión<sup>40</sup>.

Por otro lado, la doctrina que ha analizado la actitud del Tribunal frente a los acuerdos mixtos ha observado que el mismo reconocería dos tipos de acuerdos mixtos: los opcionales (*facultative mixity*) y los obligatorios (*obligatory mixity*)<sup>41</sup>. Dicha distinción, a su vez, descansaría en una división entre competencias paralelas y compartidas (entre los Estados miembros y la propia UE). Así, en aquellas áreas en las que la UE tiene competencias que no son exclusivas pero tampoco existe una reserva específica a favor de los Estados, estaríamos ante un caso de *facultative mixity* (el ejemplo serían los tratados sobre medio ambiente). Los casos de *obligatory mixity* tienen que ver con la obligación de participación de la UE y los Estados miembros ya que existe una reserva específica a favor de los Estados, con lo que nos encontramos en supuestos de competencias claramente compartidas (el caso típico es el de la Convención sobre Derecho del Mar). La diferencia práctica entre ambos consiste en que en el primer caso (*facultative mixity*), al referirse el acuerdo a una competencia paralela (o concurrente, es decir, no atribuida de manera excluyente a los Estados o la UE), existe una decisión política sobre si procede o no involucrar a los Estados miembros desde el principio<sup>42</sup>. Lo cierto es que este tipo de acuerdos son habituales y suele haber una razón práctica para hacerlo, asegurándose así un desarrollo pacífico de la negociación, ratificación y posterior implementación. Pero, en todo caso, corresponde al Tribunal de Justicia establecer los límites y establecer si la participación de un Estado era o no obligatoria. Así, en el caso *Portugal v. Consejo* (C-268/94), el Tribunal interpretó la competencia de la UE en el ámbito de la cooperación al desarrollo de manera tan amplia que concluyó, contrariamente a lo que alegaba Portugal, que no era necesaria la participación de los Estados miembros en el supuesto analizado<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Asunto C-344/04, *IATA*, STJ 10 enero 2006, párrafo 39, ECLI:EU:C:2006:10.

<sup>37</sup> Asunto C-280/93, *Alemania v. Comisión*, STJ 5 octubre 1994, párrafo 109, ECLI:EU:C:1994:367, para el GATT y asunto C-149/96, *Portugal v. Consejo*, STJ 23 noviembre 1999, párrafo 47, ECLI:EU:C:1999:574, para la OMC.

<sup>38</sup> Asunto C-308/06, *Intertanko*, *op. cit.*

<sup>39</sup> Asunto C-28/12, *Comisión vs. Consejo*, STJ 28 abril 2015, apartado 54, ECLI:EU:C:2015:282.

<sup>40</sup> Asunto C-12/86, *Demirel*, *op. cit.*

<sup>41</sup> Normalmente, se atribuye esta primera distinción al hoy juez del Tribunal de Justicia A. ROSAS. Así, *vide*, A. ROSAS, «Mixed Union – Mixed Agreements», M. KOSKENNIEMI (Ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer, The Hague, 1998, pp. 125-148; A. ROSAS, «The European Union and mixed agreements», A. DASHWOOD / Ch. HILLION, *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 216-237; A. ROSAS, «The Future of Mixity», Ch. HILLION / P. KOUTRAKOS, *Mixed Agreements Revisited. The EU and its Member States in the World*, Hart, Oxford, 2010, pp. 367-374.

<sup>42</sup> R. LEAL ARCAS, «The European Community and Mixed Agreements», *European Foreign Affairs Review*, Vol. 6, 2001, pp. 488-496 (483-513).

<sup>43</sup> Asunto C-268/94, *Portugal vs. Consejo*, STJ 3 diciembre 1996, ECLI:EU:C:1996:461. Sobre esta cuestión, *vide* S. PEERS, «Case C-268/94, Portugal v. Council, (development policy), [1996] ECR I-6177 (Full Court)», *Common Market Law Review*, Vol. 35/2, 1998, pp. 539-555; T. LOCK, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, especialmente, pp. 97-100.



12. Finalmente, en fecha muy reciente el TJ se ha mostrado particularmente celoso en cuanto al procedimiento a seguir en los casos de acuerdos de libre comercio bilateral «de nueva generación», a los que ha incluido dentro de la categoría de acuerdos mixtos. Tal y como ha apuntado el Parlamento Europeo en sus observaciones a propósito del reciente dictamen 2/15 (Acuerdo de libre comercio UE/Singapur), un acuerdo de libre comercio bilateral “de nueva generación” es aquel «que, además de las disposiciones tradicionales relativas a la reducción de los derechos de aduana y de los obstáculos no arancelarios que afectan al comercio de mercancías y de servicios, contiene disposiciones en diversas materias vinculadas al comercio, como la protección de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones, la contratación pública, la competencia y el desarrollo sostenible»<sup>44</sup>. De este modo, en este reciente dictamen, la Alta instancia de Luxemburgo ha reafirmado que cuando algunas de las disposiciones que integren el acuerdo sean de competencia compartida (Estados y UE), además de la Unión, todos los Estados miembros deberán «firmar y celebrar» el tratado, es decir, todos los Estados deben participar en la firma y habrán de ratificar el mismo texto de acuerdo con sus disposiciones constitucionales internas<sup>45</sup>.

### 3. Recepción y posición en el sistema de fuentes de la UE de las decisiones adoptadas por los órganos creados por acuerdos internacionales.

13. El Tribunal de Justicia no solo ha reconocido la fuerza vinculante y el posible efecto directo de los acuerdos internacionales suscritos por la Unión, sino que también lo ha hecho respecto de las decisiones adoptadas por las instituciones creadas por el acuerdo que son responsables de implementarlo. Así, en el Dictamen 1/91<sup>46</sup> (*sobre el Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo*), se estableció que «cuando un Acuerdo internacional prevé un sistema jurisdiccional propio que comprende un órgano jurisdiccional competente para resolver las controversias entre las partes contratantes del Acuerdo y, por consiguiente, para interpretar las disposiciones de éste, las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional vinculan a las Instituciones de la Comunidad, incluido este Tribunal de Justicia. Tales resoluciones se imponen asimismo cuando este Tribunal de Justicia deba pronunciarse, con carácter prejudicial o en el marco de un recurso directo, sobre la interpretación del Acuerdo internacional, por cuanto que este último forma parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario»<sup>47</sup>.

14. En cuanto al posible efecto directo de tales decisiones, es necesario que satisfagan los mismos requisitos que los aplicables a las disposiciones del propio acuerdo<sup>48</sup>. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha determinado que numerosas disposiciones de decisiones del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo entre la, entonces, Comunidad Económica Europea y Turquía tienen efecto directo, con lo que, en esencia, ha descartado el efecto directo de aquellas decisiones que requieren de ulteriores medidas de implementación o aquellas que simplemente animaban a las partes a adoptar medidas<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, 16 mayo 2017, ECLI:EU:C:2017:376, párrafo 17. Para un comentario sobre este dictamen, *vide* J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, 2017, pp. 403-429.

<sup>45</sup> *Ibidem*, párrafos 244 y 292. La expresión «firmar y celebrar» ha sido empleada por la Comisión en la solicitud de dictamen (párrafos 1, 12 y 30 del Dictamen 2/15) y abarcaría el proceso completo de firma, ratificación y adopción de las medidas necesarias para la entrada en vigor de un Tratado internacional.

<sup>46</sup> Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, 14 diciembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

<sup>47</sup> En esa línea, *vide* Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia, 18 abril 2002, ECLI:EU:C:2002:231; y, asimismo, Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia, 8 marzo 2011, ECLI:EU:C:2011:123.

<sup>48</sup> Asunto C-192/89, *Sevince v. Staatssecretaris van Justitie*, STJ 20 septiembre 1990, párrafo 14, ECLI:EU:C:1990:322. Sobre este caso, *vide* P. GILSDORF, «Les organes institués par des accords communautaires: effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89», *Revue du Marché Commun*, n. 357 (avril), 1992, pp. 328-338.

<sup>49</sup> Asunto C-192/89, *Sevince, op. cit.*, párrafos 17-26 o asunto C-237/91, *Kazim Kus vs. Landeshauptstadt Wiesbaden*, STJ 16 de diciembre de 1992, ECLI:EU:C:1992:527, párrafos 27-36. Para una recopilación de casos, *vide* K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, R. BRAY, *European Union Law, op. cit.*, p. 867 (nota 261).

En este supuesto, la cuestión más espinosa es la ya conocida del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del GATT y luego de la OMC. El Tribunal rechazó al principio otorgar efecto directo a las propias normas del GATT debido a su flexibilidad y al carácter incompleto del sistema de solución de diferencias<sup>50</sup>. El Tribunal igualmente estimó que un Estado miembro no podía invocar las disposiciones del GATT para cuestionar la legalidad de determinadas disposiciones del Reglamento<sup>51</sup>. En el caso de la OMC, el Tribunal ha establecido que el sistema de solución de diferencias aún dejaba un amplio margen de maniobra a la negociación incluso después de haber constatado una violación. En este contexto, admitir el efecto directo automático de las decisiones de la OMC, desplazando actos y normas de la UE, podría ser interpretado como una usurpación de competencias de las instituciones por parte del juzgador. Así opina la doctrina más autorizada, quien añade que en tanto que muchos miembros de la OMC han excluido el efecto directo automático de las disposiciones de los acuerdos (y por tanto, también de los actos de aplicación, que en este caso serían las decisiones en el procedimiento de solución de diferencias), y dado que la OMC se fundamenta en la reciprocidad entre sus miembros, reconocer este efecto directo unilateralmente por parte de la UE mientras que otros socios no lo hacen, colocaría a la Unión en una posición difícilmente sostenible<sup>52</sup>.

15. Finalmente, al igual que se aplica la regla general relativa a la validez de los acuerdos que vinculan a la UE, sería también de aplicación la excepción establecida por el Tribunal en *Kadi*, es decir, no cabría reconocer efectos en la UE a las decisiones de los organismos internacionales que violasen los principios constitucionales establecidos por los tratados constitutivos. La regla general casa, por tanto, con el enfoque tradicional de la CE/UE favorable a la apertura al Derecho internacional. No obstante, a medida que la propia Unión va evolucionando, se observa un celo cada vez mayor por parte del Tribunal de Justicia en tanto que guardián último de la autonomía del Derecho de la UE. Así, cabe recordar el reciente caso del Dictamen 2/13<sup>53</sup> (sobre la adhesión de la UE al CEDH) en el que el Tribunal censuró, especialmente, aquellas disposiciones del proyecto de acuerdo de adhesión que, en términos generales, otorgaban la última palabra en materia de interpretación de derechos al Tribunal de Estrasburgo, cuestionando su papel como instancia última de control del Derecho de la UE<sup>54</sup>.

#### 4. Interpretación y control jurisdiccional de los acuerdos internacionales

16. El Tribunal de Justicia acepta la validez interna de los acuerdos firmados por la UE, e incluso su primacía, porque existe la posibilidad de realizar un control tanto preventivo como sucesivo de su conformidad con el «Derecho constitucional de la UE» (en este momento, la Carta de Derechos, el TUE-L y el TFUE). Así, en cuanto al control preventivo, el artículo 218.11 TFUE, con un sentido no muy distante del artículo 95 de la Constitución española, dispone que «[u]n Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados». De este modo, cabe la posibilidad de solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia antes de que el acuerdo internacional entre en vigor (por ejemplo, el reciente Dictamen 2/13, sobre la adhesión de la UE al CEDH, por ejemplo). Este tipo de control preventivo es el más deseable en orden a evitar futuras antinomias y posibles casos de responsabilidad internacional<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, *op. cit.*, párrafos 21-27.

<sup>51</sup> Asunto C-280/93, *Alemania v. Comisión*, *op. cit.*, párrafos 103-112. Sobre esta cuestión, *vide* S. PEERS, «WTO dispute settlement and Community law», *European Law Review*, Vol. 25/5, 2001, pp. 605-615.

<sup>52</sup> J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 605.

<sup>53</sup> Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>54</sup> L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, *op. cit.*, pp. 197-231.

<sup>55</sup> M. MÉNDEZ, «Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15/1, 2017, pp. 105-108 (84-109).

17. La siguiente cuestión sería la relativa a si es posible llevar a cabo un control sucesivo de normas internacionales (algo similar a lo que plantea el artículo 27.2 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español<sup>56</sup>, que permite el control sucesivo de los Tratados internacionales). Ya se ha visto cómo el Tribunal de Justicia ha reconocido en *Kadi* su propia competencia para realizar un control de validez de decisiones emanadas de organismos internacionales que atentan contra los principios constitucionales del Derecho originario, de forma similar a como se practica lo que en términos constitucionales sería un control incidental. Ahora bien, ¿sería posible llevar a cabo un control objetivo de un acuerdo que ya está en vigor? El Tribunal resolvió esta cuestión permitiendo plantear un recurso de anulación, al amparo del actual artículo 263 TFUE, contra el acto en virtud del cual las instituciones de la Unión decidieron concluir el acuerdo internacional<sup>57</sup>. Ahora bien, la posible anulación de este acto podría colocar a la Unión Europea en una situación en la que incurriría en responsabilidad internacional<sup>58</sup>. Por ello, como algún autor había apuntado, y en tanto que la anulación del acto de autorización de la firma del acuerdo no liberaría a la Unión de sus responsabilidades internacionales, sería deseable que el Tribunal de Justicia acompañe siempre la anulación de un acuerdo internacional con una declaración de que sus efectos jurídicos no se verán afectados<sup>59</sup>. De esta manera, no sorprende que en un caso posterior, el Tribunal de Justicia aunque anuló la decisión del Consejo por la que se aprobaba la conclusión de un acuerdo con los Estados Unidos por la incorrecta elección de la base jurídica (en este caso el artículo 95 TCE, actual 114 TFUE), limitó los efectos de esta anulación argumentando que la Unión «no puede invocar su propio Derecho como justificación del incumplimiento del Acuerdo»<sup>60</sup>.

18. En otro orden de cosas, y en tanto que producto de un acto de las instituciones, el acuerdo internacional forma parte del ordenamiento jurídico de la UE y, por tanto, el Tribunal de Justicia quedaría habilitado para responder a posibles cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 267 TFUE<sup>61</sup>. En el caso de los acuerdos mixtos, la competencia interpretativa corresponde al Tribunal únicamente en la medida en que afecta a la UE<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979.

<sup>57</sup> Asunto C-327/91, *Francia v. Comisión*, STJ 9 agosto 1994, párrafo 17, ECLI:EU:C:1994:305. C. KADDOUS, «L'arrêt France c. Commission de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la "légalité" des accords externes en vertu de l'art. 173 CE: la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale», *Cahiers de droit européen*, Vol. 32/5-6, 1996, pp. 613-634.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párrafo 25.

<sup>59</sup> P. J. G. KAPTEYN, «Quelques réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers», G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS / O. DUE / R. SCHINTGEN / C. ELSÉN, (coords.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 275-285.

<sup>60</sup> Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento vs. Consejo - PNR*, STJ 30 mayo 2006, ECLI:EU:C:2006:346. Concretamente, el TJ estableció que «[t]eniendo en cuenta, por una parte, que la Comunidad no puede invocar su propio Derecho como justificación del incumplimiento del Acuerdo, que sigue siendo aplicable durante el plazo de noventa días a partir de su denuncia, y, por otra, la estrecha relación existente entre el Acuerdo y la Decisión sobre el carácter adecuado de la protección, resulta justificado, por razones de seguridad jurídica y con el fin de proteger a las personas afectadas, mantener los efectos de dicha Decisión durante el citado período. Además, es necesario considerar el plazo que requiere la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de la presente sentencia». Sobre este caso, *vide* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas anula el Acuerdo entre la Comunidad Europea y los EE.UU. para la transmisión de los datos sobre los pasajeros por las compañías aéreas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 20, 2006, pp. 557-576; G. GILMORE / J. RIJMA, «Joined Cases C-317/04 and C-318/04, European Parliament v. Council and Commission, Judgment of the Grand Chamber of 30 May 2006», *Common Market Law Review*, Vol. 44/4, 2007, pp. 1081-1099; M. MENDEZ, «Passenger Name Record Agreement. European Court of Justice. Annulment of Commission Adequacy Decision and Council Decision Concerning Conclusion of Passenger Name Record Agreement with US Grand Chamber Judgment of 30 May 2006, Joined cases C-317/04 and C-318/04, European Parliament v. Council and Commission», *European Constitutional Law Review*, Vol. 3/1, 2007, pp. 127-147.

<sup>61</sup> Asunto C-192/89, *S. Z. Sevince vs. Staatssecretaris van Justitie*, STJ 20 septiembre 1990, párrafos 10-11. ECLI:EU:C:1990:322. Sobre esta cuestión, *vide* P. GILSDORF, «Les organes institués par des accords communautaires: effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89», *Revue du Marché Commun*, n. 357, 1992, pp. 328-338.

<sup>62</sup> Asunto C-321/97, *Andersson y Wåkerås-Andersson*, STJ 15 junio 1999, ECLI:EU:C:1999:307. Así, tal y como dijo el Tribunal, «[n]o obstante, dicha competencia para interpretar el Acuerdo (...) únicamente es válida por lo que respecta a la Comunidad, de modo que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse acerca de la interpretación de dicho Acuerdo en lo que atañe a su aplicación en los Estados» (párrafo 28).

## II. Los acuerdos internacionales suscritos por los Estados miembros con terceros Estados

### 1. Acuerdos suscritos antes de que los Tratados entraran en vigor

19. En el momento en que los Estados miembros establecieron las Comunidades Europeas, ya tenían concluidos multitud de acuerdos internacionales con otros Estados, acuerdos cuya vigencia podían tener interés en mantener. Sin embargo, no es difícil imaginar que las nuevas obligaciones contraídas pudieran resultar incompatibles con tratados anteriores. Por este motivo, los Estados miembros incluyeron una disposición que hoy se encuentra en el artículo 351 TFUE<sup>63</sup>, que establece lo siguiente:

«Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros».

En virtud de dicha norma, contemplada en el párrafo primero, se reconoce que la creación de la UE/CE por los Estados fundadores o la adhesión a la misma por el resto de Estados miembros no altera la existencia jurídica de los Tratados que estos tengan suscritos con terceros antes de esa creación o adhesión. Lo cierto es que este planteamiento deriva de los principios generales del Derecho Internacional así como de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>64</sup> (artículo 30.4, b).

20. No obstante, y ante la posibilidad de que los nuevos compromisos adquiridos fuesen incompatibles con los que tuviesen concertados anteriormente, el párrafo segundo obliga a los Estados miembros a recurrir «a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común». Tal y como tiene establecido el Tribunal de Justicia, tal disposición supone, para el Estado miembro en cuestión, la posibilidad de elegir las medidas que deban adoptarse para eliminar las incompatibilidades que se hayan detectado, pero también implica que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de aquel Acuerdo, le incumbe denunciarlo si es posible<sup>65</sup>. Por lo tanto, el Estado miembro en cuestión deberá iniciar negociaciones con el/los Estados terceros a fin de eliminar las incompatibilidades y, llegado el caso y cuando esas negociaciones se revelen infructuosas, deberá denunciar el anterior tratado si la posibilidad legal existe, asumiendo, si fuere necesario, las consecuencias negativas que tal terminación pudiera suponer, como pueda ser el pago de compensaciones económicas. En todo caso, si el cumplimiento del

<sup>63</sup> Antiguos artículos 307 del Tratado de la Comunidad Europea y 105 y 106 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

<sup>64</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF. 39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

<sup>65</sup> Asunto C-62/98, *Comisión v. Portugal*, STJ 4 julio 2000, ECLI:EU:C:2000:358, en la que el Tribunal condenó a Portugal por no haber denunciado ni adaptado un Acuerdo que tenía suscrito antes de su adhesión a las Comunidades Europeas y que contemplaba la posibilidad de denuncia. *Vide* Ch. HILLION, «Case C-62/98 Commission of the European Communities v. Portugal, and Case C-84/98 Commission of the European Communities v. Portugal» *Common Market Law Review*, Vol. 38/5, 2001, pp. 1269-1283 y J. KLABBERS, «Moribund on the fourth of July? the Court of Justice on prior agreements of the Member States», *European Law Review*, Vol. 26/2, 2001, pp. 187-197.

Derecho de la UE implicase la infracción de los compromisos internacionales anteriores, éstos están protegidos por el párrafo primero antes citado.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea demandó a Eslovaquia ante el TJUE al entender que estaba infringiendo lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad<sup>66</sup>. Eslovaquia argumentó que su comportamiento venía exigido por Acuerdo que había suscrito en 1990 con la Confederación Suiza sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones. El TJUE dio la razón a Eslovaquia y desestimó el recurso de la Comisión al entender que el comportamiento de aquél estaba protegido por el párrafo primero del artículo 351 TFUE<sup>67</sup>.

**21.** Por otro lado, la existencia de esos acuerdos previos no puede suponer que se amplíen a terceros Estados los beneficios que los Estados miembros se otorgan recíprocamente por ser miembros de la Unión. Así está previsto en el tercer párrafo del artículo 351 del TFUE, cuyo tenor literal es el siguiente: «[e]n la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros». Esta disposición parece establecer la obligación de interpretar, en la medida de lo posible, los acuerdos concluidos con terceros Estados de conformidad con las obligaciones que el Derecho de la UE impone a los Estados miembros afectados<sup>68</sup>.

El artículo 350 del TFUE, por su parte, reconoce la preferencia de los acuerdos relacionados con la Unión Económica de Benelux, al señalar que «las disposiciones de los Tratados no obstarán a la existencia y perfeccionamiento de las uniones regionales entre Bélgica y Luxemburgo, así como entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, en la medida en que los objetivos de dichas uniones regionales no sean alcanzados mediante la aplicación de los Tratados»<sup>69</sup>.

## 2. Acuerdos suscritos después de que los Tratados entraran en vigor

**22.** Como no podía ser de otra manera, los Tratados de la Unión no se oponen a que los Estados ejerzan sus competencias no transferidas en el ámbito internacional, es decir, respecto de cuestiones que no entran dentro de la competencia exclusiva de la Unión. Por el contrario, en materias en las que la Unión tiene competencia exclusiva, un Estado miembro ya no puede concluir acuerdos con terceros Estados salvo que tenga una autorización especial. Tal fue el caso de la Convención para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT)<sup>70</sup>, en el que la entonces Comunidad Europea autorizó a España, mediante una decisión, a fin de permitir que este Estado se adhiriera con carácter provisional a la Convención, hasta el momento de la adhesión de la Comunidad, dado que la

<sup>66</sup> Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de junio de 2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE. DO L 176 de 15.7.2003, p. 37-56.

<sup>67</sup> Asunto C-264/09, *Comisión v. República eslovaca*, STJ 15 septiembre 2011, ECLI:EU:C:2011:580. Sobre esta cuestión, vide A. BOUTE, «Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 49/3, 2012, pp. 1179-1196.

<sup>68</sup> A. ROSAS, «The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Members States», *Fordham International Law Journal*, Vol. 34/5, 2011, p. 1322 (1304-1345).

<sup>69</sup> El Benelux es una unión económica y aduanera entre Bélgica (Be-), Holanda (-Ne-) y Luxemburgo (-Lux) previa a las Comunidades y a la Unión Europea. Es, quizá, la primera experiencia exitosa de integración económica en el ámbito europeo y las instituciones de la CE/UE se han mostrado desde siempre particularmente deferentes con esta estructura, hasta el punto de haber reconocido al Tribunal de Justicia del Benelux la consideración de «órgano jurisdiccional nacional», a los efectos de poder presentar cuestiones prejudiciales. Así, vide el asunto C-337/95, *Parfums Christian Dior*, STJ 4 noviembre 1997, párrafos 20-26, ECLI:EU:C:1997:517. C. GIMENO VERDEJO, «La sentencia Christian Dior contra Evora. Interpretación del artículo 177 del Tratado relativo a la cuestión prejudicial e interpretación de disposiciones en materia de propiedad industrial», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 18, 1998, pp. 211-222.

<sup>70</sup> Instrumento de Adhesión de España a la Convención para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), hecho en Washington el 31 de mayo de 1949, «BOE» núm. 181, de 30 de Julio de 2003.

Convención sólo preveía en un primer momento que pudiera ser firmada por Estados. En ese caso, se obligaba a España a participar en las decisiones de la CIAT de conformidad con la posición comunitaria y en estrecha consulta con la Comisión. Una vez que la Comunidad pudiese ejercer su competencia, España debía denunciar la Convención<sup>71</sup>.

**23.** Los acuerdos suscritos por los Estados miembros con terceros Estados u organizaciones internacionales no son vinculantes para la Unión y en consecuencia, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para interpretar las disposiciones del Derecho internacional que son vinculantes para los Estados miembros fuera del ámbito del Derecho de la Unión o para determinar si una disposición nacional es compatible con tal acuerdo. No obstante, son vinculantes para la Unión los acuerdos concluidos por los Estados miembros cuando los Tratados se refieren a ellos o cuando, en virtud de los Tratados, la Unión ha asumido competencias que previamente recaían en los Estados miembros en relación con la aplicación de dichas disposiciones. Con el objetivo de asegurar que el Derecho de la Unión es aplicado de manera uniforme, el Tribunal de Justicia puede interpretar disposiciones de los acuerdos con efectos desde el momento en que la Unión sustituye a los Estados miembros en el Tratado en cuestión<sup>72</sup>.

**24.** Por lo demás, cuando un acuerdo internacional es vinculante para todos los Estados miembros, pero no para la Unión, amparándose en el «principio consuetudinario de buena fe, que forma parte del Derecho internacional general», el Tribunal de Justicia seguirá esforzándose por interpretar la legislación de la Unión «tomando en consideración» el acuerdo internacional<sup>73</sup>. Obsérvese la argumentación que emplea el Tribunal en el caso *Intertanko* a propósito de los efectos de un Convenio (Marpol 73/78) del que no era parte la entonces Comunidad pero del que eran parte todos los Estados miembros. Así, aunque «la Comunidad no ha asumido (...) las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio Marpol 73/78 (...) ni [aunque] las disposiciones de éste tienen efecto vinculante para la Comunidad (...) [dado] que todos los Estados miembros de la Comunidad son partes contratantes en [este] Convenio (...), habida cuenta del principio consuetudinario de buena fe, que forma parte del Derecho internacional general, y del artículo 10 CE [actual artículo 4.3 TUE-L], incumbe al Tribunal de Justicia interpretar esas disposiciones tomando en consideración el Convenio Marpol 73/78»<sup>74</sup>.

El Tribunal descartó en el caso anterior una especie de sucesión funcional, lo que habría hecho que el Convenio en disputa constituyera parte integrante del Derecho de la UE y se quedó «a medio camino», decantándose por establecer una suerte de obligación de interpretación conforme<sup>75</sup>. La suce-

<sup>71</sup> Artículo 2 de la decisión 2006/539/CE del Consejo, de 22 de mayo de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención para el fortalecimiento de la Comisión interamericana del atún tropical establecida por la Convención de 1949 entre los Estados Unidos de América y la República de Costa Rica.

<sup>72</sup> Asunto C-439/01, *Cipra y Kvasnicka*, STJ 16 enero 2003, ECLI:EU:C:2003:31, párrafo 5, que establece que «El Acuerdo europeo sobre el trabajo del personal de los vehículos contratados para el transporte internacional por carretera (en lo sucesivo, «Acuerdo AETC»), mencionado en el artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 3820/85, entró en vigor en la Comunidad en virtud del Reglamento (CEE) n° 2829/77 del Consejo, de 12 de diciembre de 1977 (...). El cuarto considerando del Reglamento n° 2829/77 indica que, al pertenecer la materia regulada por el Acuerdo AETC al ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n° 543/69 del Consejo, de 25 de marzo de 1969, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (...), la competencia para negociar y celebrar dicho Acuerdo corresponde a la Comunidad desde el momento de la entrada en vigor de este último Reglamento. Sin embargo, según el mencionado considerando, las circunstancias específicas de las negociaciones relativas al Acuerdo AETC justifican, con carácter excepcional, un procedimiento según el cual los Estados miembros procedan al depósito separado de sus instrumentos de ratificación o de adhesión en el marco de una acción concertada, actuando siempre en interés y por cuenta de la Comunidad».

<sup>73</sup> Asunto C-308/06, *Intertanko*, *op. cit.*

<sup>74</sup> Asunto C-308/06, *Intertanko*, *op. cit.*

<sup>75</sup> Este efecto de «sustitución» o «sucesión» ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia con otros convenios y tratados internacionales. Así, *vide* además de los asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company and others*, *op. cit.*, el asunto 9/73, *Carl Schlüter vs. Hauptzollamt Lörrach*, STJ 24 octubre 1973, ECLI:EU:C:1973:110 y el asunto 38/75, *Douaneagent der Nederlandse Spoorwegen vs. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, STJ 19 noviembre 1975, ECLI:EU:C:1975:154. Sobre esta jurisprudencia, *vide* R. KOVAR, «Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire: à propos d'une jurisprudence récente de la Cour de justice», *Revue du Marché Commun*, 1974, pp. 345-360; M. WAELBROECK, «Effect of GATT within the Legal Order of the EEC», *Journal of World Trade Law*, núm. 6, 1974, pp. 614-623; y G. WHITE, «Effects of International Treaties within the Community Order», *European Law Review*, Vol. 1, 1976, pp. 402-406.

sión o sustitución, que justificaría una adhesión implícita, ha sido reconocida por el Tribunal en algunos casos, como los Acuerdos GATT o el Convenio sobre la pesca del Atlántico Nordeste, aunque no lo reconoció en el caso del Tratado de la OMC (aunque esta cuestión se volvería más adelante irrelevante a efectos prácticos)<sup>76</sup>. Aunque no éste el lugar para profundizar en la teoría de la llamada «sucesión funcional» de los acuerdos, sí que parece conveniente recordar las condiciones ciertamente estrictas bajo las cuales podría decirse que el Tribunal de Justicia admitió en 1972 la sucesión funcional de la Comunidad en las obligaciones asumidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de los acuerdos GATT<sup>77</sup>. Dichas condiciones, sintetizadas posteriormente por el Abogado General, Sr. CAPOTORTI, en sus conclusiones sobre el caso *Procureur général vs. Arbelaz-Emazabel*<sup>78</sup> se concretarían en las siguientes: 1) que la totalidad de los Estados miembros ya fueran partes en el acuerdo internacional en el momento de la conclusión del viejo Tratado de Roma; 2) que los Estados miembros tengan la voluntad de efectuar esta subrogación y la intención de realizar los objetivos del acuerdo, 3) que la, entonces, Comunidad (hoy, UE) haya ejercido sus competencias en el ámbito del acuerdo internacional en cuestión y 4) que los terceros Estados miembros del acuerdo internacional hayan reconocido la sustitución de la, entonces, Comunidad (hoy, UE) y sus Estados miembros<sup>79</sup>.

### III. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

#### 1. El Convenio según Luxemburgo: la posición del CEDH en el Derecho de la UE

25. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Cuando se estableció la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Tratado CECA) el 18 de abril de 1951 (tratado que entraría en vigor el 23 de julio de 1952) el CEDH ya existía, pero aún no había entrado en vigor. El resto de tratados comunitarios se elaborarían vigentes el Convenio Europeo. Los redactores de ambos documentos, ciertamente tenían en mente que estaban creando dos ordenamientos totalmente distintos y diferenciados, cada uno dedicado a un ámbito muy distinto del otro: la protección de ciertos derechos humanos (CEDH) y el establecimiento de un mercado común europeo del carbón y del acero (Tratado CECA). No parecía en un primer momento que se pudiera producir ningún tipo de influencia o interrelación entre ambos más allá de responder a un nuevo sentimiento de cooperación en el viejo continente. No obstante, la evolución posterior de ambos sistemas provocaría que ambos ordenamientos cruzaran sus caminos en el futuro. En efecto, el desarrollo de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos humanos (desde 1998 sólo del TEDH), sobre todo a través del recurso directo ante el Tribunal que poseen los ciudadanos ha creado en el contexto europeo lo que se ha dado en llamar un verdadero «orden público europeo» al que están sujetos los Estados firmantes del CEDH<sup>80</sup>.

26. Por su parte, la evolución de las primitivas Comunidades europeas hasta llegar a la UE ha extendido las competencias de sus instituciones y provocado que sus actos normativos y de aplicación tenga una incidencia real y directa sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos de sus Estados miembros, más allá, incluso, del ámbito meramente económico o mercantil. Es por ello que han sido muchas las cuestiones que se han ido planteando en lo que atañe a la interrelación de ambos ordenamientos o,

<sup>76</sup> Vide los asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, *op. cit.*, párrafo 18. Sobre esta cuestión en general, vide R. SCHUTZE, «On ‘Middle Ground’. The European Community and Public International Law», *European University Institute Law Working Papers*, No. 13, 2007, especialmente, pp. 12-13.

<sup>77</sup> Esta cuestión ha sido tratada con mayor detenimiento en L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 163-169. Vide, también, el siguiente apartado de este trabajo relativo al CEDH.

<sup>78</sup> Vide las Conclusiones presentadas por el Abogado General, Sr. Capotorti en el asunto 181/80, *Procureur général près la Cour d'Appel de Pau y otros vs. José Arbelaz-Emazabel*, ECLI:EU:C:1981:192, el 15 septiembre 1981, párrafo 4.

<sup>79</sup> Sobre esta cuestión, vide N. KARAMAOUN, «Le contrôle effectué par le juge de Strasbourg sur le droit communautaire: d'un paradoxe à l'autre», P. LEUPRECHT / R. CÔTÉ / O. DELAS / F. CRÉPEAU (coords.), *Les Juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 75-125, especialmente, pp. 80-82.

<sup>80</sup> F. SURDRE *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2007, pp. 7-17.

simplemente, al hecho de que ciertos Estados sean a la vez signatarios y, por ende, se encuentren sujetos al cumplimiento de estos dos ordenamientos. Por ello, se planteó la cuestión, en sedes políticas, doctrinales y jurisdiccionales de hasta qué punto las Comunidades estaban jurídicamente vinculadas por el CEDH. En este sentido, uno de los miembros del TJ, a título particular, propuso una sugerente solución basada en la doctrina iusprivatista germana de la *Hypothekentheorie*: la entonces Comunidad estaría obligada a respetar el Convenio en virtud de una suerte de sucesión funcional<sup>81</sup>. La Comunidad europea fue creada por Estados que ya estaban obligados a respetar el Convenio en el ejercicio de sus competencias. A través de los Tratados por los que se establecen las Comunidades, esos Estados han puesto en común algunas de sus competencias más importantes, especialmente en materia de legislación y de gestión económica y social, y han confiado su ejercicio a instituciones comunes. Con esta transferencia de responsabilidad, sostiene esta teoría, los Estados no han podido y, además, tampoco han querido excluir el ejercicio de esas competencias de los límites y controles que resultan del CEDH. La CE estaría obligada al cumplimiento del Convenio al igual que los Estados que la han creado y que, así, se convirtieron en Estados miembros. De esto se derivaría, entre otras cosas, que en virtud del Convenio, el TJ se encuentra exactamente en la misma situación que los tribunales de los Estados miembros del Convenio. Lo anterior no sería, pues, sino una manifestación del efecto de sustitución que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido a otros tratados comerciales y aduaneros, especialmente al Acuerdo general sobre comercio y aranceles (GATT, en sus siglas inglesas)<sup>82</sup>. Sin embargo, en un contexto en el que ni la Comisión Europea ni el TJ ni el TEDH hayan avalado la vigencia de esta tesis, la doctrina se pronuncia mayoritariamente por el rechazo de esta posibilidad<sup>83</sup>.

27. En cuanto al valor jurídico del Convenio en el seno del ordenamiento jurídico de la UE, desde que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo incorporase a su jurisprudencia<sup>84</sup> y en tanto la Unión resuelve si finalmente (y en qué términos) se adhiere, el CEDH ha sido «constitucionalizado» en el artículo 6 TUE-L, es instrumento cualificado de interpretación y concreción de los derechos fundamentales en tanto que principios generales y su importancia es recordada por el Tribunal cada vez que éste tiene ocasión<sup>85</sup>.

Así pues, el Tribunal de Justicia considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico, pero sin eficacia jurídica directa, sino que *dualiza* el texto del CEDH al aplicarlo de manera indirecta a través de los principios generales del derecho, de los que es el guardián y supremo intérprete, garantizando así, en último término, la autonomía y primacía del Derecho de la

<sup>81</sup> La tesis de la sucesión funcional fue inicialmente propuesta por el Juez PESCATORE en un trabajo doctrinal. *Vide* P. PESCATORE, «External relations in the case-law of the Court of Justice of the European Communities», *Common Market Law Review*, Vol. 16/4, 1979, pp. 615-645 y, posteriormente, de forma más explícita en P. PESCATORE, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», G. J. WIARDA / F., MATSCHER / H. PETZOLD, H. (coords.), *Protecting human rights, the European dimension: studies in honour of / Protection des droits de l'homme, la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2e éd., C. Heymann, Köln, 1990, pp. 441-454. A una conclusión similar llega la doctrina germana aplicando a este supuesto la *Theorie der Hypothek*. *Vide*, A. BLECKMANN, *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an die Europäische Menschenrechtskonvention*, C. Heymanns, Köln, 1986, pp. 113-116. También plantea esta posibilidad, R. UERPMANN-WITZACK, «The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems», A. VON BOGDANDY / J. BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Hart, Oxford, 2009, pp. 145-181, especialmente, pp. 167-170.

<sup>82</sup> *Vide* Asuntos acumulados 21-24/72 *International Fruit*, *op. cit.*

<sup>83</sup> Por todos, *vide* J. P. JACQUÉ, «La Cour de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations», M. DONY / E. BRIBOSIA, (coords.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 257-263. *Vide*, especialmente, el Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 28 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:140.

<sup>84</sup> Asunto 36/75, *Roland Rutili vs. Ministre de l'intérieur*, STJ 28 octubre 1975, ECLI:EU:C:1975:137. Un año antes, el TJ ya había asumido la necesidad de recurrir a los «instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos» para concretar los principios generales, pero no mencionó expresamente el CEDH (aunque una de las partes sí lo hacía) dado que un Estado, Francia, estaba aún en trance de ratificarlo. *Vide* el asunto 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Commission*, STJ 14 mayo 1974, ECLI:EU:C:1974:51, especialmente párrafo 13.

<sup>85</sup> Asunto C-540/03, *Parlamento vs. Consejo*, STJ 27 junio 2006, ECLI:EU:C:2006:429, párrafo 35. Para un estudio sobre las relaciones entre y las mutuas referencias en las jurisprudencias de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, *vide* S. DOUGLAS-SCOTT, «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review*, Vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.



UE. Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo es, en principio, el máximo intérprete del CEDH en el contexto de la UE. No obstante, de un tiempo a esta parte, parece que la alta instancia de Luxemburgo ha flexibilizado su posición inicial y se muestra dispuesta a aceptar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la interpretación que del Convenio hace su máximo intérprete ordinario<sup>86</sup>. No obstante, esta incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo opera igualmente a través del filtro de los principios generales, lo que le permite al Tribunal de Justicia mantener la autonomía del Derecho de la UE, aunque puede ser igualmente interpretado como muestra de su predisposición a ir aceptando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como jurisdicción especializada (más que ‘suprema’) en materia de derechos fundamentales<sup>87</sup>.

Finalmente, se ha mencionado anteriormente que la obligación de respetar el CEDH se deriva del Derecho primario u originario (artículo 6.3 TUE-L). Ahora bien, hay que recordar esta incorporación (tutelada por el TJ) del catálogo de Estrasburgo al ordenamiento de la UE se refiere al catálogo de derechos, no al mecanismo de protección jurisdiccional instaurado por el Convenio, es decir, no es posible demandar directamente a la UE ante el TEDH.

## 2. El Derecho de la UE según Estrasburgo: la doctrina *Bosphorus*

28. La adhesión de la Comunidad al CEDH es uno de los asuntos clásicos y recurrentes que, cada cierto tiempo y cada vez con más fuerza, se viene planteando en su seno<sup>88</sup>. Suele citarse como punto de partida el memorando de la Comisión de 1979 en el que la institución comunitaria planteaba la adhesión al Convenio Europeo, indicando las ventajas (casi todas ellas de tipo político) y los inconvenientes (más bien de tipo jurídico) de tal adhesión<sup>89</sup>. Este audaz primer intento no cuajaría y, descartada por el TJ la tesis de la sucesión funcional, para garantizar la coherencia entre ordenamientos así como una protección más efectiva de los derechos fundamentales, las propias instituciones comunitarias plantearon muy pronto que la Comunidad, primero, y la Unión Europea, después, accediese al CEDH<sup>90</sup>. Este loable objetivo fue ganando adeptos hasta que el Tribunal de Justicia, en su controvertido dictamen 2/94, concluyó que no existía base jurídica para que la Comunidad se adhiriese al CEDH y que, por consiguiente, de pretenderse tal, era necesario proceder a una revisión de los Tratados<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Así, entre otros, *vide* asunto C-94/00, *Roquette Frères*, STJ 22 octubre 2002, ECLI:EU:C:2002:603, especialmente párrafo 29; asunto C-274/99 P, *Connolly vs. Commission*, STJ 6 marzo 2001, ECLI:EU:C:2001:127, párrafos 37-65; y asunto C-117/01, *K. B. vs. National Health Service Pensions Agency*, STJ 7 enero 2004, ECLI:EU:C:2004:7, párrafo 33.

<sup>87</sup> *Vide* asunto C-94/00, *Roquette Frères*, *op. cit.* Para un comentario sobre esta sentencia, M. LIENEMEYER / D. WAELBROECK, «Case C-94/00, *Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*. Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 22 October 2002», *Common Market Law Review*, Vol. 40/6, 2003, pp. 1481-1497.

<sup>88</sup> Ya nos hemos ocupado de la adhesión de la UE al CEDH en profundidad en otros trabajos. Para una ilustración, *vide* L. I. GORDILLO PÉREZ, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 173-204 y L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid, 2015, especialmente pp. 115-135.

<sup>89</sup> EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum», COM (79) 210 final, 2 mayo 1979, adoptado por la Comisión el 4 abril 1979, *Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/79, especialmente, 11-16.

<sup>90</sup> *Vide* el mencionado document EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum», *op. cit.* y la *Resolución del Parlamento Europeo de 29 de octubre de 1982*, sobre el Memorandum de la Comisión relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, núm. C 304/253, de 22 noviembre 1982. Igualmente, el Comité Económico y Social suscribió el *Memorandum* de la Comisión. *Vide* la resolución titulada «Own-Initiative Opinion of the Economic and Social Committee on the protection of human rights», *Official Journal of the European Communities*, núm. C 353/1, de 31 diciembre 1980.

<sup>91</sup> Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, *op. cit.* Los comentarios doctrinales sobre este dictamen son numerosos. Sin ánimo de exhaustividad, *vide* D. SIMON, «Chronique, n° 335», *Europe*, n. 6 (juin), 1996, pp. 1-4; J. M. AREILZA CARVAJAL, «El Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el espinoso asunto de las competencias comunitarias», *Centro de Estudios Constitucionales*, 1996, pp. 333-345; S. O'LEARY, «Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights - The Opinion of the ECJ», *European Human Rights Law Review*, Vol. 4, 1996, pp. 362-377; P. WACHSMANN, «L'avis 2/94 de

29. Como los redactores del Tratado de Amsterdam, primero, y Niza, después, no quisieron introducir la base jurídica que permitiese la adhesión o, al menos, alguna cláusula que hiciera posible regular las relaciones Derecho de la UE-CEDH (más allá de su recepción en el seno comunitario en tanto que principios generales), el conflicto o divergencia entre las jurisprudencias de los máximos tribunales (TJ y TEDH) era más que posible. Estas diferencias de criterio han llevado a pronunciamientos divergentes entre los distintos órganos de control, estableciendo una suerte de «diálogo en materia de derechos fundamentales» que casi siempre ha acabado con la adopción por parte del TJ del estándar de Estrasburgo, por ejemplo en materia de protección del domicilio de las personas jurídicas en la saga *Hoechst-Colas-Roquette*<sup>92</sup>.

30. Este sistema del diálogo, sin embargo, también ha pasado por momentos delicados con motivo de demandas que los particulares presentaban ante el TEDH en las que se cuestionaba la compatibilidad de actos de la CE/UE con el Convenio, siendo el más famoso de los casos y el que ha aportado una solución provisional o «Derecho transitorio», en tanto se produce la esperada adhesión, es el caso *Bosphorus*<sup>93</sup>. La mayoría de los casos previos se resolvieron con la inadmisibilidad de la demanda (casi siempre argumentando en el fondo aquello de que ni la CE ni la UE eran miembros del Convenio).

Ya nos hemos ocupado del caso *Bosphorus* en otros escritos y no es este el lugar de repetir lo ya dicho o profundizar en la cuestión<sup>94</sup>. A los efectos de este trabajo, simplemente cabe recordar que *Bosphorus* estableció una suerte de «doctrina de protección equivalente» à la *Solange II*. Es decir, analizó el sistema de protección de derechos de la CE/UE y concluyó que, en esencia, se garantizaba una «protección comparable» a la del Convenio, con lo que otorgaba una presunción general de compatibilidad al Derecho comunitario (garantizándose una vía para inadmitir el creciente número de demandas que involucraban a este Derecho) sujeto, sin embargo, a una posible destrucción de esta presunción si «atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente»<sup>95</sup>. Al establecer el TEDH, además, que por nivel de protección equivalente, entiende «comparable» pero no «idéntica», ya que ello jugaría en contra de la cooperación internacional (y la creación de organizaciones internacionales que ejerzan competencias cedidas por los Estados)<sup>96</sup>, la doctrina ha discutido largamente, si acaso el TEDH no ha establecido un «doble estándar», es decir, a los Estados contratantes les exige el máximo nivel de protección, sin

---

la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue trimestrel de droit européen*, 467, 1996, pp. 467-491; G. GAJA, «Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 33/5, 1996, pp. 973-989; O. DE SCHUTTER / Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, Vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606; N. BURROWS, «Question of Community Accession to the European Convention Determined», *European Law Review*, Vol. 22/1, 1997, pp. 58-63; N. FERNÁNDEZ SOLA, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, 1997, núm. 144, pp. 41-55; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica?», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1996, pp. 817-838.

<sup>92</sup> Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ 21 septiembre 1989 [ECLI:EU:C:1989:337]; caso *Sociétés Colas Est et allii vs. France*, recurso núm. 37971/97, Sentencia del TEDH 16 abril 2002, *Reports of Judgments and Decisions 2002-III*; asunto C-94/00, *Roquette Frères*, *op. cit.* Sobre esta cuestión, *vide* J. MISCHO, «Hoechst, Colas, Roquette: illustration d'une convergence», N. COLNERIC / J. P. PUISOCHET / D. RUIZ-JARABO COLOMER / D. V. EDWARDS, (coords.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2003, pp. 137-145; L. I. GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart, Oxford, 2012, pp. 80-85 y L. I. GORDILLO PÉREZ, «Fundamental Rights of companies in transnational law», Id., *Constitutionalism of European Supranational Courts*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 53-80, especialmente, pp. 59-79.

<sup>93</sup> Caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, recurso núm. 45036/98, Sentencia del TEDH de 30 junio 2005, *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-VI. Entre los más recientes, cabe citar el caso *Senator Lines GmbH vs. 15 Estados de la CE/UE*, recurso núm. 56672/00, Decisión del TEDH 10 marzo 2004, *Reports 2004-IV*; caso *Guérin*, recurso núm. 51717/99, Decisión del TEDH 4 julio 2000 [no publicada]; caso *Emesa Sugar vs. Países Bajos*, recurso núm. 62023/00, Decisión 13 enero 2005 [no publicada], todos ellos disponibles en <http://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>94</sup> L. I. GORDILLO PÉREZ, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*; L. I. GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions*, *op. cit.*, pp. 98-188.

<sup>95</sup> Caso *Bosphorus*, STEDH 30 junio 2005, *cit.*, párrafos 155-156.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párrafo 155.

embargo, en el caso de la UE puede rebajar ese nivel, salvo que caiga en un estándar «manifiestamente deficiente». A estas alturas, es difícil negar este doble rasero, como ya avanzamos en otros trabajos<sup>97</sup>.

La doctrina *Bosphorus*, establecida como se ha avanzado antes, a modo de Derecho transitorio hasta que se produzca la adhesión, ha sido mantenida por el TEDH sin cambios, permitiéndole inadmitir un buen número de recursos apelando a esa presunción de conformidad general. La «transitoriedad» de esta doctrina es evidente, y buena prueba de ello es que no se ha intentado «codificar» en todo o en parte en el Acuerdo de Adhesión<sup>98</sup>. Sólo en fechas algo más recientes, en el asunto *Michaud*, el TEDH vino a reconocer que en un caso determinado se ha podido romper esa protección equivalente, aunque la cuestión no tuvo la mayor trascendencia ya que se contestaba la validez medida nacional de implementación de una Directiva y al final el TEDH llevó a cabo su control sobre el medida nacional, entendiendo que este Estado actuaba al amparo del margen de apreciación<sup>99</sup>. Es decir, aunque en el recurso se argumentó que no existía margen de maniobra (Francia transcribió tal cual los artículos de la Directiva en normas nacionales), en realidad esta situación no quedó probada que concurriese en el caso, dado que se trataba de una directiva (que permite –en teoría– un amplio margen de apreciación a la hora de implementar las medidas) y los tribunales nacionales no presentaron una cuestión prejudicial ante el TJ para que este aclarase si, efectivamente, en este caso que sería excepcional Francia carecía de dicho margen de maniobra a la hora de implementar la Directiva.

**31.** No obstante lo anterior, el TEDH está dando muestras de que la jurisprudencia *Bosphorus* no es un cheque en blanco. En el reciente caso *Avotiņš*, el primero de este tipo tras el rechazo del TJ al acuerdo de adhesión al Convenio, el TEDH recuerda que la presunción establecida en *Bosphorus* puede ser destruida si se le presentan buenos argumentos<sup>100</sup>. Aunque en el caso, relativo a la ejecución de una sentencia chipriota en Letonia, en el que en el fondo se sustanciaba la compatibilidad de los derechos reconocidos en el Convenio con el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias de otros Estados regulado en el Reglamento 44/2001 (también conocido como *Reglamento Bruselas I*)<sup>101</sup>, el TEDH finalmente concluye que no había un déficit de protección «manifiestamente deficiente», sorprende la extensión que dedica a ello (párrafos 101 a 127) y el hecho de que declare la compatibilidad por la mínima. Igualmente, el duro voto particular del presidente András SAJÓ en relación con la forma de entender la doctrina *Bosphorus* invita a pensar que se trata de un mensaje dirigido al propio Tribunal de Justicia, recordando dónde están las líneas rojas, en tanto no se proceda a la tantas veces anunciada (y, aparentemente, por todos deseada) adhesión de la UE al CEDH<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> Entre otros, L. I. GORDILLO PÉREZ, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *op. cit.*

<sup>98</sup> Esta «transitoriedad» ha sido reconocida incluso por los responsables de Estrasburgo, si bien en el ámbito de la academia. *Vide*, J. POLAKIEWICZ, «EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?», Conferencia pronunciada en el Seminario *Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts Oxford Brookes University*, 18 enero 2013, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2331497>, última consulta: 01.07.2017.

<sup>99</sup> Caso *Michaud v. France*, recurso núm. 12323/11, STEDH 6 diciembre 2012, especialmente párrafo 115. Un breve comentario puede verse en F. TULKENS, «EU Accession to the European Convention on Human Rights», Conferencia pronunciada en el Seminario *Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP), Krakow (Poland), 1 marzo 2013, pp. 3-5, disponible en [http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20and%20Access%20to%20Justice%20Seminar/Krakow\\_Tulkens\\_final.pdf](http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20and%20Access%20to%20Justice%20Seminar/Krakow_Tulkens_final.pdf), última consulta: 01.07.2017.

<sup>100</sup> Caso *Avotiņš v. Letonia*, recurso 17502/07, STEDH 26 mayo 2016.

<sup>101</sup> Sobre esta norma de la UE, *vide* el clásico A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ejecución de resoluciones patrimoniales en la UE: el Reglamento 44/2001 de 22 de Diciembre de 2000», *Revista de estudios europeos*, núm. 37, 2004, pp. 27-79.

<sup>102</sup> Sobre este caso, *vide* S. Ø. JOHANSEN, «EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia», *Blog EU Law Analysis*, 24 may 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>; G. BIAGIONI, «Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights», *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 1/2, 2016, pp. 579-596; L. GLAS / J. KROMMENDIJK, «From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court (November 17, 2016)», *Human Rights Law Review*, Vol. 17, 2017, pp. 1-21, disponible en <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw047>.

### 3. En busca de la estabilidad interordinamental: la adhesión de la UE al CEDH

32. La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. Finalmente, el artículo 6.2 TUE-L estableció que «[l]a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». A partir de ese momento, comenzó un intenso debate sobre la configuración del mecanismo de adhesión, un Tratado, en el que intervinieron las instituciones de la UE (incluido el TJ), el Consejo de Europa y la academia<sup>103</sup>. La Comisión, siguiendo las instrucciones de un mandato del Consejo, negoció un acuerdo (Tratado) de adhesión que, tras hacerse público, fue ampliamente comentado por la doctrina en términos, en general, muy favorables<sup>104</sup>.

El texto final del Acuerdo de Adhesión de junio de 2013, incluía además de las previsiones propias de los tratados internacionales (ámbito de aplicación, reservas, firma y entrada en vigor, participación en los gastos del sistema, relaciones con otros acuerdos, etc.), al menos tres cuestiones de gran interés que habían sido largamente discutidas por la doctrina: el mecanismo del co-demandado (se entiende a la UE junto con algún o algunos Estados miembros), un sistema que podríamos llamar de «cuestión preconventional» (destinada a proteger la autonomía del Derecho de la UE y donde el TJ usará como parámetro de control los derechos protegidos en el ámbito comunitario coincidentes con los protegidos por el Convenio) y la elección del juez «comunitario». El acuerdo pretendía realizar los ajustes necesarios que permitiesen el control de convencionalidad de los actos de contenido comunitario intentando, a la vez, preservar la autonomía del Derecho de la UE así como no afectar al reparto de competencias interno entre la UE y sus miembros, respetando siempre la naturaleza *sui generis* de la UE<sup>105</sup>. La Comisión, como suele hacer en estos casos, solicitó un dictamen previo del Tribunal de Justicia antes de iniciar los mecanismos de adhesión.

33. Cuando parecía que la tan esperada adhesión iba finalmente a materializarse, el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia frenó en seco las expectativas de quienes habían venido defendiendo largo tiempo la necesidad de que se operase dicho acceso y ha supuesto un duro revés para las instituciones europeas que negociaron el protocolo de adhesión<sup>106</sup>. En efecto, el Tribunal, que parece que ha querido enviar una señal al equipo negociador y al resto de instituciones, ha pronunciado una decisión en la que reafirma, en términos muy contundentes, la autonomía del Derecho de la Unión Europea respecto de la posible interpretación que de éste pudiera realizar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No es éste el lugar para detenernos en el análisis concreto de las cuestiones suscitadas por el TJ, básicamente, siete cuestiones por las que decidió que, con el texto del Acuerdo que se le sometió a consulta, no era posible operar una adhesión compatible con los Tratados<sup>107</sup>. En todo caso, las cuestiones

<sup>103</sup> Vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., pp. 127-130.

<sup>104</sup> La mayoría de los comentarios se refieren a un texto provisional hecho público en 2011 que no difiere mucho de la versión final de 2013. Así, vide J. P. JACQUÉ, «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 995-1023; T. LOCK, «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *Common Market Law Review*, Vol. 48/4, 2011, pp. 1025-1054; P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart, 2013.

<sup>105</sup> El texto del acuerdo y algunos documentos de interés se encuentran en la web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=>, última consulta: 01.07.2017.

<sup>106</sup> Dictamen 2/13, *Dictamen emitido en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11*, 28 diciembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>107</sup> L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., pp. 130-135; F. BENOÎT-ROHMER, «À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 2 Juillet-Septembre, 2015, pp. 594-611; J. MALENOVSKÝ, «Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue générale de droit international public*, n. 4, 2015, pp. 705-742; J. P. JACQUÉ, «CJUE - CEDH: 2-0», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 50/4, 2014, pp. 823-831; J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 825-869; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pp. 243-268; T. LOCK, «The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights

y reservas son reconducibles, en realidad, a una única preocupación que tiene el Tribunal de Justicia y que tiene que ver con su particular visión de la situación. Así, según el enfoque del TJ, para asegurar la autonomía del Derecho de la Unión, el Tribunal ha de ser el último en pronunciarse sobre la interpretación y alcance de su propio ordenamiento jurídico. En realidad, según la interpretación vertida en el dictamen 2/13, el Tribunal de Justicia identifica violación de un derecho del Convenio con amenaza a la primacía y aplicación uniforme del Derecho de la UE. El excesivo celo que está demostrando para aceptar una jurisdicción especializada en materia de derechos fundamentales, contrasta con la contundencia con la que estableció (y recuerda cada vez que tiene ocasión) el efecto directo y la primacía del Derecho de la UE sobre los ordenamientos de los Estados miembros. Ante esta situación, la respuesta dada por la propia Comisión ha sido que será necesario renegociar el protocolo de adhesión respetando los términos y las limitaciones que ha establecido el TJ en el dictamen 2/13<sup>108</sup>. Sin embargo, visto el tenor de esta decisión, quizá no sea fácil concluir otro acuerdo de incorporación que sea aceptable por todas las partes contratantes del CEDH, dado que algún otro Estado podría exigir la misma deferencia para con su ordenamiento jurídico que la que el tribunal de Luxemburgo pretende para el Derecho de la UE. Así, no sorprende mucho que algún autor haya propuesto, en lugar de una renegociación del protocolo de adhesión, una modificación de los Tratados en la que se disponga la adhesión al CEDH «a pesar de lo establecido en el dictamen 2/13»<sup>109</sup>. Así pues, en tanto no se opere la adhesión, la relación entre el Derecho de la UE y el Convenio seguirá estando presidida por la jurisprudencia *Bosphorus*, una situación poco favorecedora de la seguridad jurídica y que, en todo caso, deja la máxima libertad al TEDH y al TJ para establecer los términos de su particular «diálogo judicial».

#### IV. Otras fuentes de Derecho Internacional en el Derecho de la UE

##### 1. El valor del Derecho internacional general

34. La Unión Europea es una criatura nacida a través de un acto de Derecho internacional. Por ello, no resulta extraño que los Tratados hayan constitucionalizado un principio general de apertura y la relación general con el Derecho internacional (artículo 351 TFUE). Por su parte, el artículo 21.1 TUE-L dispone expresamente que «[l]a acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional».

De la misma forma, el Tribunal de Justicia ha garantizado que la conducta externa de la Unión respeta plenamente sus obligaciones derivadas del Derecho internacional<sup>110</sup>. En realidad, cuando extiende su control a la acción exterior de la Unión, el Tribunal de Justicia, no estaría sino protegiendo la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, como presupuesto de su propia autonomía jurisdiccional. Por otro lado, el Tribunal incluso condiciona la validez de la legislación derivada a su conformidad con el Derecho internacional hasta el punto de que «las competencias de la [UE] deben ser ejercidas respetando el Derecho internacional y que, por consiguiente, (...) [el Derecho derivado] debe interpretarse,

---

after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?», *European Constitutional Law Review*, Vol. 11/2, 2015, pp. 239-273; B. DE WITTE / S. IMAMOVIĆ, «Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court», *European Law Review*, Vol. 40/5, 2015, pp. 683-705; P. EECKHOUT, «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky», *Fordham International Law Journal*, Vol. 38/4, 2015, pp. 955-992.

<sup>108</sup> Vide el Programa de trabajo de la Comisión para 2016, COM(2015) 610 final, Estrasburgo, 27.10.2015, p. 12, donde se asevera que «[l]a Comisión proseguirá asimismo su labor encaminada a la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, teniendo plenamente en cuenta el dictamen del Tribunal de Justicia». Dicha declaración se repite en el Programa de Trabajo de la Comisión para 2017, COM(2016) 710 final, Estrasburgo, 25.10.2016, p. 14.

<sup>109</sup> L. F. M. BESSELINK, «Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13», *Verfassungsblog*, 23 December 2014, disponible en <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>, última consulta: 01.07.2017.

<sup>110</sup> Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company*, *op. cit.*

y su ámbito de aplicación circunscribirse, a la luz de las correspondientes normas de Derecho internacional (...)»<sup>111</sup>.

**35.** Además, como antes se ha avanzado, poco a poco el Tribunal de Justicia ha ido empleando de manera progresiva referencias al Derecho internacional consuetudinario de forma que se le reconoce como fuente autónoma del Derecho en ese ordenamiento jurídico autónomo que es el de la UE. Ya en la sentencia del caso *Racke*, el Tribunal de Justicia estableció que la, entonces, Comunidad estaba obligada a respetar el Derecho internacional consuetudinario, de lo que acabaría deduciendo que «las normas del Derecho consuetudinario internacional relativas al cese y la suspensión de las relaciones convencionales como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario»<sup>112</sup>.

Más recientemente, en el asunto *ATA*, el Tribunal realizó un control de validez de una Directiva en relación con los principios del Derecho internacional consuetudinario<sup>113</sup>. Últimamente, además, el Tribunal ha dictaminado, en un caso muy particular, que el Derecho internacional general puede justificar una limitación del derecho de libre circulación en el seno de la UE<sup>114</sup>.

**36.** Igualmente, merece la pena recordar la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la que este tribunal estableció que las organizaciones internacionales están limitadas en su actuación por el Derecho internacional tal y como lo está cualquier otro sujeto de Derecho internacional. Así, tal y como dijo la Corte con sede en La Haya, «[l]a organización internacional es sujeto de Derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de Derecho internacional»<sup>115</sup>. Por consiguiente, la razón de que el Tribunal condicione la validez del Derecho de la UE al respeto a las obligaciones internacionales está lejos de constituir un mero gesto de deferencia y se trataría más bien de una obligación jurídica que hay que respetar para no incurrir en responsabilidad internacional<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> Asunto C-286/90, *Anklagemindigheden vs. Poulsen and Diva Navigation*, op. cit. Vide P. J. SLOT, «Case C-286/90, Anklagemyndigheden (Public Prosecutor) v. P.M. Poulsen and Diva Navigation, Judgment of 4 November 1992», *Common Market Law Review*, Vol. 31/1, 1994, pp. 147-153.

<sup>112</sup> Asunto C-162/96, *Racke v. Hauptzollamt Mainz*, STJ 16 junio 1998, ECLI:EU:C:1998:293. Sobre esta cuestión, vide A. F. GAGLIARDI, «The right of individuals to invoke the provisions of mixed agreements before the national courts: a new message from Luxembourg?», *European Law Review*, Vol. 24/3, 1999 pp. 276-292; A. BERRAMDANE, «L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire», *Cahiers de droit européen*, Vol. 36/1-2, 2000, pp. 253-280; J. KLABBERS, «Case C-162/96, A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz judgment of 16 June 1998», *Common Market Law Review*, Vol. 36/1, 1999, pp. 179-189; J. ROLDÁN BARBERO, «La costumbre internacional, la cláusula rebus sic stantibus y el Derecho comunitario (A propósito de la sentencia Racke dictada por el TJCE el 16.6.98)», *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 50/2, 1998, pp. 9-34.

<sup>113</sup> Asunto C-366/10, *Air Transport Association of America y otros*, STJ 21 diciembre 2011, ECLI:EU:C:2011:864, párrafos 121-130. Vide J. S. BÉRGÉ, «Les mots de l'interaction: compétence, applicabilité et invocabilité (à propos de CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-366/10, ATAA. - CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/10, SCF. - CE, 11 avr. 2012, n° 322326, GISTI)», *Journal du droit international*, n. 3, juillet 2012, pp. 1005-1020; A. GATTINI, «Between Splendid Isolation and Tentative Imperialism: The EU's Extension of its Emission Trading Scheme to International Aviation and The ECJ's Judgment in the ATA Case», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61/4, 2012, pp. 977-991; J. ODERMATT, «Case C-366/10, Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 20/1, 2013, pp. 143-165; B. MAYER, «Case C-366/10, Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 21 December 2011», *Common Market Law Review*, Vol. 49/3, 2012, pp. 1113-1139.

<sup>114</sup> Asunto C-364/10, *Hungría v. Eslovaquia – caso 'Presidente de Hungría'*, STJ 16 octubre 2012, ECLI:EU:C:2012:630, párrafo 51. Sobre este caso, vide K. KECSMAR, «Le Président de la République de Hongrie n'est pas un citoyen de l'Union comme les autres?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 581, 2014, pp. 479-485; L. S. ROSSI, «EU Citizenship and the Free Movement of Heads of State: Hungary v. Slovak Republic», *Common Market Law Review*, Vol. 50/5, 2013, pp. 1451-1465.

<sup>115</sup> *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 20 diciembre 1980, párrafo 37. Vide C. M. BRÖLMANN, «The Significance of the 1980 ICJ Advisory Opinion Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the Who and Egypt», C. RYNGAERT / I. DEKKER / R. WESSEL / J. WOUTERS (Eds.), *Judicial Decisions on the Law of International Organizations*, Oxford, University Press, 2016, pp. 245-254.

<sup>116</sup> Asunto C-327/91, *Francia vs. Comisión*, op. cit. Vide, igualmente, O. CASANOVAS LA ROSA, «La competencia de la Comisión para concluir acuerdos internacionales. (Comentario a la sentencia del TJCE de 9 de agosto de 1994 República Fran-

## 2. El valor de la Carta de Naciones Unidas

37. Todos los Estados miembros de la Unión son, además, miembros de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas limita únicamente el acceso a los «Estados», lo que impide que la Unión pueda ser miembro. Aunque no parece factible, tampoco sería imposible que la UE se adhiriese si la Carta de la ONU se modificase en términos similares a como lo ha hecho el Convenio Europeo de Derechos Humanos (que ya permite esta eventualidad)<sup>117</sup>. En todo caso, si el Tratado en cuestión así lo permite, la UE podría adherirse a un acuerdo internacional auspiciado por la propia ONU, práctica que ya ha sido iniciada también por parte de otras organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa.

38. Por otro lado, los Estados miembros están obligados a respetar la Carta de la ONU en virtud del artículo 103 de la Carta y en razón del propio artículo 351 TFUE. Hay que recordar que éste último otorga prioridad a los tratados internacionales anteriores. Por su parte, el referido artículo 103 establece una suerte de súper-cláusula de primacía del Derecho de la ONU (incluyendo la Carta) al establecer que «[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta»<sup>118</sup>.

39. La relación entre el Derecho de la ONU y el de la UE fue objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia en el ya mencionado caso *Kadi*, en el que un individuo impugnaba la legalidad de los reglamentos de la Unión que ordenaban la congelación de sus cuentas para dar efecto a una resolución sancionadora adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU que, según el recurrente, se había adoptado sin respetar sus derechos fundamentales tal y como estaban protegidos por el Derecho de la UE. En ese supuesto, el Tribunal de Justicia, en contra de lo dictaminado por el Tribunal de Primera Instancia, determinó que los tribunales de la Unión debían revisar la legalidad de todos los actos de la Unión a la luz de los derechos fundamentales, incluyendo aquellos actos que pretendan dar efecto a una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU<sup>119</sup>.

---

cesa c. Comisión, asunto C-327/91)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 22, 1995, pp. 533-553; J. KINGSTON, «External Relations of the European Community - External Capacity versus Internal Competence», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44/3, 1995, pp. 659-670.

<sup>117</sup> Vide el *Protocolo N° 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el sistema de control del Convenio*, Council of Europe Treaty Series No. 194, 13.V.2004, que modifica el artículo 59 del Convenio estableciendo que «La Unión Europea puede adherirse a este Convenio», disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194> (última consulta: 1 julio 2017).

<sup>118</sup> Vide el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) (Competencia y admisibilidad)*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 26 noviembre 1984, *International Court of Justice Reports*, 1984, pp. 392-443, párrafo 197. Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre esta cuestión en los casos *Behrami vs. Francia* (recurso núm. 71412/01) y *Saramati vs. Francia, Alemania y Noruega* (recurso núm. 78166/01), Decisión del TEDH de 2 mayo 2007, párrafo 147.

<sup>119</sup> Aunque esta jurisprudencia partió de dos casos separados (*Kadi I Yusuf*), las sentencias son idénticas y son comúnmente citadas por la doctrina como la primera decisión *Kadi* (o *Kadi I TPI*): asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331] y asunto T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332]. Las críticas a esta jurisprudencia (*Kadi I TPI*) son numerosas y generalizadas en la doctrina. Así, entre otros, vide B. KUNOY / A. DAWES, «Plate tectonics in Luxembourg: The ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 73-104. No obstante, para un comentario que califica esta jurisprudencia de «valiente» y que establece una «construcción equilibrada», vide C. TOMUSCHAT, «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005», *Common Market Law Review*, Vol. 43/2, 2006, pp. 537-551, especialmente, p. 551. La sentencia que operó la auténtica revolución fue la que resolvió los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas (Kadi I TJ)*, STJ 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]. Para un estudio en profundidad de esta jurisprudencia, vide L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 353-398. La segunda parte de la saga, de menor importancia desde el punto de vista jurisprudencial (aunque vino a confirmar y matizar en parte la sentencia anterior), comienza con *Kadi II TG* o el asunto T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contra Comisión Europea*, STG 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418]; y acaba

40. El Tribunal de Justicia también consideró que, con ser cierto que la UE debe respetar el Derecho internacional, y en particular el Derecho emanado de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus competencias, no existía base jurídica en los Tratados que justificasen el argumento según el cual las medidas adoptadas en desarrollo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU gozan de inmunidad de jurisdicción, es decir, no están sujetas al control de legalidad por parte de los tribunales de la UE<sup>120</sup>. Además, -proseguía diciendo el alto Tribunal-, el control que ejerce el Tribunal sobre la validez de una medida de la UE a la luz de los derechos fundamentales es una garantía constitucional derivada de los Tratados que no puede ser menoscabada por las provisiones de un acuerdo internacional, ni siquiera por aquellas emanadas de la Carta de las Naciones Unidas<sup>121</sup>. En ese sentido, el hecho de que el Tribunal de Justicia tratase la Carta de la ONU, al menos en lo que respecta a su relación con el Derecho de la UE, de la misma manera que a cualquier otro tratado internacional, respondería en el fondo a una concepción según la cual el ordenamiento jurídico de la UE y el internacional operan en planos separados por lo que sus relaciones estarían reguladas por el propio ordenamiento de la UE. De este modo, el Tribunal de Justicia ha denegado efectos en el seno de la UE a acuerdos internacionales adoptados en virtud de una base jurídica equivocada<sup>122</sup>, o por violación de la obligación de cooperación leal<sup>123</sup> o por contrariar los principios generales del Derecho<sup>124</sup>. Así pues, según esta jurisprudencia, no habría razón para sostener que las disposiciones adoptadas conforme a la Carta de Naciones Unidas, al igual que las normas constitucionales nacionales, pudiesen venir a cuestionar o afectar a la naturaleza, significado o primacía de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento de la UE.

41. Finalmente, incluso si el ordenamiento jurídico de la UE pudiera otorgar a las resoluciones del Consejo de Seguridad un cierto efecto de primacía sobre sus propias normas, algo que el Tribunal ciertamente deja abierto, dicha primacía alcanzaría únicamente a los actos de Derecho derivado y no al Derecho primario u originario, incluidos los principios generales del Derecho, entre los que se cuentan los derechos fundamentales<sup>125</sup>.

## V. Epílogo: “¡la UE soy yo!”

42. El análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia, desde *Van Gend en Loos* hasta la saga *Kadi*, permite observar la evolución «constitucionalizante» de este tribunal supranacional y permite trazar algunos paralelismos con sus homólogos nacionales. Aunque ese análisis pormenorizado se ha hecho en otras obras, aquí nos hemos detenido en el encaje del Derecho internacional en el sistema de fuentes de la UE, tal y como lo entiende el Tribunal<sup>126</sup>.

---

con la que aquí hemos llamado *Kadi II TJ* o los asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión Europea y otros vs. Yassin Abdullah Kadi*, STJ 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518]. Para análisis contextualizado de esta última jurisprudencia, vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit., pp. 197-232.

<sup>120</sup> Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, op. cit., párrafo 291.

<sup>121</sup> *Ibidem*, párrafos 316-317.

<sup>122</sup> Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento vs. Consejo - PNR*, op. cit.

<sup>123</sup> Asunto C-25/94, *Comisión vs. Consejo*, STJ 19 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:114, párrafos 40-51. Vide N. BURROWS, «Coreper, Competence and Conservation», *European Law Review*, Vol. 22/1, 1997, pp. 64-67.

<sup>124</sup> Asunto C-122/95, *Alemania vs. Consejo*, STJ 10 marzo 1998, ECLI:EU:C:1998:94. Vide S. PEERS, «Constitutional Principles and International Trade», *European Law Review*, Vol. 24/2, 1999, pp. 185-195.

<sup>125</sup> Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, op. cit., párrafo 308. Igualmente, El Abogado General, Poiares MADURO, por su parte, ya había sentado las bases para defender la supremacía última de los «principios constitucionales» de la CE/UE sobre el Derecho internacional y la competencia del Tribunal de Justicia para entender de violaciones de derechos (reconocidos en la CE/UE) producidas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (Conclusiones del Abogado General Sr. P. MADURO, presentadas el 16 enero 2008 en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi vs. Consejo*, ECLI:EU:C:2008:11, párrafos 24 y 38.

<sup>126</sup> Así, por ejemplo, vide L. I. GORDILLO / G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, op. cit.



43. El punto de partida en la jurisprudencia del TJ en este sector consiste en que siempre ha defendido una concepción monista del ordenamiento y el respeto escrupuloso del Derecho internacional, sin plantearse inicialmente un control de validez de éste. Sin embargo, a medida que la UE ha ido mutando a una suerte de auténtico poder público supranacional, comenzaron a apreciarse matices, hasta llegar al momento en el que, al igual que sus homólogos nacionales, se niega a permitir los efectos de una norma origen internacional que pueda afectar a los derechos fundamentales que se ha comprometido a defender. La conclusión sería, pues, que el Tribunal de Justicia reconoce la obligación que tiene la UE de respetar el Derecho internacional<sup>127</sup>, pero establece la condición de que ese Derecho internacional ha de respetar los principios constitucionales de los Tratados, particularmente en lo que respecta a los derechos fundamentales<sup>128</sup>.

44. Por otro lado, tal y como se ha visto en el reciente dictamen 2/15 (que recae sobre el primero de los tratados de libre comercio de nueva generación), el Tribunal se ha decantado por una concepción muy purista de los acuerdos mixtos, observándose una tendencia a declarar como tales aquellos en los que pueda haber la más mínima duda. Esta actitud tan deferente y casi escrupulosa, podría esconder un mecanismo de defensa de su propia autonomía frente a futuras injerencias. Así, el Tribunal podría estar protegiéndose frente a un posible control *a posteriori* por parte de tribunales constitucionales nacionales que, a través de algún procedimiento de control incidental, pudieran arrogarse alguna capacidad de interpretación de dichos acuerdos.

45. Finalmente, lo que parece claro leyendo decisiones como el dictamen 2/13 (adhesión de la UE al CEDH) es que el TJ es más celoso que nunca de su autonomía. Pero como ha puesto de manifiesto algún autor, con esta actitud el Tribunal refuerza una concepción pluralista del ordenamiento, mostrando que se siente más cómodo en un contexto en el que el diálogo judicial ha de suplir las ausencias de regulación de conflictos interordinamentales, lo que le llevaría a una auténtica «autarquía jurídica»<sup>129</sup>. Así pues, más que de la autonomía del Derecho de la UE, el TJ se habría erigido en adalid de la «autonomía del diálogo judicial» en el que él mismo juega el papel preponderante. La obsesión del TJ parece pues que es la defensa de su autonomía como principio constitucional básico, incluso más allá de la letra de los Tratados<sup>130</sup>. El Tribunal se ha convertido, así, en el cronista de su propia historia.

<sup>127</sup> Asunto C-62/96, *Racke/Hauptzollamt Mainz*, *op. cit.*, por ejemplo.

<sup>128</sup> Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, *op. cit.*

<sup>129</sup> P. ECKHOUT, «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky», *op. cit.*, p. 992.

<sup>130</sup> Me refiero con esto a la crítica habitual que se ha hecho del Dictamen 2/13, donde el Tribunal parece obviar el principio básico de partida: que los Tratados establecen la necesidad de que la UE se adhiera al Convenio.