
RICARDO GOSALBO BONO
(Director en el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea)

*Algunas reflexiones acerca
del ordenamiento jurídico de la PESC **

I. Introducción. II. Las distintas etapas en la evolución del ordenamiento jurídico de la PESC: A) El período del soft law intergubernamental (1969-1992); B) Un sistema PESC de Derecho convencional e instituciones con competencias legislativas (período 1993-1998); C) Una PESC fundada en el Estado de Derecho pero sin revisión jurisdiccional por el Tribunal de Justicia (período 1999-2006) III. Las actuales características de las disposiciones de la PESC. IV. La naturaleza jurídica de las disposiciones de la PESC. V. La aparición de una concepción del Derecho Internacional propia de la Unión Europea. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Se ha afirmado que la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea (en adelante, PESC) “ha sido menos fructífera de lo que se esperaba” debido principalmente a factores externos tales como “prioridades opuestas de seguridad nacional y a la falta de la necesaria voluntad política detrás de un proyecto tan ambicioso.”¹

2. Desde una perspectiva jurídica, otros, observando el papel del Derecho en la integración europea, señalan la existencia de factores internos que revelan la “inmadurez

* Traducción al español del artículo “Some reflections on the CFSP Legal Order”, *Common Market Review* n° 43 (2006), págs. 337 a 394.

Las opiniones expresadas en el presente artículo son estrictamente personales del autor: no comprometen ni al Consejo ni a su Servicio Jurídico y están basadas en una conferencia impartida por el autor con motivo de la 43ª Conferencia Leiden-Londres organizada en 2004 por el Instituto Europa de la Universidad de Leiden y el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado.

¹ Vid., por ejemplo S. BACHES OPI y R. FLOYD: “A Shaky Pillar of Global Stability: The Evolution of the European Union’s Common Foreign and Security Policy”, *CJEL* (2003) pág. 299 en p. 300.

continua de la actual configuración constitucional de la Unión”² y algunas debilidades jurídicas intrínsecas (“mala legislación europea”) ³ en las disposiciones del Tratado, que procederían de varios factores: un lenguaje que refleja una confluencia y una yuxtaposición de conceptos políticos del Derecho comunitario y del Derecho internacional; la naturaleza abstracta (“estructura abierta”) de las disposiciones de la PESC en el Tratado, que no se prestan a un análisis jurídico estricto; la ausencia de objetivos operativos; la compleja distribución de poderes entre los diversos pilares; el carácter legislativo incierto de los instrumentos jurídicos ⁴; y la carencia de interpretación autorizada a través de la jurisprudencia debido a la falta de competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En pocas palabras, los inciertos fundamentos jurídicos del título V del Tratado de la Unión Europea se han considerado como la principal razón jurídica de la falta de éxito de la PESC: ¿pertenece ésta al reino del Derecho internacional o se integra de alguna manera en el Derecho comunitario para constituir juntos un sistema jurídico unificado llamado “Derecho de la Unión Europea”? ¿La Unión existe como persona jurídica o es más bien simplemente un concepto descriptivo que resulta de la unión del Derecho comunitario y de formas internacionales de cooperación?

Todas estas cuestiones se refieren a las características y a la naturaleza jurídica de la PESC, y una respuesta a ellas no puede ofrecerse correctamente sin hacer primero referencia a la evolución que ha condicionado y formado los rasgos jurídicos del ordenamiento de la PESC.

II. LAS DISTINTAS ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA PESC

3. Es sorprendente observar que, en contraste con la abundante bibliografía que describe detalladamente la evolución política de la PESC, se ha prestado mucha menos atención a la determinación analítica de las múltiples fuentes y conceptos jurídicos que se encuentran detrás de las diversas etapas de la evolución de la PESC durante las últimas décadas. El lector encontrará un esbozo de tal estudio en los siguientes párrafos, que están divididos y definidos según las características de cada etapa jurídica sucesiva.

A) El período del *soft law* intergubernamental (1969-1992)

4. No hay duda alguna acerca de que la PESC tuvo su inicio en unas meras discusiones intergubernamentales sobre problemas de política exterior de interés común para los Estados miembros. Fue concebida así, fuera del marco de los Tratados CE, en la llamada Cumbre de La Haya de 1969, por los Jefes de Estado y de Gobierno de los seis

² J. W. De ZWAAN: “The Legal Personality of the European Communities and the European Union”, *NYIL* (1999), págs. 73 a 113 en pág. 105.

³ Th. MÖLLERS: “The Role of Law in European Integration”, *AJCL* n° 48 (2000), pág. 679.

⁴ P. EECKHOUT: *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*. Oxford University Press, 2004, págs. 164, 175, 188 y 420.

Estados miembros fundadores. Éstos decidieron establecer entre sí un sistema de cooperación en asuntos exteriores, que se denominó “Cooperación Política Europea” (en adelante, CPE), y que se desarrolló sobre la base de los mecanismos diplomáticos tradicionales, a través de las reuniones celebradas periódicamente entre Ministros de Asuntos Exteriores y altos funcionarios. La CPE pretendió suplementar, consolidar y facilitar los objetivos de integración económica contemplados en los Tratados CE.

El sistema se regía por las normas del Derecho internacional general: los acuerdos CPE solamente podían tomarse con el consentimiento de todos los Estados miembros. En la práctica, los Estados evitaron compromisos explícitos y formales e hicieron progresos mediante “acuerdos entre caballeros” (“*gentlemen’s agreements*”) entre los Gobiernos, que podían ser renegociados o denunciados fácilmente según las circunstancias. Los únicos principios rectores eran los de consenso, confidencialidad y consulta. Una compilación de los métodos de trabajo formales e informales de la CPE no se emprendió hasta 1976, bajo la Presidencia danesa. La compilación, titulada “*el Coutumier*” se convirtió en el *Common Law* de la CPE de los “corresponsales europeos” de los ministros de Asuntos Exteriores.

En la práctica, la CPE no consiguió logros significativos por lo que se refiere a su utilidad para las políticas de la CE debido a la falta de cualquier compromiso jurídicamente vinculante u obligación legal y a la ausencia de vínculos institucionales entre la CPE y las políticas comunitarias en virtud del Tratado CE. Sin embargo, dos hechos favorables tuvieron lugar. Por una parte, dentro de la competencia conferida al Tribunal de Justicia en asuntos incluidos en los poderes exteriores de las Comunidades conforme a los Tratados CE, el Tribunal estableció un control jurisdiccional indirecto sobre la CPE a mediados de los años 70, cuando el Tribunal fue llamado a pronunciarse sobre los llamados “acuerdos mixtos”, es decir, los acuerdos con terceros países que contenían tanto elementos comunitarios como otros que caían dentro de la competencia de los Estados miembros (incluidos los asuntos CPE) o ambos ⁵. Por otra parte, un vínculo institucional informal entre la CPE y las políticas comunitarias se estableció en 1974 con la creación, fuera del marco de los Tratados, del Consejo Europeo. Aunque originalmente el Consejo Europeo fuera concebido como una conferencia de Gobiernos ⁶, dado que estaba compuesto por los Jefes de Estado o Gobierno de los Estados miembros, pronto dejó de ser exclusivamente intergubernamental al incorporarse el Presidente de la Comisión, convirtiéndose de esta forma en la instancia política suprema tanto de la CE como de la CPE.

5. El Acta Única Europea (en adelante, AUE) conectó formalmente la CPE con las estructuras comunitarias, estableciendo en su título III una serie de disposiciones (art. 30 AUE) bajo los términos “Disposiciones del Tratado sobre la cooperación europea en materia de política exterior”. También confirió a estas disposiciones la fuerza de Derecho internacional del tratado como consecuencia de su ratificación por los

⁵ Véase por ejemplo el dictamen 1/75 de 11 de noviembre de 1975. 1975 ECR en pág. 1355; Asunto 181/73, *R&V Haegeman v. Belgian State* (1974), ECR 449.

⁶ Sobre los orígenes del Consejo Europeo véase el *Boletín de las Comunidades Europeas* (1974), pág. 2. Véase también Ph. DE SCHOUTHEETE: “The European Council”, *Notre Europe* (2002), págs. 21 y ss, en pág. 23.

Estados miembros de conformidad con sus requisitos constitucionales respectivos. Así pues, conforme al AUE, la CPE adquirió el estatuto de Derecho primario.

A pesar de la referida naturaleza del AUE, las decisiones de la CPE continuaron siendo principalmente de carácter político y estando regidas por el Derecho internacional: la política exterior siguió teniendo la forma de cooperación intergubernamental y las decisiones eran consensuales⁷. El AUE no confirió competencia legislativa a ninguna institución. Las propias disposiciones del AUE tenían naturaleza de Derecho indicativo (*soft law*): los términos empleados en las mismas (del tipo de “procurarán”, “deben”, “se comprometen”, “contribuyen”) no resultaban jurídicamente vinculantes. La importante disposición contenida en el punto 2 del art. 30 del AUE en la que los Estados miembros “procurarían” formular y aplicar conjuntamente una política exterior europea “mediante un sistema de información mutua y de consultas” obligaba simplemente a los Estados miembros a tener en cuenta los intereses de los demás antes de decidir su posición final individual en un asunto de política exterior. Las innovaciones institucionales fueron más importantes, puesto que, según las disposiciones del AUE, la CPE debía funcionar bajo sus propias estructuras institucionales en vez de sobre una base puramente intergubernamental: en virtud del art. 2 del AUE, el Consejo Europeo, que ya jugaba un papel importante en la CPE, fue formalmente incluido en el sistema institucional de los tratados; el AUE también estableció una Presidencia de la CPE (coincidente con la Presidencia del Consejo) con derecho a tomar iniciativas y a coordinar posiciones nacionales; un Comité Político integrado por directores políticos nacionales debía asegurar el impulso y la continuidad; se asoció a la Comisión y al Parlamento Europeo a los trabajos de la CPE; y se creó una secretaría para asistir a la Presidencia. En especial, la Presidencia y la Comisión eran responsables de asegurar la coherencia entre las políticas exteriores de las Comunidades Europeas y las políticas convenidas en el seno de la Cooperación Política Europea (art. 30 punto 5). Finalmente, aunque el art. 31 del AUE no confiriera al Tribunal una competencia directa sobre las cuestiones de política exterior, el Acta también preparó el camino para un papel futuro del Tribunal de Justicia sobre la delimitación entre las competencias de la comunidad y de la CPE, dado que su art. 32 prohíbe explícitamente a la CPE afectar al Derecho comunitario.

6. Las innovaciones jurídicas del AUE mejoraron los resultados de la cooperación política: se multiplicaron las declaraciones diplomáticas conjuntas de los Estados miembros y se adoptaron medidas importantes tales como sanciones comerciales contra Sudáfrica en 1986 y contra Yugoslavia en 1991. Además, el AUE ayudó a diferentes administraciones de los Estados miembros a familiarizarse con la cooperación en temas de política exterior. Por último, como resultado de su incorporación en el AUE, las políticas convenidas en el seno de la CPE pasaron a ser parte del acervo que necesitaría cumplir cualquier Estado europeo candidato a convertirse en miembro de las Comunidades Europeas. Sin embargo, las crisis de los Balcanes⁸ y de Kuwait pusieron de manifiesto la fragilidad de las estructuras

⁷ Vid. J. AUVRET-FINCK: *PESC*, Editions du Juris-Classeur, 2000, párrafo 2.

⁸ Efectivamente, cuando los intereses vitales de la Unión Europea estaban en juego (armamentos, negociaciones con la Unión Soviética, mantenimiento del *apartheid*, acción militar

establecidas en el AUE para la CPE y, en particular, la ausencia de instituciones dotadas de competencias legislativas.

B) Un sistema PESC de Derecho convencional e instituciones con competencias legislativas (el período 1993-1998)

7. Aquellas debilidades fueron abordadas en la Conferencia Intergubernamental de 1992 sobre la Unión Política que llevó al Tratado (de Maastricht) de la Unión Europea (en adelante, TUE Maastricht). El TUE Maastricht derogó las disposiciones sobre la CPE del AUE y trajo consigo un proceso de integración política regido por un ordenamiento jurídico establecido por el derecho convencional⁹.

8. De conformidad con el artículo A del TUE Maastricht, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí “una Unión Europea” fundada en una estructura con tres pilares, es decir, las Comunidades Europeas (primer pilar) complementadas por las “políticas y formas de cooperación” que contenían “Disposiciones relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común” (segundo pilar, en adelante PESC) y las “Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y los asuntos de Interior” (tercer pilar). En especial, “una Política Exterior y de Seguridad Común” debía ser definida y aplicada tanto por la Unión como por sus Estados miembros (art. J.1). Esta disposición es interesante por dos razones. Por una parte los términos “una” y “común” (no “única”) política exterior y de seguridad reflejan un respeto específico para la soberanía nacional: los Estados miembros siguen siendo competentes para mantener su propia política exterior pero con un grado más alto de obligación que la mera noción anterior de cooperación política o de la consulta adecuada previstas en la CPE; además, la adopción de la PESC sigue siendo opcional, puesto que el término “una Política Exterior y de Seguridad Común” (PESC) implica una posibilidad para los Estados miembros a optar entre establecer una política exterior común de la Unión o el mantenimiento de manera exclusiva de su propia política exterior individual. Por otra parte, una vez que los Estados miembros eligen establecer una PESC, esta PESC debe ser definida por la Unión y por sus Estados miembros (art. J.1 TUE) lo que revela una

americana en América Latina), la influencia de la CPE era sumamente débil. En especial, la reacción al conflicto de Kuwait creó una división entre Francia, el Reino Unido y Alemania sobre si debieran reunirse recursos militares bajo el mando de los EE.UU. y cómo hacerlo. Por otra parte, el cenagal en los Balcanes llevó a divisiones en la cuestión del reconocimiento de Croacia y Eslovenia, con una Alemania que rompió filas con el resto de los Estados miembros que no estaban a favor del reconocimiento en ese momento. Véase S. BACHES OPI y R. FLOYD: “A Shaky Pillar...”, cit., en pág. 305, y D. NAVARRETE y R. M. EGEA: “La Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea: Una perspectiva histórica”, *CJEL* 7 (2001), pág. 41.

⁹ Véase I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: “La Unión Europea y Política Exterior y de Seguridad”, *Rev. Inst. Eur.* n° 20 (1993), en págs. 773 y ss.; D. LIÑÁN NOGUERAS: “Una política exterior y de seguridad común para la Unión Europea”, *Rev. Inst. Eur.* n° 19 (1992) en págs. 797 y ss. y J. J. MARTÍN ARRIBAS: “Consideraciones sobre política exterior y de seguridad común de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la CE* n° 95-96 (1994), págs. 17 y ss. y págs. 5 y ss.

mezcla de integración e intergubernamentalidad que impregna las disposiciones PESC de Maastricht.

A diferencia del AUE, el TUE Maastricht estableció una lista de objetivos de la PESC con el propósito de dar mayor claridad a los fines de su política exterior. Algunos de dichos objetivos, es decir, la afirmación de la identidad de la UE y la defensa de su independencia, seguridad e integridad, subrayaron la existencia de una PESC concebida como un instrumento jurídico para crear y lograr una identidad europea a semejanza de lo que en su día sucediera con la incipiente República Americana que, según A. Hamilton en *The Federalist Papers*, creó la PESC americana como expresión de la identidad común de la Unión de los Estados Americanos ¹⁰. Además, otros objetivos de la PESC (el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas; el fomento de la cooperación internacional; y el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) pusieron de relieve el compromiso de la Unión de observar el Derecho internacional y el Estado de Derecho.

9. Desde una perspectiva jurídica, la innovación más destacada en el TUE (de Maastricht) es la introducción de algunas disposiciones de la PESC (como los art. J.; J.1; J.2; J.3 y J.4 del TUE) que establecen obligaciones jurídicas de naturaleza vinculante: la mayoría de las disposiciones de la PESC utiliza términos tales como “serán vinculantes”, “velarán”, “apoyarán”, “definirán y realizarán” y “será responsable”, que imponen deberes jurídicos vinculantes a los Estados miembros y a las instituciones y que contrastan con la naturaleza de Derecho indicativo (*soft law*) de las disposiciones de la CPE en el AUE.

La definición de los principios y orientaciones de la PESC ya no es una cuestión para los Estados miembros individuales (como lo era en la CPE) sino más bien una tarea del Consejo Europeo, que actúa sobre una base consensual (art. D y J.8 TUE). Además, el art. C del TUE coloca a la PESC de manera clara y obligatoria en un marco institucional comunitario (especialmente con el Consejo como poder legislativo pero también con la Comisión, el Parlamento Europeo y, en mucha menor medida, el Tribunal de Justicia), pero con competencias y funciones específicas. Así pues, a diferencia de lo que ocurre en el pilar comunitario, el Consejo como poder legislativo “tomará” las decisiones necesarias para definir y ejecutar la PESC “basándose en orientaciones generales del Consejo Europeo” (art. J.8, apartado 2, TUE). También en contraste con el Tratado CE, donde la Comisión disfruta de un cuasi-monopolio en el derecho de iniciativa, este derecho de iniciativa se comparte en la PESC entre la Comisión (plenamente asociada a los trabajos en el ámbito de la PESC, art. J.9) y los Estados miembros (art. J.8, apartado 3). A diferencia de las materias comunitarias, donde existe una participación fundamental del Parlamento Europeo, en la PESC se le concedieron a éste solamente los poderes limitados de ser consultado sobre los aspectos principales de la PESC y de formular recomendaciones, así como la posibilidad de pedir

¹⁰ Véase *The Federalist* n° 23, Garry Wills ed. 3982 en pág. 112 (A. Hamilton). S. BACHES OPI y R. FLOYD: “A Shaky Pillar...”, cit., pág. 302.

y recibir información de la Presidencia y de la Comisión. Al TJCE no se le otorgó una jurisdicción directa sobre asuntos de la PESC, pero por vez primera el Tribunal obtuvo competencia para controlar la delimitación de poderes entre la PESC y la CE establecida en el art. M del TUE que, al igual que el antiguo art. 32 del AUE, prohibía que las actividades de la PESC afectaran a los Tratados Comunitarios (art. L TUE). Por otra parte, la resolución de los conflictos jurídicos relativos a la PESC se sometió a los órganos políticos de la UE (es decir, los Estados miembros debían solicitar al Consejo que deliberase en caso de dificultad importante para aplicar las medidas de la PESC (art. J.3, apartado 7), o por las autoridades nacionales.

Por añadidura, el TUE mantuvo y reforzó algunos órganos y funciones establecidos por el AUE a efectos de la CPE: el Comité Político debía “seguir” la situación internacional y “contribuir” a definir la política (art. J.8, apartado 5). La Presidencia (y no la Comisión) debía representar a la Unión en asuntos de la PESC y ser responsable de su aplicación. Además, a diferencia de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 30 del AUE, que indicaba simplemente la “buena disposición” de los Estados miembros para coordinar sus posiciones sobre las cuestiones de la seguridad europea,¹¹ el TUE Maastricht introdujo por primera vez disposiciones específicas sobre la Política Europea de Seguridad y Defensa [en adelante, PESD] (art. J.4 TUE).¹²

¹¹ Las tentativas iniciales de coordinación de la política europea de defensa pueden rastrearse hasta comienzos de los años 50 como consecuencia de las preocupaciones por un posible rearme alemán. Tras el establecimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en 1950, el político francés René Pleven propuso un plan de defensa común a los Estados miembros de la CECA como equivalente europeo al apoyo de los EE.UU. a la incorporación de Alemania en la OTAN. El 27 de mayo de 1952 los seis Estados miembros de la CECA firmaron el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Defensa (CED) que disponía la creación de un ejército europeo destinado en principio a cumplir los compromisos europeos con la OTAN bajo el mandato de un Comisario Europeo de defensa, que a su vez respondería ante una Asamblea Europea. Aunque el Tratado CED habría permitido a los Estados miembros mantener su propio ejército (con la excepción de Alemania, cuyas fuerzas militares habría que integrar exclusivamente en el CED), el Tratado nunca entró en vigor porque el Parlamento francés se negó a ratificarlo debido a que disminuiría la soberanía francesa. Tras esto las preocupaciones europeas de defensa se abordaron en la UEO y la OTAN (véase S. BACHES OPI y R. FLOYD: “A Shaky Pillar...”, cit., pág. 314, y D. NAVARRETE y R. M. EGEA: “La Política Exterior...”, cit., en pág. 45).

¹² Según el artículo B del TUE Maastricht, la identidad de la Unión en el ámbito internacional se alcanzará mediante la inclusión de la definición de una política de defensa común (que apoya la visión de los Estados Miembros “integracionistas”), que podría conducir, en su momento, a una defensa común (el término “podría” responde a las preocupaciones de los “atlantistas” que también obtuvieron en el art. J.4 (4) del TUE que la PESD tenía que ser compatible con las políticas de la OTAN). La distinción en el art. B TUE entre “política de defensa común” (que se refiere a la creación de estructuras que faciliten la coordinación entre las políticas de defensa de los Estados Miembros, que seguirían siendo totalmente soberanos al decidir dichas políticas) y “defensa común” (que apunta a la creación de una estructura de mando integrada bajo cuyas órdenes actuaría un ejército europeo) subrayó la mezcla de intergubernamentalidad e integración que impregnó el Tratado de Maastricht. Los objetivos de la PESD eran de gran alcance, puesto que “incluirán” todas las cuestiones relacionadas con la seguridad de la Unión, incluida la definición de una política de defensa común que puede

Sobre todo, el TUE Maastricht creó varios instrumentos jurídicos específicos de la PESC que no se pusieron a la disposición individual de los Estados miembros, sino que se hicieron disponibles para los órganos e instituciones de la Unión. Por ejemplo, el Consejo Europeo debía adoptar orientaciones generales PESC (art. J.3 punto 1). El Consejo, el poder legislativo de la PESC, podía “definir posiciones comunes” (art. J.2) y los Estados miembros “velarán” por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes (como en el caso de las Directivas de la CE).¹³ En la práctica, las posiciones comunes se utilizaron para asegurar el cumplimiento de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (sanciones económicas)¹⁴ y para coordinar la definición de las líneas de acción o la conducta de los Estados miembros en las organizaciones o conferencias internacionales. Finalmente, estaban las “acciones comunes”, también adoptadas por el Consejo, que debían en principio abordar una preocupación específica de la UE en áreas donde los Estados miembros tenían “intereses importantes en común”. Una vez que se adopta, una acción común “será vinculante para los Estados miembros en la adopción de sus posiciones y en el desarrollo de su acción” (art. J.3 punto 4). Aunque en el sistema jurídico establecido por el TUE Maastricht las acciones comunes no se distinguían claramente de las posiciones comunes, en la práctica las acciones comunes supusieron que los Estados miembros compartirían los recursos necesarios para llevar a cabo una acción operativa (por ejemplo, la administración de la ciudad de Mostar por la UE o la atribución de la ayuda humanitaria a Bosnia-Herzegovina) mientras que, según lo indicado anteriormente, las posiciones comunes se limitaron a definir la posición de la Unión Europea en relación con un acontecimiento o situación.

conducir en el futuro a una defensa común. La Unión Europea Occidental (UEO) “que forma parte integrante del desarrollo de la Unión Europea” estaba encargada de la elaboración y aplicación de las decisiones y acciones de defensa (art. J.4 TUE). De nuevo, dichas disposiciones fueron el resultado de un compromiso entre los “atlantistas” (encabezados por el Reino Unido e Italia), que consideraban que la responsabilidad sobre la defensa debe seguir estando en manos de la OTAN, y los “integracionistas” (encabezados por Francia, Alemania y España), que consideraban que la Unión Europea necesitaba desarrollar sus propias estructuras de defensa construidas alrededor de la UEO. La UEO, creada en 1948 por Bélgica, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y el Reino Unido como firmantes del Tratado de Bruselas, fue concebida como una organización intergubernamental europea separada de la OTAN para proporcionar asistencia a sus Estados Miembros en los campos de seguridad y defensa en caso de agresión. Finalmente, se dispuso el desarrollo “de una cooperación más estrecha entre dos o varios Estados Miembros a nivel bilateral” en el marco de la UEO y de la OTAN (art. J.4 [5]). *Vid.* S. BACHES OPI y R. FLOYD: “A Shaky Pillar...”, cit., nota 1, en págs. 315 y 316.

¹³ Véanse, por ejemplo, las Posiciones Comunes 94/697/ESC sobre la posición de la UE relativa a Ruanda (DO 1994 L 283); 94/778/PESC sobre la posición de la UE relativa a Ucrania (DO 1994 L 313); y 95/91/PESC sobre la posición de la UE relativa a Burundi (DO 1995 L 72). Véase igualmente E. MÉNDEZ PINEDO: “Análisis jurídico de la PESC en el Tratado de la Unión y de las acciones comunes adoptadas en virtud del mismo”, *Noticias de la Unión Europea* (1996), págs. 17 y ss.

¹⁴ Véanse por ejemplo las Posiciones Comunes 93/165/PESC sobre la resolución de sanciones económicas a Libia (DO 1993 L 295 p.71) y 94/165/PESC que impone un embargo de municiones y equipo militar a Sudán (DO 1994 L 7 5 p. 1).

Finalmente, a diferencia del Derecho comunitario, donde las normas generales para la toma de decisiones son supranacionales (sujetas a mayoría o mayoría cualificada), la toma de decisiones en asuntos PESC se regía por la regla de la unanimidad, sujeta a las siguientes excepciones: la ejecución de acciones comunes mediante decisiones debía ser decidida por mayoría cualificada (art. J.3, punto 2) y las cuestiones relativas al procedimiento debían ser decididas por mayoría simple (Art. J.8, punto 2 *in fine*); además, de conformidad con el art. 228 A del Tratado CEE, el Consejo podía, por mayoría cualificada, adoptar las medidas necesarias para aplicar una decisión de la PESC por la que se establecieran sanciones económicas a uno o más terceros países.

10. El espíritu intergubernamental se reservó en su mayor parte para las disposiciones sobre la cooperación en los asuntos diplomáticos y consulares, dejadas a los Estados miembros (art. J.6 TUE), para un deber incondicional y general de información y consulta entre los Estados miembros (art. J.2, apartado 1) y para la defensa de las posiciones e intereses de la UE en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por parte de los Estados miembros que tienen un puesto permanente en dicho Consejo de Seguridad (art. J.5, apartado 4 *in fine*).

11. Por lo que se refiere a los gastos de la PESC, el TUE Maastricht se acogió al presupuesto y a los mecanismos presupuestarios comunitarios. El art. J.11 apartado 2 del TUE distinguió entre gastos administrativos de las instituciones, que correrían a cargo del presupuesto de las Comunidades Europeas, y gastos operativos de la PESC que correrían a cargo del presupuesto de las Comunidades Europeas si el Consejo así lo decidía por unanimidad, en cuyo caso se aplicaría el procedimiento presupuestario previsto en el Tratado CE. En este último caso, la Comisión, como institución responsable de la ejecución del presupuesto, y el Parlamento Europeo, como una de las ramas de la autoridad presupuestaria para los gastos no obligatorios, disfrutaban de un papel preeminente. En otro caso, los gastos operativos corrían a cargo de los Estados miembros.¹⁵

12. En pocas palabras, el Tratado de Maastrich “legalizó”¹⁶ la PESC y transformó el sistema intergubernamental de cooperación entre Estados miembros soberanos de la CPE en un sistema de Derecho convencional que sentó las bases para el nacimiento de una Unión Europea concebida no como un simple juego de palabras sino más bien como “una asociación de Estados establecida por tratado” que, aunque no fuera una organización internacional plena, cumplía parte de las condiciones fijadas por el Derecho internacional para la existencia de una organización internacional: la asociación de Estados establecida por tratado tenía “una constitución” (el TUE) y “órganos comunes” (el marco institucional único), con sus propios objetivos, sus normas específicas relativas a competencias, procedimientos, reglas jurídicas, prácticas

¹⁵ Para un análisis véase M. ROBLES CARRILLO: “La financiación de la PESC”, *Rev. Inst. Eur.* (1995), págs. 101 y ss.

¹⁶ Véase M. SMITH: “Diplomacy by Decree: the Legalisation of EU Foreign Policy”, *JCMS* n° 39 (2001), págs. 79 y ss.

jurídicas y posiciones comunes¹⁷ y disfrutaba de cierta autonomía respecto de los Estados miembros¹⁸. Sin embargo, el TUE (de Maastricht) no confirió a la Unión Europea la capacidad de crear derechos y obligaciones en el terreno internacional, a saber, una personalidad jurídica internacional distinta de la de sus Estados miembros¹⁹. Por ello, en virtud del Tratado de Maastricht la Unión Europea no era una organización internacional plena²⁰ sino más bien una asociación de Estados miembros que actuaban en común con el fin de lograr los objetivos establecidos en el TUE. La naturaleza de la Unión, la ausencia de revisión judicial por el Tribunal de Justicia, el sistema de rotación para la Presidencia del Consejo cada seis meses, que obstaculiza la continuidad en la ejecución de las acciones de la PESC, la falta de visibilidad (no había rostro alguno para la Unión Europea, que carecía de personalidad jurídica), la falta de una estructura permanente en la Secretaría dedicada a la prevención y gestión de los conflictos, y la necesidad de consenso, fueron todos ellos aspectos que interfirieron en la eficacia de la PESC y suscitaban la necesidad de reforma del Tratado.

¹⁷ Véase la definición clásica de organizaciones internacionales propuesta por Sir Gerald Fitzmaurice en *II Yearbook of the International Law Commission* (1956), págs. 104 y ss., en p. 108. El concepto de la UE de Maastricht encuentra su inspiración en la “teoría *institucional de la ley*”. Para un análisis, Véase D. CURTIN e I. DEKKER: “The EU as a ‘Layered’ International Organization: Institutional Unity in Disguise in the Evolution of EU Law”, en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.): *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, págs. 83 y ss.

¹⁸ Véase el “Dictamen consultivo del Tribunal internacional de Justicia en el asunto de la legalidad del uso por un Estado de armas nucleares en un conflicto armado”, *ICJ informe* 1996 en p. 74 y ss; Véase asimismo M. SHAW: *International Law* (5ª ed.), CUP, 2003, pág. 1193.

¹⁹ Según el *Bundesverfassungsgericht* alemán no se debía considerar que la Unión tuviera una personalidad jurídica independiente (“*selbständiges Rechtssubjekt*”) o sus propias competencias (“*Träger eigener Kompetenzen*”). Vid. BverfGE 89.155 en pág. 195; T. HEUKELS y J. W. DE ZWAAN: “La configuración de la Unión Europea”, en D. M. CURTIN y T. HEUKELS (eds.): *La dinámica institucional de la integración europea*, Martinus Nijhoff, 1994, pág. 202; se debe observar que en la pág. 200 los autores reconocen que “la Unión recientemente establecida es una entidad separada de integración y de cooperación, que de hecho forma un arco con la antes mencionada estructura de tres pilares”.

²⁰ Véase D. CURTIN e I. DEKKER: “The EU as a ‘Layered’ International Organization...”, cit., en la nota a pie de página n° 15 en pág. 97. Cfr. E. VILARINO PINTOS: “Representación exterior y cooperación diplomática en el Tratado de la Unión Europea”, *Rev. Inst. Eur.* n° 22 (1995), en pág. 417 y ss.; J. W. DE ZWAAN: “La configuración de la Unión Europea”, cit., en pág. 93, quién califica la Unión como “marco político”. A pesar de esta debilidad jurídica, desde una perspectiva política se reconoció internacionalmente a la Unión Europea la que adquirió nueva credibilidad. Resultaba ya por ejemplo posible poner en marcha el apoyo al Tratado de no proliferación y poner las bases de la política de estabilidad de la Unión respecto a sus vecinos. Sin embargo, la guerra en la antigua Yugoslavia (en especial, la limpieza étnica en la Bosnia-Herzegovina recientemente independizada y el aumento de las hostilidades en Kosovo) y las guerras étnicas en Ruanda revelaron pronto la naturaleza débil de las estructuras institucionales de la UE, la insuficiencia de sus capacidades militares (G. WOUTERS y F. NAERT: “¿Cómo efectiva es la arquitectura europea de la seguridad? Lecciones de Bosnia y Kosovo”, *ICLQ* n° 50 [2001], en págs. 540 y ss.) y la ausencia de un nivel suficiente de unidad europea para intervenir en estos tipos de conflicto. Véase W. BRADFORD: “La Unión de Europa Occidental, Yugoslavia y la (Des) Integración de la UE: el nuevo hombre enfermo de Europa”, *ICLQ* n° 24 (2000), págs. 13 y ss. en pág. 16.

C) Una PESC fundada en el Estado de Derecho pero sin revisión jurisdiccional por el Tribunal de Justicia (período 1999-2006)

13. El Tratado de Amsterdam (en adelante, TUE Amsterdam)²¹ y el Tratado de Niza (en adelante, TUE Niza), introdujeron algunas de las mejoras requeridas, reforzando así el sistema convencional de la PESC establecido por el Tratado de Maastricht.

14. En primer lugar y sobre todo, el TUE Amsterdam dejó claro que el sistema de la Unión se funda en el principio del Estado de Derecho, haciendo de este modo que este principio sea aplicable al Derecho de la PESC (art. 6 apartado 1 del TUE Amsterdam). Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico de la PESC, el principio del Estado de Derecho requiere sobre todo que tanto los Estados miembros como las instituciones de la Unión Europea tengan la obligación de velar para que las medidas de la PESC se adopten y ejecuten de conformidad con las disposiciones del TUE. Además, el principio del Estado de Derecho engloba el principio de seguridad jurídica e implica la prohibición del efecto retroactivo de las medidas de la PESC, a menos que no impongan carga alguna para los individuos. A efectos del ordenamiento jurídico de la PESC, el principio del Estado de Derecho se asemeja al del Derecho comunitario y al concepto alemán de *Rechtsstaat*, a excepción de un aspecto muy importante: como su antecesor de Maastricht, el Tratado de Amsterdam no estableció un sistema de recursos y procedimientos jurídicos diseñados para permitir al Tribunal de Justicia revisar la legalidad de medidas PESC adoptadas por las instituciones²² y excluyó el control del principio del Estado de Derecho de la jurisdicción del Tribunal de Justicia (art. 46 TUE). Por otro lado, ninguna de las disposiciones de la PESC del Título V del TUE modificado se sometió a la jurisdicción del Tribunal de Justicia, con la salvedad –como en el Tratado de Maastricht–, del supuesto en el que una medida PESC afecte a los Tratados CE (art. 46, letra e) TUE). Por el contrario, la responsabilidad de asegurar la compatibilidad de las medidas PESC con el principio del Estado de Derecho se atribuyó a los órganos políticos de la PESC y a las autoridades nacionales: a la Presidencia, que es responsable de la aplicación de decisiones de la PESC (art. 18 TUE); a los Estados miembros (incluyendo, en su caso, a las autoridades judiciales nacionales) que tienen el deber de respetar las acciones comunes (art. 14 apartado 3 TUE) y “velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes” (art. 15 TUE); y al Consejo, que entre otras cosas “velará por que se respeten todos los principios de la PESC” (art. 11 in fine) y “buscará soluciones adecuadas” en el caso de “dificultades importantes” en la aplicación de una acción común (art. 14 apartado 7 TUE).

²¹ D. LIÑÁN NOGUERAS: “La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea en la perspectiva de la reforma de 1996”, *Gaceta Jurídica de la CE* n° 111 (1996), págs. 5 y ss.

²² Estos elementos constituyen el núcleo del principio de Estado de Derecho desarrollado en el Derecho comunitario (asunto 294/83, *Parti écologiste “Les Verts”*, (1986) ECR 1339.1365 párrafos 24) y del *Rechtsstaat*.

15. En segundo lugar, en virtud del revisado art. 11 del TUE Amsterdam, la política exterior y de seguridad común de la Unión debe ser definida y realizada exclusivamente por la Unión, en contraste con la referencia de Maastricht a la Unión y a sus Estados miembros. Puesto que los Estados miembros actúan por consenso fuera del marco de las instituciones, la supresión de la referencia a los Estados miembros significa que el Tratado de Amsterdam descartó este rasgo intergubernamental de la PESC introducido por el Tratado de Maastricht ²³.

16. En tercer lugar, el rigor de la regla general de unanimidad para la toma de decisiones por parte del Consejo se atenuó aún más con el art. 23 apartado 1 del TUE Amsterdam, que introdujo algunos conceptos “supranacionales”. El primero, una limitación al derecho de veto mediante una nueva regla definida como la “*abstención constructiva*”, por la que en caso de que un miembro del Consejo se abstuviera en una votación, podría acompañar su abstención de una declaración formal como consecuencia de la cual no estaría obligado a aplicar la decisión, pero admitiría que ésta fuera vinculante para la Unión ²⁴. Por añadidura, la posibilidad de uso de la regla “*supranacional*” de la mayoría cualificada fue extendida por medio de la creación de un nuevo instrumento jurídico, la “*estrategia común*”, cuya adopción compete al Consejo Europeo, que se concibió como un instrumento global cuyo objeto es lograr la coherencia general entre las diversas actividades exteriores de la UE y la CE en ámbitos en los que los Estados miembros tengan “importantes intereses en común”: las estrategias comunes podrían ser ejecutadas por el Consejo pronunciándose por mayoría cualificada, mediante acciones comunes, posiciones comunes o decisiones. Además, las acciones comunes y las posiciones comunes adoptadas por unanimidad por el Consejo podrían ejecutarse mediante decisiones adoptadas por el Consejo por mayoría cualificada ²⁵. Se permitió que los Estados miembros que no estuvieran de acuerdo con las decisiones que el Consejo adoptara por mayoría cualificada tuvieran una “opción de salida” (*option*) por motivos importantes y explícitos de política nacional (art. 23 [2]) ²⁶. Finalmente, y a diferencia del art. J.18 del TUE (de Maastricht), el nuevo art. 28 del TUE (de Amsterdam) tomó del pilar comunitario, como principio general, que los gastos destinados a operaciones y acciones que no tuvieran implicaciones militares o de defensa corrieran a cargo del presupuesto de la CE, mientras que los gastos que tuvieran implicaciones militares o de defensa correrían a cargo de un presupuesto financiado por

²³ Cfr. por ejemplo F. DEHOUSSE: “After Amsterdam: A Report on the Common Foreign and Security Policy of the European Union”, *European Journal of International Law* (1998), págs. 525 y ss. en que se critica la naturaleza intergubernamental “persistente” de la PESC. Véase en general E. GONZÁLEZ SÁNCHEZ: “El proceso de toma de decisiones en el ámbito de la política exterior y de seguridad común”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 8 (2000), pág. 383.

²⁴ Sin embargo, la “*abstención constructiva*” no puede utilizarse si los miembros del Consejo que acompañan su abstención representan más de una tercera parte de los votos ponderados de conformidad con el apartado 2 del art. 205 TCE, en cuyo caso la decisión no puede adoptarse.

²⁵ Sin embargo, en virtud del art. 23(2) TUE, las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa son siempre adoptadas por el Consejo por unanimidad.

²⁶ En ese supuesto, el Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida al respecto por unanimidad.

las contribuciones de los Estados miembros en proporción a su producto nacional bruto, a menos que el Consejo decidiera otra cosa por unanimidad.²⁷

17. En cuarto lugar, y en contraste con la progresiva “supranacionalización” de la PESC, el Tratado de Amsterdam no modificó²⁸ las normas sobre la toma de decisiones de la política europea de seguridad y defensa (PESD), que continuaron basándose en la unanimidad y el consenso: el nuevo Tratado excluyó expresamente la aplicación de la regla de la mayoría cualificada a las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa (art. 23 apartado 2 *in fine*). Por otra parte, en lo que se refiere a la PESD, vale la pena destacar que se atribuye competencia al Consejo Europeo para decidir por consenso acerca de la posibilidad de establecer “una defensa común” de la Unión Europea, siempre que los Estados miembros adopten esa decisión de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 17, apartado 1, TUE).²⁹

Además, el apartado 4 del art. 17 del TUE Amsterdam confirmó lo dispuesto en el art. J.4, apartado 5, del TUE Maastricht, que establecía la base para el desarrollo de una cooperación reforzada entre dos o varios Estados miembros en el plano bilateral, en el marco de la Unión Europea Occidental (que facilita a la Unión “el acceso a una capacidad operativa”) y de la OTAN, siempre que esta cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el TUE para las disposiciones sobre la PESC.

En quinto lugar, el Tratado de Amsterdam también dotó al sistema PESC de poderes para celebrar acuerdos internacionales con terceros países y organizaciones internacionales (art. 24 TUE)³⁰; disposición que planteó la cuestión de si se había

²⁷ La aplicación de las posibilidades ofrecidas por esta disposición está bajo consideración frente a los desafíos cada vez mayores que la Unión tiene que abordar internacionalmente y la escasez de fondos disponibles. Véase A. MISSIROLI: “Euros for ESDP: financing EU operations”, *Institute for Security Studies Occasional Papers* n° 45(2003), págs. 3 y ss.

²⁸ La naturaleza operativa de la política de seguridad y defensa de la Unión resulta reforzada por la referencia formal al despliegue de fuerzas militares en misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz, en el art. 17 (2) TUE. Estas misiones se han descrito erróneamente como pertenecientes a las llamadas “*misiones Petersberg*”, entre otras cosas porque la declaración del Consejo Europeo de Petersberg (19 de junio de 1992) es ambigua por lo que se refiere al término “restablecimiento de la paz” y, como consecuencia, no hay ningún acuerdo entre los Estados miembros en cuanto al alcance de las *misiones Petersberg*: mientras que algunos Estados miembros consideran que las *misiones Petersberg* incluyen casi todos los tipos de acciones militares, otros Estados miembros limitan las tareas a un pequeño número de medidas relacionadas sobre todo con operaciones pacificadoras tradicionales. Sin embargo, está claro que de los términos “incluido el restablecimiento de la paz” del art. 17(2) TUE se desprende que todos los tipos de acciones militares y de gestión civil de crisis corresponden al ámbito del TUE. Vid. Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila: *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2001, pág. 18.

²⁹ Para la cuestión de la identidad de defensa de la UE, Véase H. AZNAR GÓMEZ: “¿Es posible una identidad europea de defensa?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 4 (1998), págs. 619 y ss.

³⁰ El art. 24 del TUE Amsterdam dispone que:

conferido capacidad a la Unión Europea para crear derechos y obligaciones en la escena internacional, y por consiguiente si se había otorgado personalidad jurídica a la Unión³¹, cuestión ésta que se tratara más adelante en el apartado 24.

18. En sexto lugar, el Tratado de Amsterdam dio un impulso a la representación exterior de la PESC (por la Presidencia y la *troika* conforme al Tratado de Maastricht), creando nuevas estructuras: en concreto, el Alto Representante de la política exterior y de seguridad común (la nueva cara exterior de la PESC, que también asiste a la Presidencia) y los representantes especiales designados por el Consejo para un mandato relacionado con cuestiones políticas concretas (art. 18 TUE). En especial, al Alto Representante, que es al mismo tiempo el Secretario General del Consejo, se le confió específicamente la tarea de contribuir a la formulación, preparación y puesta en práctica de las decisiones políticas. Para ayudar al Alto Representante, la declaración n° 6 anexa al nuevo TUE hizo referencia a una “unidad de planificación de políticas y alerta precoz”, que supervisaría y proporcionaría los análisis políticos oportunos y una alerta rápida de acontecimientos o situaciones en la escena internacional.

19. En séptimo lugar, el Tratado de Amsterdam, por otra parte, confirmó, reforzó y mantuvo intacta la estructura de la Unión Europea en pilares separados y autónomos:

a) Como en el art. C del TUE (Maastricht), el art. 3 del TUE (Amsterdam) dispone que el marco institucional único que sirve a los tres pilares de la Unión “garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones [de la Unión] dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario”; en particular, el Consejo y la Comisión tienen la responsabilidad de garantizar la coherencia de las actividades exteriores de la Unión “en su conjunto” en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo.

“Cuando es necesario celebrar un acuerdo con un mineral más Estados u organizaciones internacionales en desarrollo de este título, el Consejo, pronunciándose por unanimidad, puede autorizar a la Presidencia, ayudada por la Comisión como apropiada, para abrir negociaciones a ese efecto. Tales acuerdos serán celebrados por el Consejo que se pronunciará por unanimidad por recomendación de la Presidencia. Ningún acuerdo será obligatorio en un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declara que tiene que cumplir con los requisitos de su propio procedimiento constitucional; los otros miembros del Consejo pueden acordar que el acuerdo se aplicará provisionalmente a ellos.”

³¹ Una declaración anexa al Tratado de Ámsterdam indicó que cualquier acuerdo celebrado de conformidad con el art. 24 no conllevará ningún traspaso de competencias a la Unión. Como consecuencia, conforme al Tratado de Ámsterdam, los acuerdos no podían añadir derechos y obligaciones de la UE. El Comité especial de la Cámara de los Lores sobre las Comunidades Europeas consideró que la Unión Europea no podía, bajo las actuales circunstancias, ser considerada como una organización internacional con personalidad internacional separada sino solamente una asociación de Estados miembros que actuaban en común para el propósito establecido en el Tratado. *Vid. House of Lords Select Committee on the European Communities*, session 1992-93, 3rd report, HL Paper 10 (1992) párrafo. 129, comentarios de Mr. Eaton.

b) Por lo que se refiere al desarrollo y a la revisión de las disposiciones de la PESC, el quinto guión del art. 2 del TUE (de Amsterdam) establece, como ya lo hizo el artículo B, quinto guión del Tratado de Maastricht por lo que se refiere al desarrollo y a la revisión de las disposiciones de la PESC, que la Unión mantendrá “íntegramente” el acervo comunitario y lo desarrollará con el fin de examinar la medida en que las políticas y formas de cooperación [del 2º y 3º pilar] deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones “comunitarios”.

c) Siguiendo el ejemplo de los arts. L, M y N del TUE (de Maastricht), las referencias en los arts. 46, 47 y 48 del TUE (de Amsterdam) a los tratados comunitarios y al TUE indican que todos los tratados existentes guardan su autonomía formal entre ellos.

d) En particular, al igual que en el art. M del TUE (Maastricht), la regla contenida en el art. 47 del TUE (Amsterdam), que dispone que “ninguna disposición del presente Tratado” afectará a los Tratados Comunitarios, refuerza la presunción de que las disposiciones de los Tratados CE deben interpretarse y aplicarse como si no hubiesen sido afectadas por el TUE, a menos que expresamente se disponga otra cosa en los tratados comunitarios. Además, las disposiciones del art. 47 parecen indicar que, desde una perspectiva institucional, tanto cualquier sustitución o reemplazo entre la Unión Europea y las Comunidades Europeas, así como cualquier jerarquía normativa entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Comunitario, están excluidas.

20. Las disposiciones de la PESC contenidas en el Tratado de Amsterdam fueron modificadas más tarde por el Tratado de Niza que, entre otras cosas, contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan entre sí una cooperación reforzada “destinada a defender los valores y servir los intereses de la Unión en su conjunto afirmando su identidad como fuerza coherente en el ámbito internacional” y con este fin hagan uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Unión y actúen en nombre de la Unión (arts. 27 A, 27 C, 27 C y 27 E del TUE Niza). La cooperación reforzada “se referirá” a la aplicación de una acción común o de una posición común con la exclusión de las cuestiones que “tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa” (art. 27 B)³².

Además, el Tratado de Niza reformuló el texto completo del art. 24 TUE para introducir, entre otras cosas, la regla de la mayoría cualificada en determinadas circunstancias³³, y en especial para dejar claro que los acuerdos internacionales

³² Una cooperación reforzada debería distinguirse de la abstención constructiva. Esta última, que puede aplicarse a todas las áreas políticas y en relación con todos los instrumentos del título V del TUE, está ligada a la idea de la oposición a una iniciativa dada y no está sujeta a cualquier condición jurídica para su autorización y aplicación. Véase Th. JAEGER: “Enhanced Cooperation in the Treaty of Nice and Flexibility in the Common Foreign and Security Policy”, *EFA Rev.* n° 7 (2002), págs. 297 y ss. en pág. 299.

³³ El art. 24 del TUE Niza dispone lo siguiente:

celebrados en el ámbito de la PESC por el Consejo “serán vinculantes para las instituciones de la Unión”, subrayando de este modo que los acuerdos se celebran en nombre de la Unión como entidad distinta y no en nombre de los Estados miembros actuando colectivamente, aclarando aún más la cuestión de la personalidad jurídica de la Unión (véase *infra* en el apartado 24).

El Tratado de Niza reforzó aun más el ámbito de aplicación de la regla de la mayoría cualificada extendiéndola al nombramiento de los representantes especiales.

Finalmente, el Tratado de Niza introdujo algunas enmiendas al art. 17 del TUE Amsterdam en el ámbito de la PESD, retirando referencias a la Unión Europea Occidental que ya no es “una parte integrante del desarrollo de la Unión” ni ayuda a la UE a expresar “los aspectos de la defensa” ni establece tampoco el acceso “a una capacidad operativa” para las tareas restantes. Como consecuencia, el Tratado de Niza ha hecho a la UE directamente responsable de definir “los aspectos de defensa” de la PESC y de proporcionar el acceso a una capacidad operativa³⁴. Además, el art. 25 TUE confía al Comité Político y de Seguridad (COPS)³⁵ las tareas de ejercer, bajo la responsabilidad del Consejo, el control político y la dirección estratégica de las operaciones de gestión de crisis. El COPS puede ser autorizado por el Consejo a adoptar decisiones vinculantes relativas a la ejecución de las operaciones de gestión de crisis.

“1. Cuando para llevar a la práctica el presente título sea necesario celebrar un acuerdo con uno o varios Estados u organizaciones internacionales, el Consejo puede autorizar a la Presidencia, en su caso asistida por la Comisión, a entablar negociaciones a tal efecto. El Consejo celebrará dichos acuerdos basándose en una recomendación de la Presidencia.

2. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera la unanimidad para la adopción de decisiones internas.

3. Cuando el acuerdo tenga como finalidad aplicar una acción común o una posición común, el Consejo decidirá por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 2 del artículo 23.

4. Lo dispuesto en el presente artículo también será también aplicable a las materias incluidas en el título VI. Cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera la mayoría cualificada para la adopción de decisiones o de medidas internas, él decidirá por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 3 del artículo 34.

5. Ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las consecuencias de su propio procedimiento constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar, no obstante, que el acuerdo se aplique provisionalmente. (Se suprime el término “les”).

6. Los Acuerdos celebrados con arreglo a las condiciones establecidas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Unión.”

³⁴ Sin embargo, el Tratado constitutivo de la Unión Europea Occidental sigue estando en vigor y su art. V (defensa mutua) es primordial para la acción en un contexto europeo, a diferencia de la OTAN.

³⁵ El Consejo Europeo de Helsinki había aceptado establecer un Comité político y de seguridad interino.

21. Los cambios introducidos por los Tratados de Amsterdam y Niza dieron a la PESC nuevas características, cuya evaluación no es fácil ni está exenta de controversia, como veremos en los siguientes apartados.

III. LAS ACTUALES CARACTERÍSTICAS DE LAS DISPOSICIONES DE LA PESC

22. Las mejoras jurídicas introducidas por el Tratado de Amsterdam y el Tratado de Niza, aunque hayan sido calificadas desdeñosamente por algunos como “mucho ruido y pocas nueces”³⁶, significaron un cierto progreso en el proceso de clarificación y juridificación de la PESC³⁷. En especial, conforme al Derecho internacional, la Unión Europea ya no era la asociación “indefinida” de Estados de Maastricht, sino que se convirtió claramente en una organización internacional³⁸ distinta de las Comunidades Europeas y de los Estados miembros: la Unión Europea pasaría a ser un compuesto de Estados establecido por un instrumento de Derecho (el tratado) concluido entre sujetos de Derecho internacional (los Estados miembros), al que se confirieron determinados objetivos (art. 11 TUE), los medios necesarios para lograrlos (como por ejemplo los instrumentos jurídicos de la PESC propios de la Unión tales como acciones comunes, posiciones comunes y decisiones) y un marco institucional que incluía su propio órgano de gobierno (el Consejo Europeo) además del marco institucional único que procedía de las instituciones comunitarias (el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia).

23. Crucial a efectos de calificar a la Unión como una organización internacional autónoma era la cuestión de si en las disposiciones del art. 24 TUE (Amsterdam y Niza) se había conferido a la Unión Europea la capacidad para crear derechos y obligaciones en el ámbito internacional, o sea: si ésta gozaba de personalidad jurídica internacional. Según una corriente de opinión³⁹, los redactores del Tratado de Amsterdam rechazaron

³⁶ F. DEHOUSSE: “After Amsterdam: A Report on the Common Foreign and Security Policy of the European Union”, *European Journal of International Law* n° 9 (1998), págs. 525 y ss., en pág. 538.

³⁷ A. REMIRO BROTONS: “¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam para la PESC?”, *Gaceta Jurídica de la CE* n° 29 (1998), págs. 71 ss.

³⁸ D. CURTIN e I. DEKKER: “The EU as a ‘Layered’ International Organization...”, cit., págs. 83 a 131.

³⁹ Véase J. W. DE ZWAAN: “The Legal Personality of the European Communities...”, cit., en pág. 99; R. BARENTS: “Het Verdrag van Amsterdam”, *Europese Monografieën* n° 51 (1999), págs. 24 y 125; N. A. E. M. NEUWAHL: “A Partner with a Troubled Personality: EU Treaty Making in Matters of CFSP and JHA after Amsterdam”, *EFA Rev.* n° 9 (1998), pág. 177 y ss.; C. KOENIG y M. PECHSTEIN: *Die Europäische Union*, Mohr, 1995, págs. 6 y 20 a 63 que niegan la existencia de la Unión Europea como tema del Derecho internacional; U. EVERLING: “Reflexions on the Structure of the European Union”, *CML Rev* n° 29 (1992), pág. 1061; A. D. PLIAKOS: “La nature juridique de l’Union européenne”, *RTD* n° 29 (1993), pág. 213; T. HEUKELS y J. W. de ZWAAN, “The Configuration of the European Union: Community Dimensions of Institutional Interaction”, en *Essays in Honour of the HG Schermers*, vol. II, págs. 201, 202 y ss. y 227; y I. MACLEOD, L.D.

deliberadamente incluir una disposición que confiriese explícitamente personalidad jurídica a la Unión, y el resultado final de las negociaciones se correspondería por tanto con esta *voluntad* de las partes. Consideran además que la redacción del art. 24 TUE en el sentido de que “dichos acuerdos se celebrarán por el Consejo...” no significa la atribución de una competencia a la Unión para celebrar tratados (la competencia, según esta corriente de opinión permanece “en manos de los Estados miembros”) ⁴⁰ sino que simplemente hace referencia al proceso interno de toma de decisiones, sin implicación exterior alguna. Además, la declaración anexa al Tratado de Amsterdam, que afirma explícitamente que las competencias referidas en el art. 24 del TUE Amsterdam “no implicarán ningún traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión Europea”⁴¹, significa que los Estados miembros siguen manteniendo la competencia en ese ámbito. Finalmente, la cláusula nacional de ratificación en la tercera frase del art. 24 del TUE Amsterdam (aplicación provisional de los acuerdos solamente a los Estados miembros que no tienen ningún problema constitucional) configura un texto “radicalmente ambiguo” ⁴² puesto que parece indicar que el poder reposa en los Estados miembros y que el Consejo actúa en nombre de los Estados miembros, que son las partes contratantes. En estas circunstancias, la Unión Europea no es sujeto de Derecho internacional ⁴³.

Por el contrario, otra corriente de opinión considera que, especialmente después de la entrada en vigor del Tratado de Niza pero también antes ⁴⁴, la Unión Europea posee una personalidad jurídica internacional implícita tal y como resulta de los criterios desarrollados por el Tribunal internacional de Justicia en su dictamen consultivo relativo a la reparación de las lesiones sufridas al servicio de las Naciones Unidas ⁴⁵. Efectivamente, si se respalda “*la teoría de la voluntad de los fundadores*”, la atribución implícita de la personalidad jurídica a la Unión está probada no solamente por el reconocimiento real de la Unión como tal por los terceros países (los embajadores ahora

HENDRY y S. HYETT: *The external relations of the European Communities*, Londres, 1996, pág. 25.

⁴⁰ J. W. DE ZWAAN: “The Legal Personality of the European Communities...”, cit., pág. 98.

⁴¹ J. MONAR: “The European Union’s Foreign Affairs System after the Treaty of Amsterdam: A Strengthened Capacity for External Action?”, *European Foreign Affairs* n° 2 (1997), págs. 413 y ss., en pág. 427.

⁴² A. DASHWOOD: “External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty”, *CML Rev* n° 35 (1998), págs. 1019 y ss., en pág. 1040.

⁴³ Véase C. KOENIG y H. PECHSTEIN: *Die Europäische Union*, cit., págs. 6, y 20 a 63.

⁴⁴ Véase por ejemplo A. DASHWOOD: “External Relations Provisions...”, cit. pág. 1040; R. WESSEL: “The International Legal Status of the European Union”, *EFA Rev.* n° 2 (1997), págs. 109 y ss. esp. pág. 128. G. RESS: „Ist die Europäische Union eine juristische Person?“, *EuR* n° 2 (1995), págs. 27 y ss; O. DÖRR: „Zur Rechtsnatur der Europäische Union“, *EuR* (1995) págs. 334 a 348.

⁴⁵ (1949) TIJ Informes 174. El dictamen hizo referencia a la cuestión de si la ONU tenía capacidad y, por tanto, personalidad jurídica para interponer demandas conforme al Derecho internacional, a lo cual el TIJ contestó que “los miembros de la ONU, confiando ciertas funciones a la ONU, con los deberes y las responsabilidades consiguientes, la habían investido con la competencia requerida.”

están generalmente acreditados ante la Unión más bien que ante las Comunidades)⁴⁶ y por los Estados miembros (que tienen todas representaciones permanentes ante la Unión Europea), sino, en especial, por la capacidad jurídica de actuar que se ha conferido a la Unión no sólo mediante los instrumentos jurídicos internos (tales como acciones comunes, posiciones comunes y decisiones) que hacen referencia a la Unión como actor internacional con derechos y obligaciones, sino también mediante instrumentos jurídicos internacionales (por ejemplo, actos unilaterales o el poder de celebrar acuerdos internacionales con terceros países u organizaciones internacionales). Se alcanza una conclusión similar si se sustenta la teoría objetiva, puesto que la Unión actúa de forma autónoma y distintamente de sus Estados miembros, a través del Consejo y de la Comisión entre otros.

Esta conclusión no se contradice con la redacción del apartado 5 del art. 24 del TUE Niza⁴⁷, que (aunque ya no requiere que la aplicación provisional de los acuerdos afecte solamente a los Estados miembros, que no necesitan ratificarlos en los Parlamentos nacionales como era el caso del Tratado de Amsterdam), ha sido descrito como “extremadamente enigmático”⁴⁸, puesto que parece presuponer que en virtud del Derecho constitucional de (algunos) Estados miembros (no identificados) puede ser necesario el cumplimiento de determinados requisitos de procedimiento antes de que pueda celebrarse un acuerdo UE y pueda así convertirse en vinculante para dicho Estado miembro. En mi opinión, el contenido del apartado 5 del art. 24 TUE no debe interpretarse en el sentido de que la ratificación por los Estados miembros es necesaria. Si tal hubiera sido la intención, habría sido lógico expresarlo de forma explícita (tal y como sucede en el caso de las disposiciones que requieren la ratificación nacional, por ejemplo en el supuesto del procedimiento uniforme para las elecciones al Parlamento Europeo según lo establecido en el art. 190, apartado 4 CE, *in fine*). Más aún, el apartado 5 del art. 24 TUE implica que el Consejo actúa de forma autónoma al tiempo que garantiza el papel formal de los Parlamentos nacionales. Citemos como ejemplo la autorización parlamentaria nacional previa a la expresión del consentimiento del Estado al votar una conclusión en el Consejo, cuando los procedimientos constitucionales de un Estado miembro, por ejemplo en el caso del Reino Unido, requieren que los acuerdos que regulan los derechos individuales y que son vinculantes para los Estados miembros sean ratificados por el Parlamento nacional antes de que el Reino Unido dé su consentimiento a la celebración del acuerdo por el Consejo.

⁴⁶ El Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-99/03, *Atienza Morales contra Comisión* (sentencia del 13 de septiembre de 2005, párrafo 35, aun no publicada) ha dado una definición muy flexible del requisito constitutivo del reconocimiento y de sus efectos. Por supuesto, conforme al Derecho internacional el reconocimiento de actores internacionales nunca es un requisito previo para el disfrute de la personalidad jurídica internacional (que es solamente una cuestión de realidad objetiva) pero es una indicación de que tal personalidad existe. R. HIGGINS: *Problems and Process: International Law and How we use it*, Oxford, 1994, pág. 48.

⁴⁷ “Ningún acuerdo de la UE será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar, no obstante, que el acuerdo se aplique provisionalmente”.

⁴⁸ P. EECKHOUT: *External Relations of the European Union*, Oxford University Press, 2004, pág. 183.

Por consiguiente, en mi opinión los acuerdos del art. 24 son celebrados por el Consejo en nombre de la UE y no en nombre de los Estados miembros, y ello se deduce de la redacción de este artículo leído en su contexto: es decir, el Consejo, que tiene el poder de celebrar el acuerdo, es una institución de la UE; y los acuerdos son negociados por la Presidencia, que, en virtud del apartado 1 del art. 18 TUE, representa a la Unión y no a sus Estados miembros. La PESC tiene sus propios objetivos establecidos en el art. 11 TUE, sus propios instrumentos jurídicos establecidos en el art. 12 TUE y el derecho de abstención por los Estados miembros en el art. 23 el TUE –que se aplica a los acuerdos del art. 24– requiere que el Estado miembro que se abstiene “acepte que la decisión sea vinculante para la Unión”⁴⁹. Mi opinión se fundamenta en la práctica habitual: los más de cincuenta acuerdos celebrados entre la Unión Europea y terceros países u organizaciones internacionales, prueba explícita de que tales acuerdos son celebrados por el Consejo en nombre de la Unión Europea⁵⁰. Finalmente, la adición del apartado 6 al art. 24 por el Tratado de Niza, de forma que los acuerdos “serán vinculantes para las instituciones de la Unión” indica claramente que la Unión como tal está efectivamente obligada por los acuerdos. Por lo tanto, la Unión Europea posee ya personalidad jurídica. A este respecto, el art. I-7 del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (denominado en adelante el Proyecto de Tratado Constitucional o PTC), al disponer que la Unión tiene personalidad jurídica, se limita simplemente a describir de manera expresa una situación ya existente. Lo mismo sucede

⁴⁹ S. MARQUARDT: “The conclusion of international agreements under Article 24 of the Treaty on European Union”, en V. KRONENBERGER (ed.): *The European Union and the International Legal Order*, TMC Asser Press, 2001, págs. 337 y ss., en págs. 340 a 344. Cfr. K. LENAERTS y P. VAN NUFFEL: *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 1999 pág. 608.

⁵⁰ Veanse los Acuerdos sobre la extradición y la ayuda legal mutua en materia penal entre la UE y los EE.UU. (DO L 181, de 19.07.2003 p.25); el Acuerdo en forma de canje de notas entre la UE y la República de Líbano referente a la cooperación en la lucha contra el terrorismo (doc. 7494/02 del Consejo de 17 de abril 2002); los acuerdos sobre la seguridad de la información y el intercambio de información clasificada concluidos entre la UE y la OTAN (DO L 80, de 27.03.2003), Bosnia y Hercegovina (DO L 324 de 27.10.2004), Noruega (DO L 362, de 9.12.2004), Rumania (DO L 118, de 05.05.2005) y Ucrania (OJ L. 172, de 05.07.2005); los acuerdos sobre la situación y las actividades de la UE concluyó entre la UE y varios países de acogida en que la UE realiza operaciones de gestión de crisis como EUPM en Bosnia y Hercegovina (DO L 293 de 29.10.2002), Concordia en FYROM (DO L 82 de 29.03.2003), PROXIMA en FYROM (DO L 16 de 23.01.2004), THEMIS en Georgia (DO L 389 de 30.12.2004) y EUPOL Kinshasa en la República Democrática del Congo (DO, L 256 de 01.10.2005); y los numerosos acuerdos celebrados entre la Unión Europea y terceros países sobre la participación de éstos últimos en operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea, como Suiza, Ucrania, Noruega y Turquía en la misión EUPOL Próxima de la UE (DO 2004, L 354/77 y ss.); la Federación Rusa, Bulgaria, Rumania, e Islandia en la misión EUPM de la UE en Bosnia y Hercegovina (respectivamente en DO, L 197, de 05.08.2003 en pág. 38; DO, L 239, de 25.09.2003 en pág. 4; Oj L. 239, de 25.09.2003 en pág. 23, y DO, L 239, de 25.09.2003 en pág. 5); y Chile, Argentina, Nueva Zelanda, Albania y Marruecos en la operación Althea de la UE (respectivamente en DO L 202/40, 2005; DO L 156/22, 2005; DO, L 127/28, 2005; DO L 65/35, 2005; y DO L 34/47, 2005).

con el art. III-303 PTC, que indica expresamente que es “la Unión” la que podrá celebrar acuerdos con uno o varios Estados u organizaciones internacionales.

24. Aunque tanto el Tratado de Amsterdam como el Tratado de Niza introdujeron y reforzaron varios métodos y procedimientos de trabajo típicamente comunitarios, estos elementos no significaron un “supranacionalismo” para la Unión o la PESC⁵¹. A pesar de las diferentes corrientes de opinión acerca del número de criterios necesarios para calificar a una entidad como supranacional, las disposiciones del TUE sobre la PESC no cumplen muchos de esos criterios y por lo tanto no dotan a la Unión de carácter supranacional. Efectivamente, los criterios sugeridos por la corriente tradicional (autonomía en la toma de decisiones, capacidad de dictar normas vinculantes por mayoría cualificada, control parlamentario, existencia de un órgano judicial específico y autonomía financiera) no resultan de aplicación (o por lo menos no completamente) a la Unión, que según las disposiciones PESC del TUE, funciona principalmente sobre la base de la unanimidad y adolece de un deficiente control parlamentario por el Parlamento Europeo⁵² y de un control judicial indirecto, además de una nula autonomía financiera. Además, una corriente de opinión más estricta considera que, para que una entidad deba considerarse completamente supranacional, pueden añadirse otras dos condiciones: la existencia independiente de la entidad con imposibilidad de retirada por parte de cualquiera de sus Estados miembros componentes, y el poder independiente de dicha entidad para poder alterar o revisar su propio estatuto de fundación sin el acuerdo o la confirmación de los Estados miembros. Los últimos criterios no solamente excluyen de manera clara (Amsterdam y Niza) a la Unión como una entidad “supranacional” sino que incluso descartarían el “supranacionalismo” de la Comunidad Europea⁵³.

⁵¹ En cuanto al término “supranacionalidad” véase ZULEEG: “Wandlungen im Begriff der Supranationalität”, *Integration* n° 11 (1988), pág. 103. En sus orígenes, se empleó el término “supranacionalidad” para denotar lo que es característico de las Comunidades en cuanto a organizaciones internacionales (véase a HALLSTEIN: *Europäische Integration als Verfassungsproblem*, 1958, reimpresso en OPPERMAN (ed.): *Europäische Reden*, Deutsche Verlagsanstalt, 1979, pág. 70 y ss., en pág. 73 y ss.). Más tarde el término también adquirió el sentido –contrario a sus connotaciones originales– de la delimitación de la entidad europea en cuanto a los Estados (véase a ROSENSTIEL: *Reflections on the Notion of Supranationality* (1963) 2 *JCMS* 127). Cfr. S. BREITENMOSE: „Die Europäische Union zwischen Völkerrecht und Staatsrecht“, *ZaöRV* (1995) págs. 951 y ss. Véase R. WESSEL: *The International Legal Status of the European Union*, cit. págs. 118 y ss. See J. WEILER: *Supranationalism Revisited: A Retrospective*, en W. MAIHOFER (ed.): *Noi Si Mura*, Selected Working Articles of the European University Institute, Florencia, 1986 págs. 341 a 399.

⁵² Pero vid. A. MAURER, D. KIETZ y C. VÖLKEL: “Interinstitutional Agreements in the CFSP: Parliamentarisation through the Back Door?”, *EFA Rev.* n° 10 (2005), págs. 175 y ss. que analiza los cada vez mayores derechos de información y consulta que el Parlamento Europeo ha obtenido en la PESC mediante la celebración de acuerdos interinstitucionales sobre la financiación de la PESC.

⁵³ La Unión concebida en el PTC ha sido descrita como una “federación supranacional” por A. VON BOGDANDY: “The Prospect of a European Republic: What European Citizens are voting on”, *CML Rev.* (2005), págs. 913 y ss., en p. 931.

25. De hecho, las principales características de la estructura en pilares de la Unión Europea conforme a los Tratados de Amsterdam y Niza han hecho muy dudoso que el principio comunitario de “atribución de poderes” establecido en el art. 5 del Tratado CE se aplique a la PESC. Este principio, que corresponde en Derecho comunitario al principio de especialidad de Derecho internacional propio de las organizaciones internacionales, significa que la Comunidad actúa dentro de los límites de las atribuciones que se le han conferido y de los objetivos que se le han asignado por el Tratado CE⁵⁴. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su función de única instancia competente para interpretar los Tratados CE (art. 228 CE), ha atribuido a ese principio algunas consecuencias para el ordenamiento jurídico comunitario que resultan inaplicables a la PESC; a saber: la permanencia del *acervo comunitario*, que incluye un cuerpo de estructuras, principios y normas comunitarios esenciales que no pueden estar sujetos a la enmienda o a la revisión de los Estados miembros⁵⁵, y el principio de la irreversibilidad de los poderes comunitarios. Según el principio de irreversibilidad, la transferencia realizada por los Estados de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado CE, entraña una limitación definitiva de los derechos soberanos de los Estados miembros⁵⁶: esto significa que los poderes comunitarios son permanentes y definitivos y que cualquier ausencia en el ejercicio de los poderes comunitarios no lleva consigo la caducidad de las disposiciones pertinentes del Tratado CE⁵⁷ y no puede privar a la Comunidad de sus competencias o causar por ello la retrocesión de esos poderes comunitarios no ejercidos a los Estados miembros⁵⁸. En contraste con el ordenamiento jurídico comunitario, el acervo PESC puede modificarse o revisarse en cualquier momento sin limitación, y el principio de irreversibilidad es desconocido en el ámbito de la PESC.

26. Los objetivos de la PESC son amplios y abstractos, cubren prácticamente todos los aspectos de las relaciones exteriores y no llevan consigo una limitación

⁵⁴ C. CHAUMONT: “La signification du principe de spécialité des organisations internationales”, en *Mélanges H. Rolin*, 1964, pág. 55; M. MOESTL: *EU: Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschafts - und Unionspolitiken*, Viena, 2004, págs. 10 y ss. La doctrina alemana hace referencia al “*Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeiten/Einzelermächtigung*” o al “*Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung*”; véase H. P. KRAUSSER: *Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Duncker und Humblot, 1991, págs. 10 y ss.

⁵⁵ El Tribunal ha rechazado cualquier cambio de los “elementos esenciales de la estructura comunitaria” en el dictamen 1/76 (1977), REC. 741, y cualquier “excepción a una disposición fundamental del Tratado” en el asunto C-280/93, *Alemania/Consejo*, (1994), REC I-4973 y en el dictamen 1/91 (1991), REC I-6079.

⁵⁶ Véase el asunto 6/64, *Costa v. ENEL*, sentencia del 15 de julio de 1964, REC 1203.

⁵⁷ Véase el asunto 7/71, *Comisión v. Francia*, sentencia del 14 de diciembre de 1971, REC 1003.

⁵⁸ Véase el asunto 32/79, *Comisión/ Reino Unido*, (1980), REC 2403. Por supuesto, la Comunidad puede autorizar a la Comisión o a sus Estados Miembros a ejercer de manera temporal poderes comunitarios en nombre de la Comunidad bajo ciertas condiciones.

permanente de los derechos soberanos de los Estados miembros, a diferencia de los objetivos de la CE. Además, los objetivos del Tratado CE (en los art. 2 y 3 TCE), tales como el establecimiento de una política comercial común, una política agrícola común o una política común de transportes, son operativos *per se*, mientras que los objetivos de la PESC (en el art. 11 TUE), aunque sean de gran alcance, no son operativos *per se* y no hay ninguna indicación en art. I-40 ni en los arts. III-292 y 294 del PTC de que esta situación cambiará salvo el hecho de que el Consejo Europeo tendrá el cometido de definir los objetivos de la acción exterior de la Unión incluida en la PESC (art. I-40 apartado 2 y III-293 apartado 1 del PTC).

Es interesante observar que, aunque los objetivos de la PESD son más operativos que los objetivos de la PESC (el art. 17 de los Tratados de Amsterdam y Niza establece la definición progresiva de una política de defensa común, de tareas de gestión de crisis, etc., véase también el art. III-309 del PTC), la PESC es uno de los ámbitos de actividad que ha permanecido (y permanecerá)⁵⁹ fuera de la influencia del método comunitario y

⁵⁹ El proyecto de constitución mantiene la unanimidad para el progreso en los ámbitos de actividades de la PESD:

– En primer lugar, el PTC amplía explícitamente las tareas previstas en el art. 17 (2) del TUE, para incluir operaciones conjuntas de desarme, tareas de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, tareas de prevención de conflictos y pacificadoras, tareas de fuerzas de combate en la gestión de crisis (incluida la estabilización), y tareas referentes a la lucha contra el terrorismo (lo que incluye el apoyo a terceros países en la lucha contra el terrorismo en su territorio) (art. III-309 [1]).

– En segundo lugar, el Consejo está autorizado a adoptar una decisión europea por la que se establezcan procedimientos específicos para garantizar el acceso rápido a los créditos del presupuesto de la Unión para la financiación urgente de iniciativas en el marco de la PESC y de la PESD, entre otras cosas para establecer un fondo inicial (art. III-313 [3]).

– En tercer lugar, el PTC establece compromisos para los Estados miembros de poner a disposición de la Unión capacidades civiles y militares para la ejecución de la política común de seguridad y defensa (art. I-41 (3)) y se refiere con este fin a la agencia existente en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento (art. III-311).

– En cuarto lugar, el PTC establece la posibilidad de que el Consejo encomiende la realización de una misión de la PESD a un grupo de Estados miembros que lo deseen y que dispongan de la capacidad necesaria para tal tarea (art. I-41 (5) y art. III-310).

– En quinto lugar, el art. I-41 (6) indica que los Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes establecerán una cooperación estructurada permanente en el marco de la Unión bajo las condiciones fijadas en art. III-312 y en el protocolo n° 23 sobre la cooperación estructurada permanente anexo al PTC.

– En sexto lugar, e incluso si, como en el actual art. 17 (1), el camino hacia una defensa común se deja a la decisión unánime del Consejo Europeo (art. I-41 [2]), el PTC reitera la vocación de que la Unión englobe la seguridad y defensa de sus Estados miembros, estableciendo en el art. I-41 (7) una cláusula mutua de defensa siempre que “un Estado miembro sea objeto de agresión armada en su territorio” de conformidad con el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas (*cf.* la cláusula de solidaridad en el caso de un Estado Miembro que es objeto de un ataque terrorista (art. I-43) que repite el contenido de la declaración anexa a las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas del 25-26 de marzo de 2004, *EU Bull.* 3-2004, point I-28 y ss.). Véase C. RAMÓN CHORNET (Coord.): *La Política de Seguridad y Defensa en el Tratado Constitucional*,

se ha desarrollado con éxito desde el principio, a través de un enfoque pragmático, utilizando el método intergubernamental ⁶⁰ incluso fuera del marco de los Tratados (por ejemplo, la declaración de Saint Malo) o por el Consejo Europeo, que actúa sobre una base intergubernamental y consensual, mediante las orientaciones y las conclusiones (adoptadas principalmente en Colonia, Helsinki, Feira y Niza), ⁶¹ que, aunque políticamente sean primordiales, no se conciben en principio como instrumentos jurídicos apropiados.

Efectivamente, los órganos y estructuras de la PESD (al principio provisionales y más tarde permanentes, tales como el Comité Político y de Seguridad, el Comité Militar de la Unión Europea y el Estado Mayor de la Unión Europea) fueron establecidos mediante conclusiones del Consejo Europeo ⁶². ¿Podían las conclusiones del Consejo Europeo, que, al igual que las conclusiones del Consejo, contienen en principio declaraciones políticas, producir los efectos jurídicos requeridos con el fin de crear estas estructuras de la PESD? ¿Podían realizarse esos desarrollos por el Consejo Europeo sin

Tirant lo Blanch, 2005, pág. 219; L. BENOIT: “La politique de sécurité et de défense commune dans le traité instituant une constitution pour l'Europe”, *RMC* n° 486 (2005), págs. 155 y ss.

⁶⁰ Véase ESDP Report by the Select Committee on the European Union House of Lords 2002.

⁶¹ Véase C. TÖRO: “The Benefits of Flexibility and Differentiation in European Security and Defence Policy Decisions and their Implementation”, *ELJ* (2005), págs. 641 y ss. en pág. 642 y ss. S. DUKE: “CEDSP: Nice overtrumped success?”, *EFA Rev.* n° 6 (2001), págs. 155 y ss. en pág. 159 y ss. A. HERRERO DE LA FUENTE: “La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea tras la ‘cumbre’ de Niza”, en C. GUTIÉRREZ ESPADA (ed.): *Noticias de la Unión Europea* n° [especial sobre *El Tratado de Niza*] 218 (2003), págs. 63 y ss.

⁶² Por supuesto, estas estructuras se establecieron formalmente más tarde en virtud de las disposiciones del TUE (es decir los arts. 28 (1) TUE, 207 CE y 25 TUE) mediante decisiones del Consejo de 22 de enero de 2001 (2001/78/PESC para el Comité Político y de Seguridad, 2001/79/PESC para el Comité Militar de la Unión Europea y 2001/80/PESC para el Estado Mayor de la Unión Europea (*DO L 27*, 30.1.2001 p.1 ss). Como consecuencia, el Comité Político y de Seguridad pasó a ser un cuerpo permanente al contrario de las reuniones intermitentes del Comité Político para Asuntos de la PESD, y el Comité Militar de la Unión Europea y el Estado Mayor de la Unión Europea proporcionan las estructuras necesarias para la evaluación de la situación y la dirección militar de operaciones de gestión de crisis. Además, la Unión Europea está asistida ahora por tres organismos autónomos que tienen su propia personalidad jurídica: el Centro de Satélites (SATCEN) (*DO, L 200*, 25.7.2001 pág. 5), el Instituto para Estudios Estratégicos (ISS) (*DO, L 200*, de 25.07.2001, pág. 1) y la Agencia Europea de Defensa (AED) (*DO, L 245*, de 17.07.2004 p. 17) para cuestiones que tratan el armamento. En especial, la cooperación en el campo de los armamentos ha requerido que la AED establezca arreglos apropiados con una panoplia de foros existentes tales como la conferencia de directores nacionales de los armamentos (CNAD) en la OTAN, el grupo de armamentos de Europa Occidental (WEAG) y el POLARM en la UE, así como el “*Organisme Conjoint de Coopération en Matière d’Armement*” (OCCAR). Colectivamente, también proporcionan el vínculo necesario con las fuerzas nacionales reunidas bajo los objetivos del título de Helsinki así como con las estructuras paralelas de la OTAN (el Consejo de Atlántico Norte: NAC) para que los funcionarios militares y civiles de la OTAN comuniquen entre ellos.

una modificación previa del TUE? ⁶³ Las respuestas a estas preguntas parecen ser relativamente simples. Por una parte, el Tribunal de Justicia ha sostenido regularmente que para producir efectos jurídicos la forma de un texto no es importante, y que en realidad lo que importa es la intención de los autores y el contenido del texto, confirmando explícitamente que según estas condiciones las conclusiones del Consejo pueden producir efectos jurídicos ⁶⁴. En mi opinión, este razonamiento se aplica *mutatis mutandis* a las conclusiones del Consejo Europeo que pueden asimilarse en algunas ocasiones a “acuerdos celebrados entre los Estados miembros en el Consejo Europeo”⁶⁵ o las decisiones (“*Beschlüsse*”) ⁶⁶. Por otra parte, las estructuras institucionales de la PESD se concibieron como instrumentos para el desarrollo de las tareas de gestión de crisis establecidas en el apartado 2 del art. 17 TUE, y el Tratado confirió explícitamente a la Unión los poderes necesarios para definir y aplicar esa política. En especial, el art. 13 TUE confirió al Consejo Europeo el poder de definir los principios y las orientaciones generales para la PESC, incluidos los procedimientos para la asociación de terceros Estados u organizaciones con acciones y operaciones decididas por la Unión en el ámbito de su política de defensa elaborada por el Consejo Europeo de Niza ⁶⁷, y los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa; el Consejo Europeo fue autorizado además a decidir sobre estrategias comunes y a tomar decisiones al respecto. Por tanto, cuando los órganos de la Unión crearon las estructuras de la PESD no había necesidad alguna de modificar los tratados. Desde un punto de vista jurídico, ni siquiera una decisión del Consejo Europeo sobre una defensa común de la UE, la (entonces posible) integración de la UEO en la UE o la ejecución de las tareas de la PESD sin el recurso a la UEO necesitaban enmiendas de las disposiciones del TUE.

Se ha utilizado un planteamiento idéntico en el ámbito de las relaciones exteriores de la PESD. De este modo, el llamado “Acuerdo Berlín Plus” fue celebrado entre la UE y la OTAN mediante un canje de notas firmado por el Secretario General de la OTAN y el Secretario General/Alto Representante del Consejo de la UE ⁶⁸. Se ha

⁶³ Véase por ejemplo “Aspects institutionnels de la politique européenne de sécurité et de défense”, *Dir. Un. Eur.* n° 4 (2001), págs. 605 y ss. en págs. 616 ss.; P. BAUDIN: “Les aspects institutionnels de l’Europe de la défense”, *Défense Nationale* n° de diciembre 2000, pág. 18.

⁶⁴ Véase el asunto C-27/04, *Commission v. Consejo* (Pacto de Estabilidad y Crecimiento), (2004) ECR-I págs. 6649, párrafos 81 y 82.

⁶⁵ Se ha sugerido que las conclusiones puedan tratarse como “acuerdos entre los Estados miembros que se concluyen en una forma simplificada”. Véase por ejemplo D. SIMON: *Le système juridique communautaire*. París, PUF, 1997 pág. 210.

⁶⁶ Inspirada por la doctrina alemana, la práctica del Consejo establece una distinción entre “*Beschlüsse*”, decisiones en sentido amplio que incluirían las conclusiones y otros actos atípicos de ámbito interno, y “*Entscheidungen*”, decisiones en sentido estricto y dirigidas a terceros.

⁶⁷ *Cfr.* B. BAUDIN: “Les aspects institutionnels de l’Europe de la défense”, cit., nota 59 pág. 18, que considera que tuvo lugar una modificación “atípica” del TUE, ya que no había recurso al art. 48 TUE.

⁶⁸ De conformidad con estos documentos, por una parte la OTAN asegura el acceso de la UE a las capacidades de planificación de la Alianza para las operaciones de gestión de crisis de la UE, de conformidad con los principios establecidos en la cumbre de Washington y en las decisiones del CAN (Consejo del Atlántico Norte) de 13 de diciembre de 2002, y, por otra parte, la UE asegura una mayor implicación de los Estados europeos miembros de la OTAN no pertenecientes

planteado la cuestión de si el Acuerdo Berlín Plus constituye un tratado internacional y si es jurídicamente vinculante⁶⁹. Con arreglo al Derecho internacional, para que exista un tratado internacional deben darse determinados requisitos (es decir, la existencia de sujetos de Derecho internacional, una forma adecuada, una reunión de intenciones, consentimiento para estar obligado por el contenido y poder de celebrar el tratado)⁷⁰. Entre estas condiciones, dos son particularmente problemáticas en lo que se refiere al Acuerdo Berlín Plus. En primer lugar, el Derecho internacional requiere que el consentimiento para obligarse debe expresarse por un acto de confirmación formal, por la firma, por el canje de instrumentos o por adhesión: en el caso del Berlín Plus, ni la OTAN ni la UE hicieron declaración oficial alguna indicando su intención de obligarse en virtud del Derecho internacional, y no hay disposición para la solución de controversias (art. 86 de la Convención de Viena de 1986); además, haciendo una distinción entre las capacidades (por ejemplo, las instalaciones situadas en el Cuartel General Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa - SHAPE) a las cuales el acceso está “asegurado” y otros activos militares (por ejemplo, el equipo informático militar físico) que, si se dan en su totalidad, se deben ofrecer a la UE solamente “caso por caso”, está claro que la OTAN no pretendía obligarse jurídicamente por el Acuerdo Berlín Plus. En segundo lugar, en lo que se refiere a la capacidad de los Estados para celebrar tratados, el art. 6 de la Convención de Viena de 1986 dispone que “la capacidad de una organización internacional para celebrar tratados está regida por las normas de dicha organización”. Está claro que la UE posee dicha capacidad en virtud de los arts. 18 y 24 TUE⁷¹; no obstante, debe señalarse que, según el TUE, el poder para celebrar acuerdos de la Unión Europea está conferido al Consejo, mientras que el Acuerdo Berlín Plus fue celebrado por el Alto Representante, que no estaba facultado por el Consejo para celebrar un tratado internacional jurídicamente vinculante en nombre de la UE. Por consiguiente, el Acuerdo Berlín Plus no es jurídicamente vinculante para la Unión Europea⁷². Esto es así incluso si la otra parte del acuerdo, es decir, el Secretario General de la OTAN, sí estaba facultada para celebrar un tratado jurídicamente vinculante en virtud de la costumbre de la OTAN (que forma una parte importante del Derecho interno de la OTAN y que resulta del consentimiento obligatorio de la OTAN por

a la UE en la PESD. Las obligaciones de cada parte están contenidas en una serie de documentos adjuntos a las cartas, a saber: el texto de la declaración de prensa y los dos documentos adicionales a que hace referencia e incorpora (los arreglos pertinentes de participación de Niza contenidos en el anexo VI a las conclusiones de Niza; y las decisiones CAN de 13 de diciembre de 2002 relativas al uso de activos y capacidades comunes de la OTAN). Para una descripción, *vid.* L. GONZÁLEZ ALONSO: “La política europea de seguridad y defensa de Niza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), págs. 197 y ss.

⁶⁹ Para un análisis detallado de estas cuestiones véase “Some Legal Issues Concerning the EU-Nato Berlin Plus Agreement”, *Nordic Journal of Inter. Law* n° 73 (2004), págs. 37 y ss.

⁷⁰ Véanse los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre la Ley de Tratados y la Convención de 1986 sobre la Ley de Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales.

⁷¹ Véase *supra* párrafo 24.

⁷² En contraste con el Acuerdo de Berlín Plus, la UE y la OTAN concluyeron el 14 de marzo de 2003 y con base en el art. 24 TUE, un Acuerdo formal sobre la Seguridad de la Información de aplicación a la información o al material clasificados en cualquier forma facilitados o intercambiados entre las Partes (*DO L* 80, n° 27.3.2003, pág. 35).

“conducta subsiguiente”) ⁷³. Por lo tanto, en mi opinión, la firma del Alto Representante de la UE en el caso del Acuerdo Berlín Plus, el consentimiento condicional para obligarse por la OTAN, la ausencia de cualquier término obligatorio (tal como “acordará” y “entrará en vigor”), la presencia de términos de *soft law* tales como “está asegurando” y “está dando” en el acuerdo, y el hecho de que el documento en su conjunto se presenta como una “Declaración” llevan a la conclusión de que Berlín Plus no es un acuerdo jurídicamente vinculante; es más bien un “*acuerdo entre caballeros*”⁷⁴ que jurídicamente no compromete las responsabilidades de las partes, y ningún fracaso a la hora de cumplir con el mismo será un motivo para reclamar reparación o remedios judiciales.

27. A diferencia de la Comunidad Europea (especialmente en las políticas comercial y pesquera), la PESC no conoce la noción de competencia exclusiva (véase en el mismo sentido el art. I-13 PTC): la frase en el art. 11 TUE (art. III-294 apartado 1 PTC), según la cual la PESC abarcará “todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad”, es engañosa, puesto que no cubre competencias comunitarias. Es dudoso que el principio de las “competencias implícitas” formulado por el Tribunal de Justicia en la sentencia AETR pueda aplicarse a la PESC, aunque las nociones de competencias compartidas y concurrentes pueden ser aplicables a la PESC.

28. Está también claro que los instrumentos jurídicos de la PESC, aunque sean jurídicamente vinculantes, no son actos legislativos (en el sentido del Derecho comunitario) sino que esencialmente se trata de “*decisiones de Derecho internacional*” (*Völkerrechtliche Beschlüsse*) ⁷⁵: las acciones comunes se refieren a la “*acción operativa*”, lo que significa cualquier tipo de actividad de gobierno excepto la acción normativa, y vinculan a los Estados miembros solamente “por lo que se refiere a las posiciones que adoptan” y no a su Derecho nacional; las posiciones comunes no crean derechos y obligaciones para los individuos, aunque la práctica reciente en el ámbito de las sanciones, especialmente en la lucha contra el terrorismo, afecte a personas físicas y jurídicas, y acerque las posiciones comunes a los actos legislativos en el sentido material. La estrategia común no ha tenido éxito como instrumento jurídico: hasta ahora, se han adoptado solamente tres estrategias comunes (referentes a Rusia, Ucrania y a la

⁷³ El Tratado del Atlántico Norte no contiene ninguna disposición sobre la capacidad de celebrar tratados, pero existe una práctica según la cual la OTAN celebra acuerdos y dichos acuerdos son firmados por su Secretario General. La OTAN tiene la capacidad indiscutible para celebrar el acuerdo Berlín Plus, puesto que durante mucho tiempo ha celebrado acuerdos con sus Estados Miembros relativos a su estatuto en sus respectivos sistemas jurídicos internos (por ejemplo, el Acuerdo sobre el estatuto de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, los representantes nacionales y el personal internacional, 12 de diciembre de 1951, 200 UNTS 4). Hay también certeza acerca de la “*reunión de mentes*” en cuanto al contenido objetivo material del Acuerdo Berlín Plus, a saber, la participación de los aliados no pertenecientes a la UE, por lo que se refiere al ELU y el préstamo de activo por lo que se refiere a la OTAN.

⁷⁴ Véase P. M. EISEMANN: “Le Gentlemen’s agreement comme source de droit international”, *Jour. dr. inter.* n° 106 (1979), pág. 337.

⁷⁵ Th. OPPERMANN: *Europarecht* (2ª ed.), Múnich, 1999 en pág. 127 n. 307.

región mediterránea)⁷⁶ y se atribuye su falta de éxito al hecho de que se han definido demasiado ampliamente y se han negociado demasiado a fondo, con lo que se han convertido en poco más que inventarios de políticas y actividades existentes, sin definiciones de las auténticas prioridades y sin cláusulas “flexibles” que permitan a la Unión ejecutarlas sobre la base de la mayoría cualificada⁷⁷. El Proyecto de Tratado Constitucional no modifica la naturaleza jurídica de los instrumentos PESC que, aunque codificados en “decisiones europeas” *particulares* (en vez de leyes y leyes marco, que están destinadas a servir los demás objetivos de la Unión fuera de la PESC) y aun siendo obligatorios, serán “actos no legislativos” (arts. I-33; I-40; I-41 y III-313).⁷⁸

29. En aras de la eficiencia, el proyecto de Tratado constitucional amplía el ámbito de la aplicación de la regla de mayoría cualificada en asuntos PESC, que se aplicarían no sólo a la adopción de ciertas decisiones europeas de ejecución (art. III-300 apartado (2), letra (c)), y a decisiones europeas que apliquen los objetivos e intereses estratégicos definidos por el Consejo Europeo por unanimidad (art. III-300, letra a) y art. III-293 apartado 1), sino también a la adopción por el Consejo de decisiones europeas basadas en propuestas presentadas por el nuevo Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, en respuesta a una petición específica del Consejo Europeo (art. III-300 apartado (2), letra (b)); para la adopción de una decisión europea relativa al nombramiento de un representante especial de la UE (art. III-300 apartado (2), letra (d)), y cuando el Consejo Europeo adopte por unanimidad una decisión europea que establezca que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada a excepción de decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa (art. III-300 apartados (3) y (4)). En cualquier caso, como en los Tratados de Amsterdam y de Niza, cualquier Estado miembro puede, por motivos vitales y explícitos de política nacional, oponerse a la adopción de una decisión europea por mayoría cualificada, y el Consejo puede pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que adopte al respecto una decisión europea por unanimidad (art. III-300 apartado (2) *in fine*). Finalmente, el PTC no ha abandonado la regla de la “abstención constructiva” por lo que se refiere a la regla general de adopción por el Consejo, pronunciándose por unanimidad para decisiones europeas (art. III-300 apartado (1)). A pesar de las posibilidades ofrecidas por los Tratados, la regla de la mayoría cualificada nunca se ha utilizado en la práctica para medidas de la PESC conforme a los Tratados de Amsterdam y Niza. No hay razón alguna para creer que la práctica asentada de realización de progresos de forma consensual cambiará cuando el PTC entre en vigor.

⁷⁶ Respectivamente *DO, L 157/1* del 24 de junio de 1999; *DO L 133/1* del 23 de diciembre de 1999 y *DO L 183/5* del 22 de julio de 2000.

⁷⁷ Véase el informe de evaluación del Secretario General y Alto Representante sobre las estrategias comunes, doc. 14871/00 de 30 de enero de 2001, y el Informe conjunto del Secretario General/Alto Representante y la Comisión sobre la eficacia de las estrategias comunes, doc. 5607/02 de 23 de enero de 2002, presentado al Consejo en enero de 2003.

⁷⁸ Conforme al PTC, las decisiones europeas PESC serán adoptadas por el Consejo Europeo y el Consejo por unanimidad, pronunciándose bien por iniciativa de un Estado miembro, bien a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, bien a propuesta de este Ministro con el apoyo de la Comisión (art. I-40 [6]).

30. Finalmente, y a diferencia del Derecho comunitario, los requisitos del principio del Estado de Derecho por lo que se refiere al control democrático y judicial se ejercen fundamentalmente en cuestiones PESC en los Estados miembros. La posición es clara por lo que se refiere al control democrático, puesto que el TUE excluye cualquier control de la PESC por el Parlamento Europeo a excepción de las orientaciones generales de la PESC y del presupuesto, y a través de las preguntas parlamentarias⁷⁹. En cuanto a la revisión judicial, no existe ninguna jurisdicción del Tribunal de Justicia sobre asuntos PESC conforme a los Tratados de Amsterdam y Niza, salvo la indirecta que el Tribunal ejerce para velar por que la PESC no invada los poderes comunitarios (aspecto conflictivo debido a las “zonas grises” relativas a la distribución de los poderes entre los dos pilares)⁸⁰; además, cuando el Tribunal ejerza sus poderes de revisión referentes al deber de lealtad y de coherencia establecido en el art. 10 TCE podría ligarlo⁸¹ con el deber de coherencia contemplado en el art. 3 del TUE, que hace referencia al “conjunto” de las acciones exteriores de la Unión⁸². Pero no hay revisión judicial de las posiciones comunes, incluyendo las listas de individuos considerados “terroristas” a efectos de la Unión Europea. Se han planteado interrogantes sobre el derecho a un proceso justo y el respeto de otros derechos fundamentales en tales posiciones comunes pero, conforme a los Tratados de Amsterdam y Niza, el Tribunal de Justicia carece de competencia jurisdiccional para revisar la legalidad de los instrumentos jurídicos PESC. Esta laguna se ve colmada en el PTC, que establece en el art. III-376 que el Tribunal será competente para pronunciarse sobre los recursos interpuestos relativos al control de la legalidad de las decisiones europeas de la PESC por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas. Para lo demás, el PTC mantiene a la PESC fuera de la jurisdicción del Tribunal de Justicia⁸³.

31. A la vista de las características de las disposiciones PESC expuestas anteriormente, surge la cuestión acerca de la exacta naturaleza jurídica de dichas disposiciones.

⁷⁹ Véase J. FERNÁNDEZ: “El Tratado de Ámsterdam y la política exterior y de seguridad común de la Unión: análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (1988), págs. 79 y ss.

⁸⁰ I. PERNICE y D. THYM: “A New Institutional Balance for European Foreign Policy?”, *EFA Rev.* n° 7 (2002), págs. 269 y ss. en pág. 387.

⁸¹ El Tribunal ha sostenido que el deber de cooperación leal es de aplicación general. *Vid* sentencia C-266/03 de 2 de junio de 2005, *Comisión c./Luxemburgo* apartado 58 (no publicada todavía). Véase también C. TIMMERMANS: “The Uneasy Relationship between the Communities and the Second Pillar: back to the ‘Plan Fouchet’?”, *LIEI* (1996), págs. 61 y ss. en pág. 68.

⁸² Véase P. GAUTIER: “Horizontal Coherence and the External Competences of the European Union”, *European Law Journal* n° 10 (2004), págs. 23 y ss. en pág. 40.

⁸³ La doctrina cree que este progreso es insuficiente. Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS: “Jurisdicción y política exterior y de seguridad común”, en *Festschrift für G. C. Rodríguez Iglesias*, págs. 591 y ss. en págs. 598 ss.

IV. LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS DISPOSICIONES PESC

32. La respuesta a la cuestión de la naturaleza jurídica de las disposiciones PESC depende del concepto de Derecho que adoptemos como base de la investigación: ¿Es el sistema PESC un ordenamiento jurídico? ¿A qué concepto de Derecho deben las disposiciones PESC conformarse para poder describirse exactamente como Derecho? ¿Es un concepto de Derecho formado en el modelo del Derecho comunitario? ¿Debe considerarse a la PESC como Derecho comunitario “primitivo”? ¿Es un concepto de Derecho equivalente al del Derecho internacional? ¿Es la PESC parte del Derecho internacional? ¿Es un concepto híbrido de Derecho formado tanto por Derecho comunitario como por Derecho internacional? ¿Es un concepto de Derecho derivado del ordenamiento jurídico positivo del Estado? O es un concepto específico del Derecho, un sistema jurídico separado?

33. Para contestar a la pregunta de si el sistema PESC es de algún modo un ordenamiento jurídico, es necesario recordar los rasgos constitutivos de cualquier ordenamiento jurídico. Según la sabiduría común, un ordenamiento jurídico existe cuando cumple unos requisitos mínimos; a saber: la presencia de un grupo de normas jurídicamente vinculantes, que son en principio compatibles entre ellas, y que se hallan subordinadas a una *super-norma* –una *Grundnorm*–, que forma parte del mismo sistema jurídico, por ejemplo, la regla de *pacta sunt servanda* en el Derecho internacional o la constitución en el Derecho nacional, que resuelve cualquier incompatibilidad entre las normas y que es autónoma en cuanto que su validez no deriva de cualquier otro Estado de Derecho ⁸⁴.

No debería haber ninguna duda sobre la existencia de un ordenamiento/sistema jurídico PESC. Las disposiciones PESC forman parte del Derecho de la Unión Europea. La Unión Europea constituye una nueva entidad, una organización internacional *sui generis* que existe paralelamente a las Comunidades Europeas. No es solamente un término político que se inserta en los mecanismos tradicionales del Derecho internacional basados en el intergubernamentalismo, es decir, basados en negociaciones entre Estados como partes contratantes y no como miembros de una organización con significado formal, sino que es concebido como un marco sustantivo que garantiza la coherencia entre los tres diferentes pilares ⁸⁵. En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia ha sostenido recientemente que la Unión y la Comunidad coexisten “como ordenamientos jurídicos integrados pero distintos” y que la arquitectura constitucional de los pilares no autoriza

“ni a las instituciones ni a los Estados miembros a acogerse a la ‘cláusula de flexibilidad’ del artículo 308 CE a fin de paliar la inexistencia de una competencia de la Comunidad

⁸⁴ T. C. HARTLEY: “International Law and the Law of the European Union –a Reassessment”, *British Yearbook of International Law* n° 72 (2001), págs. 2, 3, 4 y 5.

⁸⁵ Cfr. R. DEHOUSSE: “From Community to Union”, en R. DEHOUSSE (ed.): *Europe After Maastricht*, Beck, 1994, págs. 5 y ss.; R. BARENTS y L.J. BRINKHORST: *Grondlijnen van Europees Recht*, Martinus Nijhoff, 1996 pág. 977; C. KOENIG y M. PECHSTEIN: *Die Europäische Union*, cit., págs. 620a 663.

necesaria para alcanzar alguno de los objetivos de la Unión. En última instancia, pronunciarse en otro sentido equivaldría a permitir que dicho artículo se aplicase a la totalidad de las medidas comprendidas en el ámbito de la PESC y de la cooperación policial y judicial en materia penal (JAI), de otro modo que la Comunidad podría siempre llevar a cabo acciones destinadas a lograr los objetivos de dichas políticas. Tal resultado privaría a numerosas disposiciones del Tratado UE de su ámbito de aplicación y no sería coherente con la creación de instrumentos específicos para la PESC (estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes) y para la JAI (posiciones comunes, decisiones, decisiones marco).⁸⁶

Como ya se ha dicho, la Unión Europea es una entidad jurídica internacional⁸⁷ con personalidad jurídica propia, que reúne conjuntamente los tres pilares en un único sistema jurídico⁸⁸ con objetivos y principios comunes, un marco institucional único y métodos de integración que comparten características comunes, aunque dentro del único sistema jurídico coexisten tres subsistemas jurídicos principales⁸⁹, es decir: el Derecho comunitario, el ordenamiento jurídico de la PESC y la cooperación policial y judicial en materia penal⁹⁰. Este rasgo de unidad en el Derecho de la UE se refuerza claramente en el PTC que, al mismo tiempo que asegura la continuidad jurídica del acervo, establece a la Unión Europea como el único sucesor de la Unión Europea existente y de la Comunidad Europea (art. IV-438).

34. La unidad del Derecho de la UE podría parecer incompatible con la decisión del Tribunal de Justicia que sostuvo en 1986 que el Tratado comunitario es la “carta constitucional básica” de la Comunidad Europea⁹¹. La sentencia del Tribunal puede interpretarse de dos maneras: o bien el Tribunal prestó el apoyo a la teoría de la constitucionalización y consideró que el Tratado CE es la constitución de la Comunidad como *Grundnorm* última que no deriva su validez de cualquier otra regla, o el Tribunal estaba simplemente recordando la teoría de las organizaciones internacionales según la

⁸⁶ Asunto T-306/01, *A. A. Yusuf y Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión*, sentencia de 21 de septiembre de 2005 aun no publicada.

⁸⁷ En este sentido véase también O. DÖRR: „Zur Rechtsnatur der Europäischen Union“, cit., págs. 334 y ss.

⁸⁸ A. von BOGDANDY y M. NETTESHEIM: „Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung“, *EuR* (1996), págs. 3 y ss. Véase también D. CURTIN e I. DEKKER: “The EU as a ‘Layered’ International Organization...”, cit., págs. 83 y 84.

⁸⁹ Véase B. DE WITTE: “The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?” en T. HEWKELS, N. BLOKKER y M. BRUS (eds.): *The European Union after Amsterdam, A Legal Analysis*, Kluwer, 1998, pág. 50; “The International Legal Status of the European Union”, *EFA Rev.* n° 2 (1997), pág. 109. O. DÖRR: „Zur Rechtsnatur der Europäischen Union“, cit., págs. 334 a 348.

⁹⁰ Algunos niegan la estructura unitaria de la Unión. Véase por ejemplo U. EVERLING: “Reflections on the structure of the European Union”, *CML Rev.* n° 29 (1992), págs. 1053 a 1077 en pág. 1063; J. WEILER: “Neither Unity Nor Three Pillars: the Trinity Structure of the Treaty on European Union”, en MONAR Y OTROS (eds): *The Maastricht Treaty on European Union*. European Interuniversity, 1993, págs. 49 a 62.

⁹¹ Asunto 294/83, *Parlamento Europeo c/ Parti Ecologiste “Les Verts”* (1986) REC 1339 párrafo 23.

cual los tratados fundacionales de la organización hacen referencia a la “constitución” de la organización ⁹².

35. La mayor parte de los comentaristas de Derecho comunitario apoyan la teoría de la constitucionalización y consideran que en una primera etapa el Tribunal sostuvo que la Comunidad “constituye un nuevo ordenamiento jurídico del Derecho internacional”⁹³, poniendo de relieve de esta manera la separación del Derecho comunitario pero aceptando al mismo tiempo un vínculo con el Derecho internacional. Se ha subrayado que en su jurisprudencia subsiguiente el Tribunal ya no hizo referencia al vínculo del ordenamiento jurídico comunitario con el Derecho internacional sino simplemente a la naturaleza *sui generis* del Derecho comunitario en el Derecho internacional:

“A diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado CEE ha creado su propio ordenamiento jurídico...”⁹⁴; “un ordenamiento jurídico nuevo que rige las facultades, derechos y obligaciones [...] de sujetos, así como los procedimientos necesarios para obtener la declaración y la sanción de toda eventual violación”⁹⁵, “un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado sus derechos de soberanía, en ámbitos cada vez más amplios, y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales.”⁹⁶

De estas decisiones del Tribunal, varias características se han identificado como explicativas de la naturaleza *sui generis* del Derecho comunitario: la jurisdicción obligatoria del Tribunal de Justicia sobre los Estados miembros, el sistema de cuestiones prejudiciales según el cual los tribunales nacionales plantean cuestiones de Derecho comunitario para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre las mismas, y el voto por mayoría cualificada para adoptar medidas jurídicamente vinculantes. Ciertas características distinguen principalmente el Derecho comunitario del Derecho internacional y del ordenamiento jurídico de la PESC: el efecto directo del Tratado y la legislación comunitaria derivada sobre los individuos ⁹⁷, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional ⁹⁸, y la limitación de los derechos soberanos de los Estados miembros a favor de la Comunidad. Sobre esa base, muchos comentaristas

⁹² Véase la definición presentada por Sir Gerald Fitzmaurice a la Comisión de Derecho Internacional en *II Anuario de la Comisión del derecho internacional* (1956), págs. 104 y ss. en pág. 108.

⁹³ Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, (1963) REC I en pág. 12.

⁹⁴ Asunto 6/64, *Costa v. Enel*, [1964] ECR 585 en pág. 593.

⁹⁵ Casos 90, 91/63, *Comisión c/ Luxemburgo y Bélgica* (1964) REC 631.

⁹⁶ Véase la opinión 1/91, *Proyecto de acuerdo relativo a la creación del Espacio Económico Europeo* (1991) REC I-6079 apartado 21.

⁹⁷ Véase el asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, (1963) REC en pág. 12.

⁹⁸ Véase el asunto 6/64, *Costa c/ ENEL*, (1964) REC 585 en pág. 594.

de Derecho comunitario concluyen que el ordenamiento jurídico comunitario se ha emancipado del ordenamiento jurídico internacional⁹⁹.

36. Esta concepción se ha desafiado con dos argumentos. Por una parte, se ha señalado que no hay nada en las características de la Comunidad que resulte “inadecuado” en una organización internacional que “aplique el Derecho internacional como su ordenamiento jurídico interno”; por otra parte, aunque ciertas características del Derecho comunitario resulten inusuales “están lejos de ser desconocidas en otras organizaciones internacionales, especialmente en los años siguientes a la creación de la Comunidad”.¹⁰⁰

37. Es efectivamente indiscutible que tanto la Unión Europea como la Comunidad Europea deben su existencia al Derecho internacional: tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho comunitario están basados en un grupo de tratados internacionales; la validez de su Derecho se deriva de tratados internacionales y esos mismos tratados derivan su validez del Derecho internacional. Ambos necesitarían recurrir al Derecho internacional para tratar la disolución de la Unión/Comunidad, la retirada unilateral de un Estado miembro¹⁰¹ y el procedimiento para modificar los tratados¹⁰². Incluso las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea están regidas por el Derecho internacional, excepto en la medida en que el Derecho internacional ha sido desplazado por el Derecho comunitario, aunque esto haya acontecido en la medida en que los Estados miembros así lo hayan decidido.

Además, se ha sugerido que la descripción por parte del Tribunal de Justicia del ordenamiento jurídico comunitario como “nuevo” y diferente del ordenamiento jurídico internacional responde a una concepción del Derecho internacional como un sistema que regula la coexistencia de los Estados soberanos individuales y que ignora la posibilidad de admitir un sistema de Derecho internacional basado en la supranacionalidad o en los principios de efecto directo o de primacía. Pero el Tribunal de Justicia no habría caracterizado el ordenamiento jurídico comunitario como “nuevo” o diferente del ordenamiento jurídico internacional si hubiera considerado una concepción actualizada del Derecho internacional como ley de la cooperación basada en la “cosoberanía”, en que se permite cualquier grado de intensidad en la integración, el efecto directo y la primacía¹⁰³.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, J. WEILER: “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal* n° 100 (1991), págs. 2403 y ss., en p. 2422; PESCATORE: “The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law”, *EL Rev.* n° 8 (1983), págs. 155 y ss., en pág. 157.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, T. C. HARTLEY: “International Law...”, cit. pág. 15.

¹⁰¹ Esto se prevé explícitamente en el art. I-60 del Proyecto de Tratado Constitucional (PTC).

¹⁰² Véase T. C. HARTLEY: “International Law...”, cit. págs. 7 y ss.

¹⁰³ Véase O. SPIERMANN: “The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order”, *European Journal of International Law* n° 10 (1999), págs. 763 y ss.; SCHILLING: “The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations”, *Harv. Int'l L J* n° 37 (1996), pág. 389; De WITTE: “Rules of Change in International Law: How Special is the European Community?”, *NYIL* n° 25 (1994), pág. 299; WYATT: “New Legal Order or Old?”, *EL Rev.* n° 7 (1982), pág. 147.

38. Efectivamente, parte de los rasgos distintivos del ordenamiento jurídico comunitario no son desconocidos para el Derecho internacional moderno. De este modo, los rasgos supranacionales de la mayoría u otros tipos de votación, que están también presentes en el ordenamiento jurídico de la PESC, no son desconocidos en el ordenamiento jurídico internacional: en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las decisiones obligatorias pueden adoptarse con el voto positivo de nueve de los quince miembros siempre que ninguno de los miembros permanentes emita un voto negativo (art. 27 de la Carta de Naciones Unidas); el Fondo Monetario Internacional tiene un sistema de votación ponderada basada en la cuota de cada Estado miembro, expresada en derechos especiales de giro (art. XII, sección 5; art. III, sección 1 del Acuerdo del Fondo Monetario Internacional). Por lo que se refiere a la jurisdicción obligatoria del Tribunal de Justicia, esta característica de la jurisdicción obligatoria se utiliza cada vez más en el Derecho internacional, por ejemplo, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (protocolo 11 del CEDH) y del mecanismo de resolución de controversias de la OMC (la comprensión en normas y procedimientos que gobiernan la resolución de controversias en el anexo 2 del Acuerdo de la OMC).

Por lo que se refiere a la característica del efecto directo, el Derecho internacional moderno ha establecido que las normas internacionales pueden, bajo ciertas condiciones, ser aplicadas directamente y producir efectos directos en el Derecho interno de los Estados, bien en virtud del Derecho internacional¹⁰⁴ mismo, o en virtud de las disposiciones constitucionales en el Derecho interno, o por una nueva práctica de interpretación coherente, prestada del Derecho comunitario¹⁰⁵, según la cual, a menos que el legislador haya previsto explícitamente otra cosa, cualquier disposición del Derecho interno debe interpretarse de tal manera que se evite una infracción del Derecho internacional¹⁰⁶. Esta práctica es seguida no sólo por los Estados que se adhieren a la opinión monista (según la cual el Derecho internacional y el Derecho interno deben considerarse como manifestaciones de una única concepción del Derecho, que en definitiva regula la conducta de los individuos), sino también por muchos Estados que se adhieren a la opinión dualista (según la cual el Derecho internacional y el Derecho interno son cada uno de ellos diferente por lo que se refiere a sus fuentes, a la naturaleza de sus disposiciones y a las relaciones que regulan, ya que el Derecho internacional regula exclusivamente las relaciones entre Estados) por ejemplo Australia

¹⁰⁴ A. NOLLKAEMPER: "The Direct Effect of Public International Law", en J. M. PRINSSEN y A. SCHRAUWEN (eds.): *Direct Effect*, Europa Law Publishing, 2002, pág. 159: "Un tribunal nacional da el efecto directo a una norma de Derecho internacional si aplica esa norma como tal, sin que dicha norma haya sido transformada en Derecho nacional."

¹⁰⁵ Tal como está formulado principalmente en el asunto C-106/89, *Marleasing* (1990) REC I-4135 para 8: "Al aplicar el Derecho nacional, con independencia de si las disposiciones en cuestión se adoptaron antes o después de la directiva, los jueces nacionales llamados a interpretarlo deberán, en la medida de lo posible, hacerlo a la luz de la redacción y la finalidad de la directiva..."

¹⁰⁶ Por ejemplo, el *Hoge Raad* neerlandés, 16 de noviembre de 1990, NJ 1992, 107 párrafo 3.2.3. Véase G. BETLEM y A. NOLLKAEMPER: "Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts", *EJIL* (2003), págs. 569 y ss.

¹⁰⁷, Israel ¹⁰⁸, el Reino Unido ¹⁰⁹, los EE.UU. ¹¹⁰ y Austria ¹¹¹. Finalmente, en lo que respecta a la posición del Derecho internacional, el Tribunal permanente de justicia internacional dejó claro en su dictamen sobre la jurisdicción del Tribunal de Danzig que el efecto directo de los acuerdos internacionales forma parte del ordenamiento jurídico internacional cuando sostuvo que la cuestión de saber si el llamado acuerdo “*Beamtenabkommen*” celebrado entre Polonia y la ciudad libre de Danzig creó derechos directos y efecto directo para los individuos concernidos no podía ser respondida por referencia a la soberanía del Estado sino que dependía más bien “de la intención de las partes contratantes” que pueden establecer normas definidas “creando derechos y obligaciones individuales [...] ejecutorios para los tribunales nacionales”¹¹². En el asunto LaGrand, el Tribunal internacional de Justicia fue incluso más allá, sosteniendo que la Convención de Viena sobre relaciones consulares, y en especial su art. 36 sobre los derechos de la ratificación y de acceso consulares, son no sólo derechos de los Estados sino también derechos individuales que, en virtud del art. I del protocolo opcional “pueden ser invocados en este Tribunal por el Estado nacional de la persona detenida”¹¹³. Así pues, por lo que se refiere al efecto directo, el Derecho comunitario se ha convertido simplemente en un ejemplo del “Derecho internacional acertado”, indicando “la ruta que el Derecho internacional debe seguir si quiere avanzar”¹¹⁴.

Sobre todo, la característica relativa a la supremacía del Derecho comunitario sobre la legislación nacional se ha considerado como el principio que “da al Derecho comunitario un estatuto cuasiconstitucional en los ordenamientos jurídicos internos”¹¹⁵ y el motivo que sitúa al ordenamiento jurídico comunitario en alguna parte entre el internacionalismo y el federalismo ¹¹⁶. Pero, incluso así, esto no parece ser ninguna

¹⁰⁷ *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh*, High Court of Australia, 7 de abril de 1995, 128 ALR 353, párrafo 27.

¹⁰⁸ *Kurtz y Letushinsky v. Kirschen*, Supreme Court, 27 de junio de 1967, 47 ILR 212 p. 214-215.

¹⁰⁹ La UK Human Rights Act 1998, sección 3^a, obliga a los tribunales a interpretar la legislación, tanto primaria como secundaria, y a llevarla a efecto “de manera que sea compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos”.

¹¹⁰ *Murray v. the Charming Betsy* (1804) 2 Cranch 64 pág. 118. Véase STEINHARDT: “The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction”, *Vand L Rev.* n° 43 (1990), pág. 1103. Véase también C. M. VÁZQUEZ: “The four doctrines of self-executing treaties”, *AJIL* (1995), pág. 695.

¹¹¹ BALTHASAR: “*Pacta Sunt Servanda*. Zur innerstaatlichen Relevanz von durch Saatsvertrages eingegangenen verpflichtungen Osterreichs”, *ZOR* n° 50 (1996), págs. 169 a 171.

¹¹² Véase *Jurisdiction of the Courts of Danzig* (1928) PCIJ serie B n. 15 págs. 17 y ss.

¹¹³ Véanse las sentencias del TIJ 2001, párrafo 77 *in fine*. Véase también el caso Avena, sentencias del TIJ 2004, párrafos 99 y ss. Véase en general B. GRZESZICK: “Rechte des Einzelnen im Volkerrecht”, *Arch. VR* n° 3 (2005), págs. 312 y ss.

¹¹⁴ Ch. LEBEN: “Hans Kelsen and the Advancement of International Law”, *EJIL* n° 9 (1998), pág. 298.

¹¹⁵ B. DE WITTE: “Agreement or Constitution?”, en A. WINTER Y OTROS (eds.): *Reforming the Treaty on European Union*, 1996, págs. 3 y ss. en págs. 12 ss.

¹¹⁶ T. HARTLEY: “Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community”, *AJCL* n° 34 (1986) pág. 229; K. LENAERTS: “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism”, *AJCL* n° 38 (1990), pág. 205.

novedad, ya que hay un principio de Derecho internacional según el cual “en las relaciones entre los poderes que son partes contratantes de un tratado, las disposiciones del Derecho interno no pueden prevalecer sobre aquéllas del tratado”,¹¹⁷ y además el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Puede afirmarse que ésta es la filosofía jurídica que impregnó la argumentación del Tribunal de Justicia en el asunto *Costa c/ Enel*, un hito que establece el principio de primacía del Derecho comunitario: la cuestión que el Tribunal de Justicia tuvo que abordar se relacionó con el argumento presentado por el Gobierno italiano de que el Tratado CE no tenía ningún impacto sobre el Derecho italiano porque el acto italiano de ratificación había sido transformado por un nuevo acto italiano en virtud del principio *lex posterior derogat priori*. Enfrentado con esta situación, el Tribunal de Justicia no podía sino sostener que

“La integración en el Derecho de cada país miembro de las disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento (un concepto de derecho internacional).”¹¹⁸

En breve, *pacta sunt servanda*: no se permitió que los Estados tomaran medidas unilaterales y subsiguientes de violación de un sistema jurídico que resultaba de un tratado internacional que es obligatorio para ellos y que conforme al Derecho internacional debe cumplirse de buena fe¹¹⁹. Contradecir el principio de *pacta sunt servanda* y la concepción del Estado como sujeto de Derecho internacional habría sido inaceptable.

¹¹⁷ Este principio fue sostenido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Convención que respeta la emigración recíproca (1930)* TPJI serie B, n° 17 de emigración (1930) pág. 32; el principio fue confirmado por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Aplicabilidad de la obligación de arbitrar según el Acuerdo de la sede de las Naciones Unidas* (1988), TIJ Informes 12 párrafo. 57. Incluso el Tribunal EFTA ha argumentado en esa línea en el asunto E-2/95, *Eidesund v. Stavanger Catering* (1995-1996) EFTA Court Report I párrafo 14.

¹¹⁸ *Costa v. ENEL*, cit., págs. 593 y ss.

¹¹⁹ Vid. “The Nuclear Tests rulings by the International Court of Justice”, *ICJ Reports* (1974), págs. 253 y 268. En pocas palabras, el Tribunal de Justicia parecía haber hecho referencia a lo que se ha descrito en tiempos modernos como el “*Derecho constitucional internacional*” (H. G. SCHERMERS y N. M. BLOKKER: *International Constitutional Law* [4 ed.] 2004), que comprende el cuerpo de las normas establecidas en los “*tratados constitucionales*” de más de 300 organizaciones internacionales que confieren atribuciones limitadas de reglamentación y toma de decisiones y que prevén la supremacía de tales normas internacionales sobre la ley nacional de los Estados miembros. Vid. E. U. PETERSMANN: “Constitutional Approaches to International Law”, en *Festschrift for G. Ress*, 2005, pág. 212. Para un análisis de la evolución histórica del concepto véase H. RUIZ FABRI y C. GREWE: “La constitutionnalisation à l’épreuve du droit international et du droit européen”, *Etudes en l’honneur de J. C. Goudron*, p. 192.

39. Habida cuenta de las reflexiones que preceden, poco queda a favor de la corriente de opinión de que el Tribunal de Justicia operó una “transformación” de la naturaleza de Derecho internacional del Derecho comunitario en “un nuevo ordenamiento jurídico del Derecho internacional”, en que los Estados miembros “han limitado sus derechos soberanos” o como “parte integrante de los sistemas jurídicos de los Estados miembros”, o “un nuevo ordenamiento jurídico” del Derecho nacional.

40. Por supuesto, el ordenamiento jurídico comunitario posee algunas características únicas y distintivas que son excepcionales en un sistema basado en el Derecho internacional: el efecto directo del Derecho comunitario lo ha hecho disponible para todos los individuos que quieran recurrir a él ante los tribunales nacionales; el hecho de que todos los Estados miembros tengan un deber de cumplir con el Derecho comunitario independientemente de su actitud constitucional respecto a la incorporación del Derecho (tratado) internacional en su sistema nacional; la exclusión de la competencia legislativa nacional paralela, ya sea interna o internacional, allí donde exista competencia comunitaria; la exclusión del principio de reciprocidad (que en Derecho internacional es una consecuencia del principio de igualdad soberana entre Estados) en el ordenamiento jurídico comunitario, lo que significa que no hay ninguna posibilidad para que un Estado miembro deje de aplicar el Derecho comunitario si otro Estado miembro deja de aplicarlo¹²⁰; y el cuasimonopolio de la Comisión Europea para proponer la legislación.

Sin embargo, no resulta de estas características que el ordenamiento jurídico comunitario se haya convertido en una constitución y que la soberanía de los Estados miembros se haya transmitido a la Comunidad. De hecho, las razones de la continuación y de la preservación de la soberanía de los Estados miembros permanecen según lo establecido por el Tribunal Constitucional alemán en la decisión de 1993 sobre Maastricht¹²¹, razones también defendidas por la decisión del Tribunal Supremo danés en 1998¹²² y por el Tribunal Constitucional polaco en 2005¹²³: la soberanía es conferida a los pueblos de los Estados miembros, la Comunidad está compuesta por Estados miembros, el “poder constituyente” reside en los pueblos de los Estados miembros. No hay un concepto de “pueblo europeo”¹²⁴ por el que la “soberanía esté desplazando poco a poco de los Estados miembros individuales a los pueblos de los Estados miembros... colectivamente”¹²⁵. Los recientes referendums celebrados en Francia y Holanda sobre el

¹²⁰ Véase *Comision v. Belgica y Luxemburgo*, asuntos 90 y 91/63 [1964] ECR p. 631.

¹²¹ BRUNNER: “Constitutional Court of Germany”, *BVerfGE* n° 89 (1993), pág. 155.

¹²² *Carlsen v. Rasmussen*, Tribunal Supremo de Dinamarca, Sentencia de 6 de abril de 1988; *CML Rev.* n° 3 (1999), págs. 855 a 862.

¹²³ Sentencia K 18/04 de 11 de mayo de 2005. Para un comentario, véase el editorial, *ELR* n° 30 (2005), pág. 459.

¹²⁴ J. C. PIRIS: “L’Union européenne: vers une nouvelle forme de fédéralisme?” en (2005) *RTDE* (2005), págs. 243 y ss., quien, en la pág. 249, escribe. “L’UE n’a pas de démos unique. On ne peut pas dire qu’il existe un peuple européen. L’UE a des peuples”.

¹²⁵ Ésta es la sugerencia avanzada por A. ALBI y P. VAN ELSUWEGE: “The EU Constitution, national constitutions and sovereignty: an assessment of a ‘European constitutional order’”, *ELR* n° 29 (2004), págs. 742 ss. También ha sido sugerido que los “actores individuales hayan recalibrado la empresa europea, desplazando el proyecto de integración lejos de los Gobiernos de

“Proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, y las consecuencias resultantes sirven de recordatorio a este respecto: a pesar de los numerosos *rasgos constitucionales* en las partes I y II del PTC (es decir, la definición de los objetivos de la Unión, la distribución de los poderes entre las instituciones de la UE, entre las funciones judiciales, ejecutivas y legislativas de la UE, la distribución “federal” de las competencias entre las instituciones de la UE y los Estados miembros; la inserción de un catálogo de los derechos fundamentales de la Unión, y las disposiciones relativas a la naturaleza democrática de la Unión, a sus finanzas, etc.) el proyecto de “constitución” sigue siendo un tratado internacional cuya conclusión, revisión y retirada está regida por el Derecho internacional ¹²⁶, y en el que los poderes de la Unión están conferidos (el art. I-1 del PTC establece que la nueva Unión Europea “ejercerá de modo comunitario las competencias que los Estados miembros le atribuyan”), por lo que no hay *Kompetenz-Kompetenz*.

41. Por tanto, a pesar de sus características únicas y del grado de integración y supranacionalidad que no tiene equivalencia en ningún otro sistema conocido del Derecho internacional moderno, el ordenamiento jurídico comunitario debe mucho (de hecho, debe su propia existencia) al Derecho internacional, y forma parte del ordenamiento jurídico internacional: el Derecho comunitario no es sino el derecho del tratado en su grado más integrado ¹²⁷.

42. De esta manera, al igual que el ordenamiento jurídico de la PESC cuyas características se han descrito anteriormente, el ordenamiento jurídico comunitario forma parte del ordenamiento jurídico internacional y debe su existencia a un Tratado internacional. Sin embargo, el ordenamiento jurídico de la PESC constituye en sus actuales características un ordenamiento mucho menos influido por el Derecho internacional que el Derecho comunitario, y en estas circunstancias se plantea la cuestión de si el ordenamiento jurídico de la PESC tiene la vocación o efectivamente el destino de convertirse en ordenamiento jurídico comunitario o en parte del mismo.

los Estados miembros y hacia los individuos”, *vid.* D. HALBERSTEIN: “The bride of Messina: constitutionalism and democracy in Europe”, *ELR* n° 30 (2005), pág. 775. *Vid.* también F. BIGNAMI: “Creating European Rights: National Values and Supranational Interests”, *CJEL* n° 11 (2005), págs. 241 y ss. en págs. 248 y ss.

¹²⁶ *Vid.* PIRIS: *The Constitution for Europe. A Legal Analysis*, Cambridge, 2006, pág. 192. “La Unión [...] no es un Estado Federal y [...] en el futuro, no llegará a ser uno [...] es parcialmente una unión federal”. *Cfr.* K. LENAERTS y P. VAN NUFFEL: “La Constitution pour l’Europe et L’Union comme entité politique et ordre juridique”, *CDE* n° 13 (2005), págs. 18 y ss. A. LÓPEZ PINA: *La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Dykinson, 2004, pág. 220.

¹²⁷ Algunos comentaristas han expresado su pesar porque el Derecho comunitario “haya dejado de ser considerado como sistema de vanguardia del Derecho internacional” y que a pesar del desarrollo de la Unión Europea “las naciones estado de la Unión Europea hayan sobrevivido intactas” según E. DENZA: “Dos ordenamientos jurídicos: Divergente o convergente”, *ICLQ* (1999), págs. 257 y ss. en p. 284. Esta tesis podría también ser válida para explicar las dificultades en el proceso de ratificación de las diversas enmiendas a los Tratados de la UE y CE experimentadas estos últimos años.

Hay elementos que apuntan a una respuesta afirmativa. Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico comunitario se ha considerado como el marco de referencia de la legislación europea por tres razones. Primero, la PESC es el “*pilar logístico*”¹²⁸ de la Unión, de la que toma prestadas (como también lo hace el tercer pilar) entre otras cosas las instituciones (que guardan sus características “comunitarias” originales y no se transforman en una reunión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros que adoptan actos consensuales)¹²⁹, el régimen lingüístico, y el presupuesto comunitario. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico comunitario es el pilar “protegido” de la Unión: por una parte, de conformidad con el art. 2 TUE, uno de los objetivos de la Unión es “mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo” y la Unión tiene que “respetarlo” (art. 3 TUE); por otra parte, el TUE garantiza que la autonomía del pilar comunitario respecto de los otros dos pilares no pueda ser “afectada” (art. 4.7 TUE) confiriendo el control al Tribunal de Justicia (art. 46 letra e) TUE). En tercer lugar, el pilar comunitario es “ampliable” ya que tanto el art. 2 como el 3 TUE disponen que el mantenimiento “íntegro” del acervo comunitario y el respeto del mismo vayan acompañados de un deber de desarrollarlo “con el fin de examinar la medida en qué las políticas y formas de cooperación” del ordenamiento jurídico de la PESC (y del tercer pilar) “deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones Comunitarios”.

43. Hay signos que indican que los ordenamientos jurídicos de la CE y de la PESC pueden llegar aproximarse más: se ha dicho que el PTC “suprime” la estructura de pilares de la Unión¹³⁰, y provoca la aparición de la Unión como única entidad con personalidad jurídica única y el deber de la Unión de ejercer sus poderes de atribución “de modo comunitario”.

Conforme al PTC, un futuro nuevo órgano, el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, será al mismo tiempo el vicepresidente de la Comisión Europea, aunque parece que, teniendo en cuenta sus tareas, el procedimiento para su nombramiento y su responsabilidad, el ámbito separado y distinto de la actividad de la PESC se mantendrá a pesar de su naturaleza “bicéfala”: efectivamente, está previsto que el Ministro esté al frente de la PESC y, como vicepresidente de la Comisión, se encargará de las relaciones exteriores y de la coordinación de las otras políticas exteriores de la Unión. La duplicidad de tareas¹³¹ explica la especificidad del procedimiento para el

¹²⁸ Véase G. ISAAC: “Le pilier communautaire de l’Union européenne, un pilier pas comme les autres”, *Revue générale de droit international public* n° 105 (2001), págs. 45 y ss. en pág. 49.

¹²⁹ Véanse los asuntos C-181/91 y C-248/91, *Bangladesh*, (1993) REC I-3685; asunto C-316/91, *Parlamento C/ Consejo*, FED, (1994) REC I-625.

¹³⁰ Vid U. DRAETTA: “L’azione esterna dell’Unione nel Progetto di Costituzione Europea”, *Dir. Un. Eur.* (2004) págs. 267 y ss., quien mantiene que los poderes del al Consejo Europeo según el art. III-194 PTC de establecer objetivos para la política exterior en conjunto, significa una subordinación de las antiguas actividades exteriores de la Comunidad a los intereses de la PESC.

¹³¹ Esta duplicidad de tareas indica que el compromiso alcanzado resulto la expresión más tangible de la atribución bipolar de funciones ejecutivas al Consejo y a la Comisión en la futura arquitectura institucional. Vid. D. THYM: “Reforming Europe’s Common Foreign and Security Policy”, *European Law Journal* n° 10 (2004), págs. 5 y ss., en pág. 22.

nombramiento: el Ministro será designado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada con la aprobación del Presidente de la Comisión pero, además, como vicepresidente de la Comisión, su designación se someterá a la aprobación del Parlamento Europeo así como a los demás miembros de la Comisión (art. I-27 y I-28). A este respecto, el PTC retira una medida cualitativa de la intergubernamentalidad en favor del ordenamiento jurídico comunitario. Una vez más, en lo que respecta a la responsabilidad del Ministro, éste será responsable ante el Consejo Europeo por lo que se refiere a sus tareas de la PESC (art. I-28), y ante el Parlamento Europeo por lo que se refiere a sus tareas de la Comisión (art. I-26 e I-28 apartado 4), aunque, en todo caso, el ministro no podrá dimitir sin el consentimiento del Consejo Europeo (art. I-27 apartados 2 y 3; art. I-28 apartado 1). Por otra parte, por lo que se refiere a los asuntos de la PESC, el Ministro tendrá poderes de aplicación y de representación (con el apoyo de un servicio europeo de acción exterior), además de un derecho de iniciativa ¹³². Sin embargo, la creación de un Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, sin ir acompañada por la aproximación de gran envergadura de las disposiciones sustantivas sobre los poderes y los procedimientos, ha dado lugar a las críticas de que parece concebirse simplemente al ministro como “una fuerza de conciliación y no de decisión”¹³³ y que la propuesta del PTC es, en esencia, simplemente una reforma organizativa que corre el riesgo de aumentar la confusión en vez de disminuirla ¹³⁴.

Por supuesto, los instrumentos jurídicos PESC (acciones comunes y posiciones comunes o “decisiones europeas” PESC en los arts. I-40, I-41, III-294 y III-313 del PTC), no son actos legislativos (a diferencia de los actos comunitarios), sino más bien “decisiones de derecho internacional” (*völkerrechtliche Beschlüsse*), aunque ostenten una “afinidad cercana al Derecho comunitario, puesto que deberían en principio ser obligatorios” tanto para los Estados miembros como para las instituciones ¹³⁵, y son adoptados por el Consejo que actúa en un “*Doppelorganschaft*” (es decir, naturaleza orgánica doble) como el órgano rector principal en ambos ordenamientos jurídicos, el CE y el PESC ¹³⁶. Hoy día, puede decirse que ni siquiera los sacrosantos principios comunitarios de efecto directo y de primacía sobre el Derecho de los Estados miembros son completamente ajenos al ordenamiento jurídico PESC. Por lo que se refiere al principio de efecto directo, la práctica ha empezado, especialmente en la lucha de la UE contra el terrorismo, a insertar obligaciones incondicionales en las posiciones comunes que se refieren a personas físicas y jurídicas opuestas a los Gobiernos. Aunque el examen judicial se encuentra actualmente en manos de las autoridades nacionales, el

¹³² Habrá que mantener la misma separación de funciones para el proyectado Servicio Europeo para la Acción Exterior. Vid. Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: “El sistema institucional en la Constitución europea. ¿Más legitimidad, eficacia y visibilidad?”, en *El proyecto de nueva Constitución Europea*, Valencia, 2004, pág. 198.

¹³³ Ph. MADDALON: “L’action extérieure de l’Union européenne”, *RTDE* n° 41 (2005), págs. 493 y ss. en pág. 520.

¹³⁴ Véase St. GRILLER: “External Relations”, *EUI-RSCAS/AEL*(2003), págs. 133 y ss. en pág. 146. B. CROWE: *Foreign Minister for Europe*, The Foreign Policy Centre, 2004, pág. 14.

¹³⁵ Véase Th. OPPERMANN, *Europarecht*, cit., pág. 127 n. 307.

¹³⁶ Véase N. LAVRANOS: *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004, pág. 215.

PTC establece que el TJCE tendrá jurisdicción sobre acciones interpuestas por las personas físicas y jurídicas contra decisiones de la PESC (art. III-376 apartado 2 y art. III-322). Por lo que se refiere al principio de la primacía, las acciones comunes y las posiciones comunes son jurídicamente vinculantes sobre los Estados miembros que tienen un deber de apoyarlas “activamente” y “sin reservas” (art. 11 apartado 2 TUE); y, en virtud del art. I-6 PTC, la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones tendrán primacía sobre el Derecho de los Estados miembros, lo que se aplica a las disposiciones de la PESC y a su Derecho derivado aunque el art. III-376 apartado 1 PTC disponga que el Tribunal de Justicia no será competente para pronunciarse sobre asuntos PESC¹³⁷; tanto las instituciones de la Unión como las autoridades (judiciales) nacionales serán responsables de velar por el cumplimiento del principio de primacía del ordenamiento jurídico sobre el Derecho nacional. Finalmente, aunque los objetivos PESC no sean la competencia exclusiva de la Unión, no hay ningún obstáculo jurídico para una aplicación de los principios de la jurisprudencia AETR a la PESC.

44. Por lo tanto, únicamente puede concluirse que el ordenamiento jurídico PESC, aunque sea un ámbito de la actividad de la Unión Europea distinto del resto de las actividades de la Unión (arts. I-14 y I-16 PTC), sigue formando parte del sistema jurídico unificado de la UE y, dentro del mismo, ha recibido igual trato que el que el Derecho nacional concede al Derecho interno referente a los problemas de relaciones exteriores y de defensa¹³⁸: en el Derecho nacional, el ejercicio de los poderes relativos a política exterior, seguridad y defensa está incluido en el mandato del ejecutivo, y está por lo general considerablemente más libres del control parlamentario y judicial que la mayoría del resto de los poderes. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico PESC no es ciertamente único en este sentido¹³⁹: de la misma manera que el Derecho nacional de las relaciones exteriores, el ordenamiento jurídico de la PESC no es ejecutado en principio por los tribunales. ¿Pero es la ausencia de tribunales una condición imprescindible para reivindicar una naturaleza específica para el derecho de la PESC? ¿Ha renunciado el ordenamiento jurídico PESC a la tarea de superar su actual nivel de desarrollo, por el rechazo a admitir sus actuales imperfecciones elevándolas a la categoría de manifestaciones legítimas y permanentes de un derecho “específico”? En mi opinión, los argumentos aducidos en apoyo de la naturaleza jurídica del ordenamiento jurídico de la PESC concebido como “*derecho débil*” pueden ser verosímiles y científicamente exactos. Es posible concebir un ordenamiento jurídico rudimentario en ausencia de tribunales con jurisdicción obligatoria para regular derechos impugnados o por no tener ningún órgano para su aplicación. Pero permitir las actuales imperfecciones del

¹³⁷ Según algunos, la jurisdicción limitada atribuida al Tribunal en asuntos de la PESC parece ser la razón principal para excluir la aplicación del principio de primacía a las disposiciones de la PESC (véanse por ejemplo los comentarios editoriales *CML REV.* 42 [2005] en pág. 327). No comparto este punto de vista, puesto que los tratados internacionales prevalecen sobre el Derecho nacional incluso aunque tales tratados no incluyan la jurisdicción internacional: como en la PESC, los tribunales nacionales aseguran la primacía de los Tratados internacionales.

¹³⁸ Y. BUCHET DE NEUILLY: *L'Europe de la politique étrangère*, París, 2005, pág. 247.

¹³⁹ G. DE BÚRCA: “The Institutional Development of the EU: A Constitutional Analysis”, en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.): *The Evolution of EU Law*, cit., págs. 55 y ss. y. 67.

ordenamiento jurídico de la PESC con una calificación permanente como “*derecho específico*” equivale a impedir su desarrollo futuro. Resulta más exacto considerar el ordenamiento jurídico de la PESC simplemente como incompleto e inmerso en un proceso de transición al ideal delimitado y alcanzable de una integración más completa en el Derecho de la Unión Europea.

45. Es precisamente este “inacabado” rasgo “evolutivo” del actual ordenamiento jurídico de la PESC el que sirve a la causa de la integración política europea, pues ha permitido la aparición de una concepción incipiente propia de la UE del Derecho internacional.

V. LA APARICIÓN DE UNA CONCEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PROPIA DE LA UNIÓN EUROPEA

46. Hasta ahora ha habido una asombrosa falta de atención hacia el papel que la diversa interpretación de conceptos jurídicos, y las diferentes concepciones del sistema de Derecho internacional que existen entre los Estados miembros de la Unión Europea han desempeñado en la evolución del ordenamiento jurídico de la PESC. Tales diferencias aparecen de forma más destacada, aunque no exclusivamente, en la aplicación del art. 19 del TUE que, entre otras cosas, requiere que los Estados miembros coordinen su acción en las organizaciones internacionales, y con ocasión de las conferencias internacionales mantengan posiciones comunes en esos foros, así como el deber, para los Estados miembros que son a su vez miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de asegurar la defensa de las posiciones e intereses de la Unión (por ejemplo, en la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas como en el caso de la guerra en Irak, o la cuestión de la legalidad del muro construido por Israel en los territorios ocupados)¹⁴⁰.

47. En especial, las diferencias sutiles pero persistentes entre concepciones tradicionales del Derecho internacional en Alemania, Francia y el Reino Unido¹⁴¹ –los tres principales actores internacionales de la Unión Europea–, condicionan la política exterior de esos Estados miembros¹⁴², y las posiciones que toman en el Consejo y sus

¹⁴⁰ R. O’KEEFE: “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the occupied Palestinian Territory: A Commentary”, *Rev. belge dr. int.* (2004), págs. 92 y ss. en pág. 147.

¹⁴¹ Para un análisis detallado de las diferencias entre los conceptos alemán y francés del Derecho internacional, véase “Convergences and Divergences in European International Law Traditions”, *European Journal of International Law* n° 11 (2000), págs. 713 y ss. Para un análisis del concepto británico de Derecho internacional véase la obra ya clásica de H. LAUTERPACHT: *Is International Law a Part of the Law of England?*, *Transactions of the Grotius Society* 25 (1939), p. 51 Véase también PICCIOTTO: *The Relation of International Law to the Law of England and the United States*, 1915 págs. 2 y ss.

¹⁴² Véase por ejemplo G. GUILLAUME: “Droit international et action diplomatique. Le cas de la France”, *EJIL* (1991), págs. 136 y ss. en págs. 144 ss. D. FOXTON: “International Law in Domestic Courts” *BYIL* n° 73 (2002), págs. 261 y ss.; U. SCHEUNER: “L’influence du droit interne sur la formation du droit international”, *RCADI* n° 68 (1939), págs. 100 y ss. en págs. 182 ss.

órganos al elaborar decisiones de la PESC. Una breve explicación de estas concepciones puede ayudar a comprender la incipiente aparición de un concepto de Derecho internacional propio de la Unión.

48. La política exterior alemana está completamente basada en la concepción del Estado alemán como sujeto de Derecho internacional. Se identifica al Estado alemán con la “nación alemana”, definido como el pueblo étnico (*Volk*), que constituye una “*civitas perfecta*” de gente vinculada por la sangre (el principio de personalidad del Derecho germánico por el que cada miembro de la tribu [*Stamm*] está sujeto al ordenamiento jurídico de su comunidad), y que legitima la autoridad (*autoritas*) del Estado. Por consiguiente, el territorio del Estado es no sólo la dimensión espacial de la jurisdicción del Estado sino también el espacio protegido (*der gesicherte Raum*) de su pueblo libre. Por tanto, a efectos del Derecho internacional, la identidad del Estado permanece intacta frente a un cambio de gobierno, puesto que la continuidad del Estado se basa en la continuación de la población de generación en generación (“*in der Geschlechterfolge fortlebende Bevölkerung*”). Cuando quiera que un gobierno dado restrinja ilegalmente la libertad de su pueblo, éste puede legítimamente recurrir al uso de la fuerza para recuperar su libertad robada (autodeterminación). Por lo tanto, la legalidad del Derecho internacional no está basada en el consentimiento de Estados (por ejemplo, en un tratado formal) sino más bien en un supuesto “*formlosen Konsensus*”, en el que los Estados reconocen a cada uno como igual y sujeto a un grupo de normas originales, las llamadas “*normas de valor*” en la tradición kantiana, que constituyen las fundaciones necesarias para la creación del derecho posterior.¹⁴³ Las “*normas de valor*” están basadas, según Kant, en un “*Völkerbund*” por el que cada Estado obtiene su seguridad, no de su propio poder y voluntad, sino de su solidaridad en una institución universal, las Naciones Unidas, que ha hecho de su Carta su derecho positivo y la “constitución” que rige la comunidad internacional. Según la concepción alemana del Derecho internacional, una comunidad internacional no puede existir a menos que haya normas absolutamente válidas para todos: esas normas absolutas (*ius cogens*) son las prescripciones normativas de la Carta de Naciones Unidas (por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza en el art. 2 apartado 4, la legítima defensa en el art. 51). Por tanto, la concepción alemana del Derecho internacional está totalmente comprometida con las Naciones Unidas¹⁴⁴.

49. La concepción francesa del Derecho internacional se centra particularmente en el lugar dominante del Estado; pero en contraste con la concepción alemana de la nación, en la concepción francesa el Estado resulta de la agregación del gobierno, el territorio y la población (no “la nación”)¹⁴⁵. El concepto de Derecho está ligado a la

¹⁴³ Véase A. VERDROSS y B. SIMMA (eds.): *Universelles Völkerrecht*, 1984, págs. 9 y ss.; K. IPSSEN: *Völkerrecht* (4ª ed.), 1999, págs. 7 y ss.

¹⁴⁴ Véase A. CARTY, cit., pág. 715.

¹⁴⁵ En contraste con la doctrina alemana, Nguyen GNOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET: *Droit International Public* (6ª ed.), 1999 pág. 407, señalan que entre los términos “población”, “nación” y “pueblo”, solamente el primero es pertinente con el fin de definir los

teoría del Estado. Puesto que el Estado se comporta unilateralmente sobre todo, la ley del Estado (“*droit étatique*”) es unilateral y la fuente primaria del Derecho, incluyendo el Derecho internacional, son los actos unilaterales. A diferencia de la concepción alemana del Derecho internacional, basada en normas universales y objetivas preexistentes, la concepción francesa del mismo se basa en el consentimiento de los Estados: el Derecho internacional constituye una medida de conducta para los Estados. Si un Estado se compromete con una regla internacional es porque necesita que se regule la conducta de otros Estados. La obligación internacional se basa en el *pacta sunt servanda* y la buena fe. Puesto que no existe institución alguna en la comunidad internacional equivalente al Estado como garante del Derecho o como autoridad que determina el significado de actos o hechos jurídicos, no hay normas universales, objetivas o *ius cogens* a nivel internacional. Por tanto, el Derecho internacional consiste principalmente en una serie de compromisos internacionales por Estados, de actos jurídicos realizados por Estados. Las Naciones Unidas no proporcionan la misma mediación efectiva que la del Estado; la Carta de la ONU no contiene normas claramente definidas (por ejemplo, los conceptos de paz y seguridad se interpretan y se aplican subjetivamente, y las disposiciones de la Carta relativas al uso de la fuerza son simplemente reguladoras en vez de prohibitorias). Frente a esta situación es primordial asegurar la independencia del Estado francés en la comunidad internacional, bien de manera individual o bien colectivamente mediante asociaciones con otros Estados que persigan objetivos compartidos y que contengan estructuras institucionales autorizadas para adoptar actos obligatorios (por ejemplo, la Unión Europea). Por consiguiente, el Derecho del Tratado es primordial, tanto para crear tales asociaciones e incrementar el poder nacional a través de ellas, como para garantizar la seguridad nacional. En la comunidad internacional, el derecho que resulta de asociaciones de Estados no puede reivindicar un valor normativo universal o absoluto. El Derecho internacional general, en ausencia de una autoridad, funciona como “*notaire*”; “constata y oficializa [...] al tiempo que permite que se extraigan del mismo determinadas consecuencias”¹⁴⁶.

50. A pesar de sus amplias diferencias, las concepciones alemana y francesa del Derecho internacional se adhieren conjuntamente a una concepción del Derecho como estructura completa de derecho y de justicia que se organiza legalmente. Éste no es el caso del Reino Unido que posee un sistema jurídico diferente, el “*common law*” y su metodología idiosincrática. El *common law* considera que el Derecho resulta de la elaboración lenta de la costumbre, del ajuste gradual de normas a las demandas de la razón práctica, de la interpretación y de la racionalización del hecho y de la autoridad

elementos constitutivos de un Estado. La modificación del territorio o de la población de un Estado son simplemente una cuestión de volver a dibujar los contornos del sujeto.

¹⁴⁶ Véase especialmente J. COMBACAU y S. SUR: *Droit international public* (eds. de 1993 y 1999), págs. 20 a 29. Véase también M. C. KESSLER: *La Politique Etrangère de la France, Acteurs et Processus*, 1999, págs. 153 a 165; M. LEFEBVRE: *Le Jeu du Droit et de la Puissance: Précis de Relations Internationales*, 1997, págs. 68, 72, 105, 123 a 130, 151, 158 a 160 y 192 a 205; y A. CARTY, cit., pág. 721.

del precedente judicial ¹⁴⁷. Según esta concepción positivista, el Derecho en general y el Derecho internacional en particular no incluyen necesariamente las ideas de derecho y de justicia como un concepto *a priori* y general, sino simplemente como lo que los tribunales determinan *ad hoc*. Esto se aplica al contenido y ámbito del Derecho internacional, determinado en cada caso por los tribunales ¹⁴⁸ en virtud del principio de *common law* de incorporación, según el cual el Derecho internacional, y en especial el Derecho internacional consuetudinario, “forma parte del derecho común” (del Derecho interno) ¹⁴⁹. Por tanto, el principio de incorporación plantea en cada caso la cuestión de si se ha establecido claramente una regla de Derecho internacional con el fin de la incorporación en el Derecho común. Los tribunales han desarrollado empíricamente año tras año la respuesta a esta cuestión, que depende actualmente de una serie de factores incluyendo si tal regla de Derecho internacional ha sido adoptada específicamente por la legislación o la jurisprudencia (el precedente o *stare decisis*), con lo que a veces ¹⁵⁰ hay que operar una transformación del Derecho internacional en el Derecho interno. ¹⁵¹ Además, puesto que ni los individuos ni las organizaciones distintas de los Estados entran normalmente en contacto directo con el Derecho internacional, el Estado es el sujeto preeminente de Derecho internacional. Los eventuales derechos de los individuos basados en el Derecho internacional no son otorgados por éste, como tampoco los eventuales deberes de individuos y sociedades son impuestos por el Derecho internacional; para poder ser disfrutados o cumplidos por los individuos deben ser transformados (por el Parlamento o por los tribunales) en derechos y deberes de derecho interno ¹⁵².

El principio según el cual el Derecho internacional “forma parte del Derecho interno del Estado” está sujeto a una excepción importante: no se aplica al Derecho convencional, por razones constitucionales ¹⁵³. Mientras que el Derecho consuetudinario

¹⁴⁷ Véase por ejemplo H. LAUTERPACHT: “The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law”, *British Yearbook of International Law* n° 12 (1931), págs. 31 ss.

¹⁴⁸ Véase por ejemplo Lord Cross en *Oppenheim v Cattermole* (1976) AC 249 p. 277.

¹⁴⁹ Comentarios, IV, capítulo 5. La práctica empezó con la determinación del grado exacto de la inmunidad diplomática, como por ejemplo en *Buvot v Barhuitt* (1737) Casos T. Talbot 281 (el exponente clásico de la doctrina es Blackstone que en sus comentarios IV, capítulo 5 declara que “el derecho de las naciones, siempre que surja cualquier cuestión que es correctamente objeto de su jurisdicción, es adoptado aquí en su grado completo por el *common law*, y se sostiene para formar parte del derecho común”).

¹⁵⁰ La doctrina de la transformación, conocida como doctrina dualista en el continente europeo, está basada en la opinión de dos sistemas muy distintos de Derecho, funcionando por separado, y mantiene que antes de que cualquier regla o principio de Derecho internacional pueda tener cualquier efecto en la jurisdicción nacional, dicha regla debe expresa y específicamente “ser transformada” en Derecho interno mediante el uso de la maquinaria constitucional apropiada.

¹⁵¹ Véase por ejemplo R. v. KEYN: *The Franconia*, 1876 2 Ex. pág. 63. Véase también E. DICKINSON: “L’interprétation et application du droit international dans les pays anglo-américains”, *RCADI* n° 40 (1932), págs. 305 y ss., en pág. 335.

¹⁵² H. LAUTERPACHT: *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres 1927, pág. 74.

¹⁵³ Véase el caso del *Parlement Belge* (1879) 4 PD 129.

se desarrolla a través de la evolución de la práctica del Estado, los convenios o los tratados internacionales se celebran como contratos que vinculan a los signatarios. Para que una costumbre surja, es habitual, aunque no siempre necesario, que varios Estados actúen de cierta manera creyendo que sus actos se ajustan a Derecho: por tanto, en circunstancias normales la influencia de un Estado particular (es decir, del poder ejecutivo) no es generalmente decisiva. En cambio, en el caso de los tratados, los Estados implicados pueden crear un Derecho nuevo, que sería obligatorio para ellos con independencia de la práctica previa o contemporánea. En otras palabras, la influencia del ejecutivo es generalmente mayor si los tratados son directamente aplicables en el Estado sin que intervenga ninguna etapa intermedia tras la firma y ratificación, ya que el poder ejecutivo estaría capacitado para legislar sin recurrir al poder legislativo. Esto no resulta posible en todos los casos porque, aunque sea la Corona (el poder ejecutivo) la que posee en el Reino Unido la autoridad constitucional para celebrar tratados y esta prerrogativa no puede ser impugnada por los tribunales¹⁵⁴,

“como una cuestión de Derecho constitucional [...] la prerrogativa real, al mismo tiempo que abarca la elaboración de los tratados, no se amplía a la alteración de la ley o a conferir derechos a los particulares o privando a los mismos de derechos de los que disfrutaban en el derecho interno sin la intervención del Parlamento [...] los tratados [...] no son de efecto inmediato [...] un tratado no es parte del Derecho inglés a menos que y hasta que se haya incorporado al Derecho por la legislación.”¹⁵⁵

Así pues, ni el principio de *common law* de que el Derecho internacional es parte del Derecho común ni la prerrogativa real para hacer tratados internacionales significan un reconocimiento por el Derecho inglés de la supremacía del Derecho internacional en todas las circunstancias. Hay que respetar los poderes constitucionales del Parlamento y de los tribunales. En particular, las leyes emanadas del Parlamento inglés son obligatorias para los tribunales ingleses, incluso si entran en conflicto con los requisitos del Derecho internacional¹⁵⁶, aunque hay una presunción de que el Parlamento no pretende actuar de manera contraria a las obligaciones internacionales del Reino Unido¹⁵⁷. Finalmente, los tribunales ingleses son requeridos en algunas circunstancias para tratar declaraciones del ejecutivo como concluyentes en cuanto a los asuntos en ellas contenidos, no pudiendo indagar acerca de su coherencia con el Derecho internacional (por ejemplo, si existe un estado de guerra con un país extranjero, si se ha reconocido a un Estado extranjero, si una persona tiene derecho al estatuto diplomático)¹⁵⁸.

51. Frente a los antecedentes de las diferencias en nociones básicas y de los métodos de Derecho internacional que surgen de las divergencias en los sistemas internos, resulta sorprendente observar cómo algunos progresos recientes de la PESC

¹⁵⁴ Véase *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 418.

¹⁵⁵ *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 ALL ER 523 p. 531.

¹⁵⁶ *Mortensen v. Peters* (1906) 14 SLR 227.

¹⁵⁷ *Duke v. GEC Reliance Ltd* ca 618 de 1988).

¹⁵⁸ Véase Sir R. JENNINGS y Sir A. WATTS: *Oppenheim's International Law* (9ª ed.), Londres, 1996, n. 460 pág. 1046.

(entre otras cosas mediante el Derecho derivado de la UE y la práctica de la PESC) han dado lugar a una asimilación gradual y a una aproximación mutua de las aparentemente diferentes concepciones nacionales. La Estrategia Europea de Seguridad es un buen ejemplo. Concebida para hacer frente a las nuevas amenazas para la comunidad internacional (es decir, el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva, los Estados incumplidores, la delincuencia organizada y las enfermedades infecciosas globales), la Estrategia de Seguridad de la UE prevé que la Unión Europea asuma el papel de actor global con objetivos estratégicos, algunos de naturaleza jurídica, como por ejemplo la construcción de un orden internacional basado en el multilateralismo efectivo y su consolidación en las Naciones Unidas, así como una mejor gobernanza y un compromiso preventivo.

52. La Unión Europea está sobre todo comprometida para velar por que un sistema de “*multilateralismo efectivo*” rija las relaciones internacionales; esto significa, sobre todo, que las relaciones internacionales deben basarse en el Estado de Derecho, en unas instituciones internacionales fiables y en mecanismos de aplicación efectivos.

Aunque no estén específicamente mencionadas en la Estrategia de Seguridad de la UE, del *espíritu* de ésta se desprende que las normas básicas del Derecho internacional consuetudinario, tales como la soberanía, el reconocimiento, el consentimiento, el *pacta sunt servanda*, la libertad de los mares, la responsabilidad internacional y la autodefensa, tienen todas una naturaleza jurídica obligatoria y deben ser mantenidas por la UE. Además, los tratados multilaterales y otras obligaciones consensuales son compromisos jurídicamente vinculantes en los que los sujetos de Derecho internacional declaran, modifican o desarrollan el Derecho internacional existente relativo al territorio, al Derecho y la inmunidad diplomática, a la protección de nacionales en el extranjero, a la libertad de comercio y navegación, a la extradición y el asilo, a la sucesión en los derechos y obligaciones internacionales, al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, al Derecho humanitario internacional, a la lucha contra el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, y la responsabilidad individual por actos criminales. La UE hace cumplir las normas básicas del Derecho internacional principalmente mediante arreglos consensuales de la UE sobre el desarrollo y la ayuda técnica y financiera con terceros países, que constituyen instrumentos básicos para la prevención de conflictos, la buena gobernanza y el respeto del el Estado de Derecho y de los derechos humanos.

Los principios generales de la jurisprudencia nacional, en la medida en que son aplicables a las relaciones entre Estados (transformados de esta manera por el Tribunal Internacional de Justicia en principios generales de Derecho internacional), forman también parte del sistema de “*multilateralismo efectivo*” mantenido por la Unión Europea; entre ellos, el principio de buena fe es de “importancia predominante”¹⁵⁹ puesto que toca cada aspecto del Derecho internacional¹⁶⁰ y se incorpora al apartado 2 del art. 2 de la Carta de Naciones Unidas, según el cual “todos los miembros [...] cumplirán de buena fe con las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta

¹⁵⁹ Véase “The Nuclear Tests Cases”, *ICJ Reports* (1974), págs. 253 y 267. Véanse Sir R. JENNINGS y Sir A. WATTS (eds.): *Oppenheim's International Law*, cit., pág. 38.

¹⁶⁰ Véase “The Fisheries Jurisdiction Cases”, *ICJ Reports* (1974), págs. 3 y 33.

Carta”¹⁶¹, y el art. 11 del TUE dispone explícitamente que la acción internacional de la Unión Europea tiene que ajustarse “a los principios la Carta de Naciones Unidas”. Finalmente, las instituciones internacionales globales con múltiples objetivos, tales como las Naciones Unidas, son consideradas por la Unión Europea como esenciales, puesto que han sido responsables de la creación y modificación, por consentimiento expreso, de normas que eran la base de los principios fundamentales de Derecho internacional, del inicio de la posterior codificación y desarrollo del Derecho internacional y del mantenimiento de la paz y de la seguridad en el mundo entero.

53. La recepción incipiente del Derecho internacional por parte de la UE se ha revelado incluso dentro del marco de relaciones de la UE con los EE.UU. La cuestión del mantenimiento de la paz y de la seguridad proporciona un ejemplo. Así pues, la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea pone de relieve la necesidad de respetar los principios de la Carta de las Naciones Unidas: el respeto por la prohibición de la intervención en un tercer país que implique el uso de la fuerza armada según lo establecido en el apartado 4 del art. 2 de la Carta de Naciones Unidas, con excepción de la autodefensa o dentro del marco de la acción colectiva correctora o preventiva autorizada por el Consejo de Seguridad de la ONU ¹⁶² o permitida de otra manera

¹⁶¹ Tanto el Tribunal Internacional Permanente de Justicia como el Tribunal Internacional de Justicia han identificado un número de principios generales. Véase el caso *Chorzów Factory*, PCIJ, Series A, n. 17, p. 29, PCIJ, serie A, n° 17, p. 29 (reparación por violación de un contrato); *German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No 6, p. 20 (litispendencia); *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement*, PCIJ, Serie B, No 16 (acción por miembros individuales de sociedades); *Chorzów Factory Case: Jurisdiction*, PCIJ, Serie A, No 9, p. 312; *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, PCIJ, Serie B, No 15, p. 27 (una persona no puede alegar su propia injusticia). *Interpretation of the Treaty of Lausanne*, PCIJ, Series B, No 12, p. 32 (*nemo iudex in sua causa*). Es probable que estos “principios generales del derecho” incluyan las “consideraciones elementales de la humanidad” que se exigen incluso más en paz que en la guerra (véase *the Corfu Channel Case*, 1949 TIJRep. p. 22, donde el TIJ hace referencia a consideraciones humanitarias elementales como uno de los argumentos para afirmar la responsabilidad de Albania en su fracaso a la hora de advertir de la existencia de minas en sus aguas).

¹⁶² La llamada “*intervención humanitaria*” es un problema delicado. Actualmente, el Derecho internacional no reconoce ninguna regla o principio que permita o justifique la intervención humanitaria por parte de un Estado. Hay sin embargo, una creciente corriente jurisprudencial y de doctrina que apoya la opinión de que el Derecho internacional limita el Derecho de cada Estado a tratar a sus nacionales según su deseo: cuando un Estado cometa crueldades contra sus propios nacionales o los persiga de tal manera que se produzca un genocidio o violaciones masivas de los derechos humanos, la intervención en interés de la humanidad podría estar jurídicamente permitida en circunstancias extremas y muy particulares. Los requisitos fundamentales incluyen probablemente los siguientes: a) existencia de una una situación urgente de catástrofe humanitaria extrema y de gran envergadura que exija una intervención inmediata; a) que el propio Estado afectado sea incapaz hacer frente a la situación o este poco dispuesto a hacerlo; c) que los órganos responsables de la comunidad internacional (la ONU) sean incapaces de responder o de actuar bastante rápidamente para hacer frente a la situación; d) que no haya ninguna alternativa realista a las medidas; e) que la resistencia activa por parte del Estado afectado resulte probable; y f) que las medidas tomadas sean limitadas en su tiempo y alcance y

conforme al Derecho internacional. Por consiguiente, la Estrategia de Seguridad de la UE pone el énfasis en la prevención de conflictos y amenazas mediante la prestación de asistencia técnica a situaciones de conflicto y ligando tal ayuda al establecimiento de la buena gobernanza y el respeto de los derechos humanos, que abordarían las raíces del conflicto o la situación de amenaza en los países afectados.

La Estrategia de Seguridad de la UE difiere de la estrategia de seguridad nacional de EE.UU. de la administración Bush (adoptada primero en el año 2002 y revisada, más en la forma que en el fondo, en 2006), que se concibe teniendo en cuenta la “responsabilidad especial” de los EE.UU. “en el mundo” y como un “instrumento para fomentar los intereses de los EE.UU.” (tales como la propagación de la democracia, el respeto por la libertad, la justicia y la dignidad humanas –*primer pilar* de la política exterior de los EE.UU.–, el crecimiento global, los mercados libres y el libre comercio, así como el hacer frente a las amenazas, en particular el terrorismo, que es visto como un delito de Derecho internacional situado en la misma categoría que la esclavitud, la piratería o el genocidio). El objetivo de la estrategia de la seguridad nacional de EE.UU. es “identificar y destruir la amenaza” (especialmente el “terrorismo”) antes de que alcance las fronteras de EE.UU. Con este fin y “siempre que sea posible”, según la US NSS 2002, los EE.UU. deben contar con las organizaciones internacionales. Si esto no fuera posible, los EE.UU. deben efectuar alianzas o prever la acción unilateral “preventiva” contra “Estados canallas” para obligarles a controlar y hacer cumplir la acción “aceptando sus responsabilidades soberanas” o enfrentarse en caso contrario a la intervención unilateral directa de los EE.UU. por razones de “autodefensa de anticipación”, siempre que no estén actuando bajo la autoridad del Consejo de Seguridad de la ONU (la US NSS 2006 indica que “no descartamos el uso de la fuerza antes de que sucedan los ataques, incluso si existe incertidumbre sobre cuándo y dónde atacará el enemigo”). El artículo 51 de la Carta de la ONU limita estrictamente la autodefensa a respuestas a “ataques armados”, pero el Derecho internacional consuetudinario, basado en el incidente de Caroline, permite la acción preventiva de la autodefensa que sea necesaria para prevenir un “ataque inminente”¹⁶³. Sin embargo, los principios desarrollados en el incidente de Caroline se adaptan convenientemente a la estrategia de seguridad nacional de EE.UU. para justificar “ataques preventivos” siempre que una “prevención de amenaza suficiente” (no un ataque inminente) así lo requiera¹⁶⁴, ya que es evidente que el derecho internacional condiciona el ejercicio del

proporcionales a la situación. Véanse Sir R. JENNINGS y Sir A. WATTS: *Oppenheim's International Law*. cit., pág. 443, nota 18. Vid. también MANI, p. 163, quien considera que la doctrina de la intervención humanitaria no debe ser parte del Derecho internacional, con el argumento de que la mayoría de los criterios para el uso de la fuerza armada puede ser sujeto de manipulación por los Estados.

¹⁶³ *The Caroline* (1837), 2 *Moore Digest of Intl. L* 409. Las razones que justificaban el derecho a la autodefensa fueron convenientemente establecidas en el asunto *Caroline* por el entonces Secretario de Estado americano, Daniel Webster, y aprobadas más tarde por el tribunal militar internacional de Nüremberg en 1946, *Re Goering and others*, AD, 13 (1946). Véase en general Ch. GRAY: *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2004 págs. 5 y ss.

¹⁶⁴ Resulta revelador que al proporcionar una justificación jurídica para su intervención en Irak, los EE.UU. no se basaron en la autodefensa preventiva. En la carta al Presidente del Consejo

derecho a la autodefensa no a la simple existencia de una “amenaza suficiente” sino a la existencia de un ataque armado real o inminente.

En particular, el Derecho internacional no considera que la fabricación o la posesión de armas nucleares justifique un ataque armado (durante la guerra fría no se consideró ciertamente así)¹⁶⁵. En concreto la justificación de la autodefensa por una guerra declarada “contra el terrorismo” no tiene ningún significado jurídico desde una perspectiva de Derecho internacional, puesto que no hay ninguna definición acordada de terrorismo (el “terrorismo es un término sin ningún significado jurídico. Es simplemente una manera útil de aludir a actividades, de los Estados o de los individuos, ampliamente condenables y en que los métodos utilizados son ilícitos, o los objetivos protegidos, o ambos”)¹⁶⁶, además de que el nuevo Tribunal Penal Internacional no tiene jurisdicción sobre “delitos terroristas”¹⁶⁷, y el Derecho internacional deja la represión de las actividades terroristas a las fuerzas de policía y a los tribunales nacionales, dependiendo su eficacia de la calidad de la cooperación policial y judicial entre los Estados (véanse, por ejemplo, las Resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptadas conforme al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, que establecen las bases para que las decisiones sean llevadas a cabo por los Estados

de Seguridad de Naciones Unidas, los EE.UU. reivindicaron la autorización de sus medidas militares bajo una serie de resoluciones del Consejo que autorizaban a Estados individuales a responder a las “infracciones materiales” repetidas de Irak “de estas resoluciones” (véase doc. S/2003/351 de la ONU). El apoyo a tal interpretación fue dado principalmente por los Gobiernos del Reino Unido y España pero opuesto enérgicamente por los Gobiernos de Francia y Alemania, que eran de la opinión de que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU no autorizaban a los Estados a tomar medidas militares contra Irak puesto que la acción por el Consejo de Seguridad sobre las resoluciones fue prevista más tarde, por ejemplo con la resolución 1284 del Consejo de Seguridad de la ONU (UNSC, S/RES/1284, 1999, párrafo 33).

¹⁶⁵ Vid, en general, Y. BRUNNÉE y S. TOOPE: *The Use of Force: International Law After Iraq* ICLQ n° 53 (2004), p. 85 ss. La cuestión del rápido desarrollo de armas nucleares capaces de destrucción masiva ha sido tratada diferentemente por la UE. El 17 de noviembre de 2003, el Consejo adoptó una Posición Común respecto a la universalización y al refuerzo de acuerdos multilaterales en el ámbito de la no proliferación de armas de destrucción masiva (ADM) y de medios de entrega. El 12 de diciembre de 2003, el Consejo Europeo adoptó una estrategia contra la proliferación de armas de destrucción masiva de conformidad con la Resolución CSNU 1540 (2004) que describe la proliferación de armas de destrucción masiva y sus medios de entrega como amenaza para la paz y la seguridad internacionales. La Unión Europea incluye cláusulas relativas a la no proliferación de ADM en todos sus acuerdos internacionales con terceros países (así como las cláusulas antiterroristas), contribuye positivamente a la conferencia del estudio y de la extensión de las partes del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, que la UE considera como la piedra angular del régimen de no proliferación global, y ha adoptado varias medidas que contribuyen a la promoción de la transparencia en controles de exportación relacionados con cuestiones nucleares y apoyan las actividades de la OIEA comprendidas en el programa de seguridad y cooperación nuclear de Euratom y la OIEA.

¹⁶⁶ Juez Rosalyn HIGGINS: “The General International law of Terrorism”, en R. HIGGINS y H. FLORY: *International Law and Terrorism*, Londres, 1997, pág. 28.

¹⁶⁷ No pudo acordarse ninguna definición generalmente aceptable de crímenes terroristas para su inclusión en el Convenio por el que se establece el Tribunal Penal Internacional. Se debe celebrar una conferencia de estudio en 2010; vid. el documento A/CONF/183/10.

colectivamente, dentro del marco de convenios internacionales universales –como por ejemplo el Convenio de 1999 para la supresión de la financiación del terrorismo–, o en el ámbito regional, como por ejemplo las medidas de la Unión Europea contra el terrorismo ¹⁶⁸, o individualmente de conformidad con el art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas. Debe señalarse a este respecto que la Unión Europea ha adoptado una definición de delitos terroristas, de aplicación en todos sus Estados miembros, con el fin de facilitar su procesamiento y condena, asegurando al mismo tiempo el respeto de principios y derechos fundamentales ¹⁶⁹.

En pocas palabras, y contrariamente a las implicaciones de la estrategia de seguridad de EE.UU., el Derecho internacional prohíbe en el artículo 2, apartado 4 de la Carta de las Naciones Unidas el uso de la fuerza armada contra un Estado (“canalla” o similar) acusado de apoyo a actividades terroristas, a falta de una decisión del Consejo de Seguridad o siempre que no se cumplan las condiciones del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas o del Derecho internacional consuetudinario ¹⁷⁰.

54. Además de los principios de Derecho internacional relativos al uso de la fuerza (*ius ad bellum*), la lucha de los EE.UU. contra el terror ha planteado cuestiones sobre algunos principios relativos a la aplicación del Derecho humanitario (*ius in bello*), y en especial de la Tercera Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra y la Cuarta Convención sobre la protección de civiles, por lo que se refiere a las personas que fueron capturadas por las fuerzas aliadas durante operaciones militares en Afganistán. A muchos de esos individuos se les trasladó a la base de EE.UU. en la bahía de Guantánamo en Cuba, en donde la mayoría de ellos siguen detenidos. Los EE.UU. consideraron que la Convención de Ginebra se aplicaba a los detenidos talibanes capturados en Afganistán, pero no a los combatientes de Al Qaeda. Además, EE.UU. decidió que los talibanes “no cumplían los criterios aplicables a combatientes legales” y que, en consecuencia, no podían acogerse al estatuto de prisioneros de guerra conforme a la Tercera Convención de Ginebra. Esta postura ha creado tensiones con el CICR, el guardián de la Convención de Ginebra, que señaló que el art. 5 de la Tercera Convención establece que las personas que “habiendo participado en actos bélicos y habiendo caído en manos del enemigo [...] disfrutarán de la protección que brinda la presente Convención hasta que su estatus haya sido determinado por un tribunal competente”. Hasta el momento, la cuestión no le ha sido encomendada a ningún

¹⁶⁸ Para un estudio de esas medidas, véanse F. DEHOUSSE y A. LITTOZ-MONNET: “L’Union européenne face au défi du terrorisme”, y R. COOLSAET: “Europe’s Counterterrorism Strategy in the Post-Al-Qauida Era”, ambos en *Studia Diplomatica* vol. LVII (2004), págs. 5 a 113.

¹⁶⁹ Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JHA), DO L 164 de 22.6.2002 pág. 3

¹⁷⁰ Vid. el juez y antiguo Presidente del Tribunal Internacional de Justicia G. GUILLAUME: “Terrorism and International Law”, ICLQ n° 53 (2004), pág. 537. Vid. también J. G. GARDAM: “A Role for Proportionality in the War on Terror”, *Nordic Journal of International Law* (2005), pág. 3 y ss. Para un análisis de las repercusiones de la legislación antiterrorista de los EE.UU. en el ordenamiento constitucional norteamericano, vid “The Anti-Terrorist Legislation in the US: Inter Arma Silent Leges?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* n° (2005) págs. 201 y ss.

tribunal competente. Puesto que el Tribunal Internacional de Justicia considera los “principios fundamentales del derecho humanitario” como parte integrante de los principios generales de Derecho internacional ¹⁷¹ la Unión Europea considera que el respeto por el Derecho internacional humanitario es “de importancia fundamental y una prioridad para la Unión” (art. 1 y considerando n° 1 de la Posición Común 2003/444/CFSP del Consejo del 16 de junio de 2003) ¹⁷², y ha adoptado un conjunto de directrices para fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario (DIH) ¹⁷³ que defiende el Derecho internacional humanitario aplicable a las operaciones de gestión de la crisis de la UE.

55. Así pues, mientras que los EE.UU. buscan la jurisdicción nacional exclusiva para las fuerzas militares americanas que actúan en el extranjero ¹⁷⁴, la Unión Europea considera que el recientemente establecido Tribunal Penal Internacional (TPI) “es un medio esencial para fomentar el respeto del Derecho internacional humanitario y *de los derechos humanos*”, por lo que apoya activamente el funcionamiento efectivo del mismo, propone su apoyo universal y promueve la más amplia participación política en el estatuto de Roma (art. 1 de la Posición Común 2003/444/CFSP del Consejo del 16 de junio de 2003) ¹⁷⁵. La Unión Europea está negociando un acuerdo de cooperación y asistencia con el TPI.

¹⁷¹ Véase “The Military and Paramilitary Activities Case”, *ICJ Rep.* (1986), págs. 113 a 115 y 129 a 130.

¹⁷² Art. 1 y considerando 1 de la Posición Común 2003/444/PESC del Consejo de 16 de junio de 2003, *DO* 2003 L 150/67

¹⁷³ *DO* 2005 C 327/4

¹⁷⁴ La administración Bush ha retirado la firma de los Estados Unidos de la administración Clinton al Estatuto de Roma, por el que se establece el Tribunal Penal Internacional (TPI), entre otras cosas debido a que la política exterior americana, su soberanía y sus soldados podían verse comprometidos por los poderes jurisdiccionales para juzgar crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, así como por los poderes potenciales (el crimen indefinido de agresión) del Tribunal, a causa de una marginalización percibida del Consejo de Seguridad de la ONU en el nuevo sistema (véase Y. BOLTON: *The United States and the International Criminal Court*, Aspen Institute, Berlín, 2002). A este respecto los EE.UU. han adoptado gran cantidad de medidas nacionales (por ejemplo, varias resoluciones del Congreso adoptadas a iniciativa del senador Helms) que prohibían al Gobierno de EE.UU. la cooperación con el TPI, autorizando al Presidente a utilizar todos los medios apropiados para liberar a cualquier americano procesado por el TPI y condicionando la participación de los EE.UU. en operaciones pacificadoras en la obtención previa de la inmunidad respecto a la jurisdicción del TPI (véase por ejemplo la resolución CSNU 1422 de 12 de julio de 2002 confirmada el 12 de junio de 2003). Los EE.UU. también han emprendido pasos bilaterales para celebrar, sobre la base del art. 98 del Estatuto de Roma, una serie de acuerdos bilaterales con terceros países (que también se han subordinado a amenazas para retirar la ayuda militar americana) para asegurarse de que no se someta a los ciudadanos americanos a la jurisdicción de la CPI. Hasta ahora se han concluido más de 50 tratados bilaterales, algunos de ellos con las partes contratantes del Estatuto de Roma, incluidas Rumania, Albania y Bosnia-Herzegovina. *Vid.* P. BUHLER: “Les Etats Unis et le droit international”, *Commentaire* n° 103 (2003), págs. 549 y ss.

¹⁷⁵ Art. 1 de la Posición Común 2003/444/PESC del Consejo de 16 de junio de 2003, *DO* 2003 L 150/67.

56. Por supuesto, un aspecto clave de la concepción de la Unión Europea sobre el multilateralismo efectivo es practicar un multilateralismo realmente efectivo. En efecto, la acción exterior de la Unión Europea en la gestión de conflictos favorece sobre todo el recurso a mecanismos tradicionales de Derecho internacional de resolución de controversias. Existe, en primer lugar, la diplomacia preventiva, los procedimientos diplomáticos que implican una tentativa de resolver diferencias por las mismas partes en conflicto o a través de los métodos de discusión y exploratorios: la Unión Europea está activamente comprometida en la diplomacia preventiva para evitar que las controversias existentes se traduzcan en conflictos y para limitar la extensión de estos últimos cuando ocurran. Esto incluye esfuerzos por la Unión Europea bajo la forma de estudios, buenos oficios y misiones de buena voluntad (por ejemplo, la misión emprendida por J. Solana, Alto Representante de la Unión Europea, en los Balcanes occidentales, particularmente en la FYROM) para conseguir de las partes un acuerdo que fomente el recurso a procedimientos de investigación, mediación, conciliación, arbitraje, resolución judicial, recurso a los organismos regionales o a arreglos u otros medios pacíficos. Se fomenta en especial el recurso a procedimientos de adjudicación que implican la determinación por un tercero independiente de los problemas de fondo y de forma, como el arbitraje o las decisiones de órganos judiciales, lo que es una política activa de la Unión Europea según se refleja en los acuerdos internacionales celebrados entre la Unión Europea y países terceros (por ejemplo, en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas (SOFAS) con países de acogida, la Unión se propone insertar una cláusula según la cual siempre que las controversias surjan de reclamaciones por daños, éstas puedan, bajo ciertas condiciones, presentarse ante un tribunal arbitral). Si la prevención del conflicto no resulta posible, en la Estrategia de Seguridad de la UE las acciones prioritarias son “la salvaguarda de la paz”, desplegando una presencia de la UE en el terreno del conflicto (de conformidad con una RCSNU, como en la operación Concordia ¹⁷⁶ o tras invitación/petición de un país particular o de una organización regional como en Artemio ¹⁷⁷, el apoyo de la UE a AMIS II-Darfur ¹⁷⁸ y la misión de supervisión de Aceh) ¹⁷⁹, y la “construcción de la paz” mediante la identificación y apoyo a las estructuras que ayuden a la paz ¹⁸⁰. Finalmente, la Unión Europea es un participante en la “aplicación de

¹⁷⁶ Acción Común 2003/681/PESC del Consejo de 29 de septiembre de 2003, sobre la *Misión de Policía de Unión Europea en la Ex República Yugoslava de Macedonia* (DO L 249/66 de 11.10.2003); Acción Común 2002/210/PESC del Consejo de 11 de marzo de 2002, relativa a la *Misión de Policía de la Unión Europea* (DO L 70/1 de 13.03.2002).

¹⁷⁷ Acción Común 2003/423/PESC del Consejo de 5 de junio de 2003 sobre la *Operación Militar de UE en la República Democrática del Congo* (DO L 143/50 de 11.06.2003).

¹⁷⁸ Acción Común 2005/557/PESC del Consejo de 18 de julio de 2005, relativa a la *Acción de Apoyo Civil y Militar a la Misión de la Unión Africana en la región de Sudanesa de Darfur* (DO 2005 L 188/46). La finalidad de la acción es observar el cumplimiento de todos los acuerdos firmados entre las partes desde el Acuerdo Humanitario de Cesación de Hostilidades de Yamena (AMIS)

¹⁷⁹ Acción Común 2005/643/PESC del Consejo de 9 de septiembre, *Misión de Observación de la Unión Europea en Aceh (Indonesia)* (DO 2005 L 234/13)

¹⁸⁰ La UE proporciona asistencia financiera y técnica para el establecimiento de la buena gobernanza, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos en operaciones tales

la paz” sin consentimiento de las partes y basada en las disposiciones de ejecución de la Carta de las Naciones Unidas)¹⁸¹.

El medio más moderno de una acción de aplicación que no implique el uso de la fuerza armada (art. 42 de la Carta de la ONU) es el recurso a medidas de aplicación que interrumpen las relaciones económicas o supongan incluso la ruptura de relaciones diplomáticas (las llamadas “sanciones” en virtud del art. 41 de la Carta de la ONU). La Unión Europea posee amplia experiencia en ello, tal y como se ha demostrado por una serie de posiciones comunes de la PESC y de reglamentos comunitarios que se han adoptado en este ámbito. Pero la cuestión de la eficacia de las sanciones sigue estando abierta, debido al daño económico (a veces inmenso) que las sanciones pueden hacer a la población de un Estado, particularmente cuando el gobierno concernido no tiene escrúpulos¹⁸². Esto ha llevado a la UE a adoptar sanciones más ajustadas y “elegantes”, tales como las prohibiciones de visado, congelación de activos y similares.

VI. CONCLUSIONES

57. El presente artículo pretende demostrar que la PESC ha evolucionado, desde un sistema puramente intergubernamental, basado en el consenso y el Derecho internacional general, a un sistema completo basado en el Derecho del tratado, que incluye instituciones que actúan bajo el Estado de Derecho y a las que se han otorgado poderes legislativos y que han producido considerables disposiciones de Derecho derivado. En especial, la Unión Europea se ha convertido en una organización internacional y en un actor internacional global con personalidad jurídica internacional propia.

La Unión vincula los tres “pilares” en un único ordenamiento jurídico con objetivos y principios comunes, un marco institucional único y métodos de integración que comparten características comunes, aunque haya en la Unión subsistemas jurídicos diferenciados: Derecho comunitario, Derecho de la PESC y cooperación policial y judicial en materia penal. Tanto la Comunidad como la PESC deben su existencia al Derecho internacional y están regidas por éste: ambas se basan en un conjunto de tratados internacionales, la validez de su Derecho se deriva de ellos y estos mismos tratados internacionales derivan su validez del Derecho internacional. Se necesitaría

como Próxima y EUPOL (Acción Común 2003/681/PESC del Consejo sobre la *Misión de Policía de Unión Europea en la Ex República Yugoslava de Macedonia* (DO 2003 L 249/66; Acción Común 2002/210/PESC del Consejo relativa a la *Misión de Policía de Unión Europea*, DO 2002 L 70/1). Vid. GONZÁLEZ ALONSO: “De las declaraciones a los hechos: las primeras operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 15 (2003), en p. 653 y ss.

¹⁸¹ Véase el informe del Secretario General de la ONU “Un orden del día para la paz. Diplomacia preventiva y establecimiento y salvaguardia de la paz” (A/47/277 - S24111 de 17 de junio de 1992).

¹⁸² Véase R. MILAS: “La Politique étrangère et de sécurité commune: La volonté et l’engagement extérieur de l’UE”, *Revue du droit de l’Union européenne* (2005), págs. 273 ss. y J. FERRER LLORET: “La adopción de medidas de embargo de armas por La Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 6 (1999), en p. 279 ss.

siempre recurrir al Derecho internacional para tratar la disolución de la Unión/Comunidad y la retirada unilateral por parte de un Estado miembro, así como el procedimiento para modificar los tratados.

Como se ha expuesto en estas páginas, la mayoría de las llamadas características distintivas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea no son desconocidas en el Derecho internacional moderno, lo que incluye los principios de Derecho comunitario de soberanía compartida, efecto directo y primacía.

Por supuesto, el ordenamiento jurídico de la PESC constituye un tipo mucho menos extraño de Derecho internacional que el Derecho comunitario: no aplica el principio de atribución de competencias (“*d’attribution de compétence*”) de Derecho comunitario, en especial, la noción del poder exclusivo es ajena a la PESC; no tiene los mismos métodos de trabajo y procedimientos; el control parlamentario es débil; y no tiene un solo sistema de control judicial, factores que, tomados juntos, privan al ordenamiento jurídico de la PESC de cualquier rasgo supranacional. Además, sus instrumentos, aunque sean jurídicamente vinculantes, no son actos legislativos en el sentido comunitario, sino actos jurídicos de carácter *bastante internacional*.

Pero hay signos decisivos que la Comunidad y los ordenamientos jurídicos de la PESC pueden aproximarse según lo previsto en el proyecto de Tratado Constitucional que establece entre otras cosas la desaparición de la estructura de pilares y la aparición de la Unión como única entidad con personalidad jurídica, que la Unión ejerza sus poderes “sobre una base comunitaria” (“*d’attribution de compétence*”), el establecimiento de un Ministro de Asuntos Exteriores europeo “*con doble sombrero*”, y la confirmación del Consejo como el órgano rector principal tanto en la UE como en la PESC. Esto demuestra que el ordenamiento jurídico PESC no ha adquirido una situación de una *ley específica* y que está por tanto en curso de transición hacia el objetivo definido y alcanzable de integrarse más plenamente en la corriente principal del Derecho de la Unión Europea.

Es precisamente este rasgo *inacabado* y *evolutivo* del actual ordenamiento jurídico PESC el que sirve adecuadamente la causa de la integración europea, pues ha permitido la convergencia de conceptos nacionales del Derecho internacional tradicionalmente distintos, así como la aparición de un concepto incipiente del Derecho internacional de la UE.