

# LA INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 40 TUE EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE<sup>\* \*\*</sup>

CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA<sup>\*\*\*</sup>

IRENE BLÁZQUEZ NAVARRO<sup>\*\*\*\*</sup>

**Resumen:** El Tratado de Lisboa modificó el antiguo artículo 47 TUE, convirtiéndolo en una cláusula de no afectación mutua entre la PESC y los restantes ámbitos de acción de la UE. El presente trabajo analiza la incidencia del actual artículo 40 TUE en la acción exterior de la Unión, tomando como referente las conclusiones alcanzadas por su Tribunal de Justicia en la sentencia *ECOWAS*. Antes de eso, se abordan el marco legal de la acción exterior de la UE, las reglas y procedimientos específicos de la PESC y la limitada jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo en este sector.  
**Palabras clave:** Acción exterior UE, PESC, artículo 40 TUE, bases jurídicas.

**Abstract:** Article 47 TEU was amended by the Lisbon Treaty, thus becoming a mutual non-affectation clause between the CFSP and the other fields of EU action. In this paper we examine the incidence of current Article 40 TEU on EU external action, having in mind the findings reached by its Court of Justice in the *ECOWAS* case. Before this, the legal framework of the EU external action, the CFSP specific rules and procedures and the limited jurisdiction of the Luxembourg Court in this framework will be dealt.

**Keywords:** EU external action, CFSP, Article 40 TEU, legal basis.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES; 1. ¿Hacia una política exterior europea coherente, única y cooperativa?; 2. El Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional/Tribunal Supremo en un sistema de gobierno supranacional; III. EL MARCO GENERAL DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE CON ARREGLO AL TRATADO DE LISBOA; IV. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 47 TUE (HOY, ARTÍCULO 40 TUE) OPERADA POR EL TRATADO DE LISBOA; V. LA INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 40 TUE

\* Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2013.

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013.

\*\* El tema del presente trabajo constituyó el objeto de nuestra intervención en el seminario que impartimos en el *Centre of European Law* de *King's College London* y de nuestra ponencia en la *III Conference The European Union in International Affairs* (Bruselas). Agradecemos a los participantes en ambos foros sus comentarios.

\*\*\* Carmen Martínez Capdevila es Profesora Titular de Derecho Internacional Público (Universidad Autónoma de Madrid). E-mail: carmen.martinez@uam.es.

\*\*\*\* Irene Blázquez Navarro es Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público (Universidad Autónoma de Madrid, en excedencia) y, en la actualidad, Jefa de la Oficina de Asuntos Estratégicos del Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de la Presidencia del Gobierno. Las opiniones expresadas en este trabajo no son atribuibles al Departamento de Seguridad Nacional.

EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE; 1. El artículo 40 TUE como frontera entre la PESC y las “*Relex*”; 2. El artículo 40 TUE y la *doctrina del centro de gravedad*; 3. El artículo 40 TUE y la doble base jurídica “interpillar”; 4. ¿El artículo 40 TUE y la prioridad de las “*Relex*” sobre la PESC?; VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde los años setenta se ha distinguido, dentro de la acción exterior de la actual UE, entre las Relaciones Exteriores de las Comunidades Europeas y lo que en origen se denominó la Cooperación Política Europea, que con el Tratado de Maastricht se convirtió en la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

Aunque no en un sentido formal, dicha división sigue existiendo en buena medida. El Tratado de Lisboa dotó a la UE de una personalidad jurídica única y abolió su estructura en pilares, pero junto a este paso hacia la “constitucionalización” de la alta política exterior, se mantiene el lenguaje de la separación en el artículo 40 TUE, la lógica intergubernamental/supranacional, siendo necesario demarcar la actuación de la UE en el ámbito de la PESC y en otros campos competenciales.

Determinar si la acción exterior de la UE debe encuadrarse dentro de la PESC o en el marco de otras políticas de la Unión no es uno de esos debates fútiles que carecen de consecuencias prácticas. Las diferencias en los procedimientos decisorios, el control democrático y la competencia judicial en un marco u otro tienen una importancia sustantiva.

Sin embargo, en un buen número de supuestos la actuación de la UE puede perseguir una doble finalidad, tener un componente mixto, incidir en ámbitos materiales diversos. Y puede suceder que sean estos fines y componentes difícilmente separables.

Es el caso cuando la UE al combatir la proliferación de armas ligeras en países escasamente desarrollados, pretende contribuir a su desarrollo económico y social, así como al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. ¿Cuál sería el fundamento de dicha actuación? En su sentencia de 2008 en el asunto *ECOWAS*, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) concluyó que no era posible utilizar conjuntamente las bases jurídicas correspondientes a las materias afectadas (cooperación al desarrollo y PESC) —y que debía priorizarse la primera sobre la segunda<sup>1</sup>—.

Lo fuera o no entonces, ¿es esa solución aceptable tras los cambios operados por el Tratado de Lisboa? ¿La necesaria preservación de los procedimientos y atribuciones de las instituciones en uno y otro plano requerida por el artículo 40 TUE es tal que no ha lugar a recurrir a un doble fundamento jurídico que, sin embargo, resulte en un acto único, especular de la pretendida unicidad de la proyección exterior de la UE?

<sup>1</sup> STJCE de 20.5.2008, as. *Comisión c. Consejo* (C-91/05).

Este debate sobre la plausibilidad de la doble base jurídica se suscita con particularidades también en el ámbito de las medidas restrictivas<sup>2</sup>. En todo caso, el actual artículo 40 TUE, anterior artículo 47 TUE, y los cambios que en esta disposición introduce el Tratado de Lisboa, es el punto de partida necesario en el análisis de las implicaciones de la escisión entre una política exterior con vocación omnicomprendensiva y predominio gubernamental y sus dimensiones materiales.

Quizás hay argumentos para entender que existe al menos alguna posibilidad de aunar procedimientos y atribuciones en un escenario constitucional de mayor unidad y coherencia. Analizaremos esta disposición con el objetivo de aclarar si las conclusiones del Tribunal en el asunto *ECOWAS* relativas al (antiguo) artículo 47 siguen siendo válidas a la luz del artículo 40 TUE y sobre esta base trazaremos las líneas de movimiento de la acción exterior de la UE.

## II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de abordar el marco general de la acción exterior de la UE tal y como lo configura el Tratado de Lisboa, conviene realizar alguna consideración preliminar que podría resultar de ayuda para fundamentar –política y jurídicamente– nuestras conclusiones sobre la función del Tribunal de Justicia en materia PESC y sobre las reglas que delimitan la PESC y otras competencias de la UE.

### 1. ¿Hacia una política exterior europea coherente, única y cooperativa?

La primera consideración preliminar se refiere a la “renacionalización” de la política exterior europea. Lisboa incorporó nuevas herramientas jurídicas e institucionales para avanzar hacia una PESC en la UE, pero en lugar de la esperable transferencia de poder a Bruselas a raíz del Tratado de Lisboa, ésta se produjo inicialmente hacia las capitales de los Estados Miembros, aun cuando últimamente quepa hablar de una tendencia más cooperativa en la política exterior de la UE<sup>3</sup>. Pudiera interpretarse la acción exterior de la UE en términos de falta de estrategia en el eje de las “tres D”, diplomacia, desarrollo y defensa (y seguridad, por supuesto). La visibilidad y efectividad de la UE en el panorama mundial no han mejorado muy sustantivamente, como tampoco la coherencia de su acción exterior, si bien todavía pueda ser pronto para evaluar cómo el papel de la Alta Representante o del Servicio Europeo de Acción Exterior contribuyen a estos fines.

Esta evolución es importante, puesto que choca con el deber de lealtad impuesto por el artículo 24.3 TUE a los Estados Miembros. Dicho artículo ha sido interpretado como una

<sup>2</sup> V.: <http://europeansanctions.com>, un blog sobre el Derecho y la práctica de las sanciones en la UE.

<sup>3</sup> VAÏSSE, J. y KUNDNANI, H., *European Foreign Policy – Scorecard 2012, Scorecard 2013*, Consejo Europeo de Relaciones Exteriores/European Council on Foreign Relations, ecfreu.

*lex specialis* del deber de cooperación leal<sup>4</sup>, un deber consagrado en el artículo 4.3 TUE y que opera como base constitucional y *justiciable* de toda la acción de la Unión, incluida la PESC. El deber de coherencia establecido en el artículo 21.3 TUE –en relación con los artículos 13.1 TUE y 7 TFUE– está ahora sometido a la jurisdicción del Tribunal y puede dar lugar a una interpretación mucho más amplia del Tribunal sobre la competencia y la coherencia.

Abordaremos brevemente el deber de cooperación leal y la exigencia de coherencia en el ámbito PESC.

El Tribunal fue demasiado lejos al establecer en el asunto *PFOS* la obligación de los Estados miembros de abstenerse de cualquier acción unilateral en el ámbito de las competencias compartidas, lo que en palabras de Andrés DELGADO y Joris LARIK<sup>5</sup> era equivalente a consagrar un “deber de silencio”; un silencio sonoro que, de hecho, sólo cabe interpretar como manifestación del carácter exclusivo de la competencia de la Unión<sup>6</sup>. Anne THIES ha señalado que “el Tribunal dejó escapar la ocasión para conceptualizar mejor la base constitucional, el elemento desencadenante y el alcance de las obligaciones de lealtad como corolario de la seguridad jurídica, la funcionalidad y la sostenibilidad del marco de la acción exterior de la UE”<sup>7</sup>. Coincidimos plenamente con su análisis.

En cualquier caso, se ha sugerido que el Tribunal no debería limitarse a un control judicial mínimo en el ámbito PESC una vez que el Tratado de Lisboa establece el deber de cooperación leal como base de su jurisdicción.

No cabe duda de que la PESC sigue siendo un ámbito sometido a reglas y procedimientos particulares. Ningún precepto autoriza a la Comisión para controlar la correcta implementación de las decisiones PESC y el Tribunal de Justicia carece de jurisdicción en caso

---

<sup>4</sup> Sobre el deber de cooperación leal y el Derecho de las Relaciones Exteriores de la UE: NEFRAMI, E., “The Duty of Loyalty: Rethinking its scope through its application in the field of EU External Relations”, *Common Market Law Review*, 2010, pp. 323-359 y HILLION, Ch., “Mixity and coherence in EU External Relations: The significance of the ‘duty of cooperation’”, en Hillion, Ch. y KOUTRAKOS, P., (eds.), *Mixed Agreements Revisited*, Hart, Oxford-Portland, 2010, pp. 87-115.

<sup>5</sup> DELGADO CASTELEIRO, A. y LARIK, J., “The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations”, *European Law Review*, 2011, 36, pp. 522-539.

<sup>6</sup> CREMONA, M., “Case Comment on C-246/07, *Commission v. Sweden (PFOS)*”, *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1639-1666; DELGADO CASTELEIRO, A. y LARIK, J., “The Duty to Remain Silent...”, *op. cit.*; EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 2ª ed., 249 y ss.; THIES, A., “The *PFOS* Decision of the Court of Justice of the EU: The Member States’ Obligation to Refrain from Unilateral External Action in Areas of Shared Competences”, en DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., BLÁZQUEZ NAVARRO, I. y FRUTOS MIRANDA, J., *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Recent Trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 703-728, y DELGADO CASTELEIRO, A., “No More Mr. Nice Guy: The Evolution of the Duty of Sincere Cooperation in EU External Relations Law”, en *ibid.*, pp. 729-735.

<sup>7</sup> THIES, A., “The *PFOS* Decision of the Court of Justice of the EU...”, *op. cit.*

de que un Estado miembro no implemente una decisión PESC<sup>8</sup>. Sin embargo, los Estados miembros deben apoyar la política exterior y de seguridad de la Unión y respetar la acción de la Unión en este ámbito con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y deben abstenerse de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales (artículo 24.2 y 3 TUE).

Se ha subrayado que la cooperación en materia PESC no es “intergubernamental” por naturaleza<sup>9</sup>, y que si un Estado miembro quiere liberarse de toda atadura impuesta por la Unión, debería actuar fuera del marco de la propia Unión en un ámbito reservado por completo a la competencia nacional<sup>10</sup>. Por supuesto, las instituciones de la UE están igualmente sometidas a este deber de cooperación.

El deber de cooperación está estrechamente relacionado con la exigencia de unidad en la representación internacional de la Unión, una exigencia u objetivo que el Tribunal elevó a categoría de principio por primera vez en el asunto *PFOS*<sup>11</sup> y que puede operar en la PESC no sólo en materia de distribución vertical de competencias, sino también en la división horizontal de competencias entre las instituciones.

El equilibrio horizontal de competencias es el espacio natural en el que se despliega la exigencia de coherencia. De hecho, la sinergia entre coherencia, unidad y eficacia en la Unión está muy presente en el Tratado de Lisboa bajo el paraguas de la cooperación ya indicado. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la acción exterior de la UE está sometida a un marco particular de disposiciones generales y de objetivos, que opera además de los objetivos específicos de cada ámbito de la política exterior. La Unión debe asegurar la coherencia entre las distintas áreas de su acción exterior y entre aquéllas y sus demás políticas (artículo 23.1 TUE), y la Alta Representante velará por la coherencia de la acción exterior de la Unión (artículo 18.4 TUE).

Coincidimos con la crítica de HILLION, WESSEL y HELISKOSKI<sup>12</sup> cuando afirman que *ECOWAS* no ayudó a reforzar la solidez y la coherencia de la acción exterior de la UE, sino que favoreció una fragmentación mayor de la misma<sup>13</sup>. En todo caso, la pregunta

---

<sup>8</sup> PIRIS, J.C., *The Lisbon Treaty - A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

<sup>9</sup> VAN OOIK, R., “Cross-Pillar Litigation Before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences”, *European Constitutional Law Review*, 2008, pp. 399-419.

<sup>10</sup> HILLION, CH. y WESSEL, R.A., “Restraining External Competences of EU Member States under CFSP”, en CREMONA, M. y DE WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Hart, Oxford-Portland, 2008, pp. 79-123.

<sup>11</sup> STJ de 20.4.2010, as. *Comisión c. Suecia* (C-246/07), fj. 104 y A Thies “The PFOS Decision of the Court of Justice of the EU...”, *op. cit.*

<sup>12</sup> HILLION, CH. y WESSEL, R.A., “Competence Distribution in EU External Relations after ECOWAS: Clarification or Continued Fuzziness?”, *Common Market Law Review*, 2009, pp. 551-586; HELISKOSKI, J., “Small Arms and Light Weapons Within the Union’s Pillar Structure: An analysis of Article 47 of the EU Treaty”, *European Law Review*, 2008, pp. 898-912.

<sup>13</sup> Además, v.: VAN OOIK, R., “Cross-Pillar Litigation Before the ECJ...”, *op. cit.*

después de Lisboa es si la sentencia *ECOWAS* supuso un parón en el desarrollo de los conceptos de unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico de la UE o no, en la medida en que el deber de coherencia consagrado por el artículo 21.3 TUE –en relación con los artículos 13.1 y 7 TFUE– está sometido ahora a la jurisdicción del Tribunal, lo que puede permitirle intervenir en la ya clásica tensión entre lo intergubernamental y lo supranacional, la alta y baja política, entre el Consejo y la Comisión (y en su caso el Parlamento) en su lucha por conservar sus prerrogativas.

No debe descartarse una interpretación del deber de coherencia en la acción exterior de la UE por parte del Tribunal en línea con la lectura multidimensional que ha hecho del deber de cooperación leal<sup>14</sup>. Así, resultaría un *modus vivendi* flexible entre las instituciones, similar al que existe en la OMC<sup>15</sup>. En todo caso, pareciera que para que la coherencia tenga sentido, es inevitable reconocer un cierto nivel de jerarquía política de la PESC sobre las demás políticas exteriores<sup>16</sup>, siempre en el marco constitucional de la UE y respetando el carácter supranacional del procedimiento decisorio del Tratado de Funcionamiento. Estas ideas se desarrollarán al abordar la elección de la base jurídica adecuada en los ámbitos “PESC *plus*”.

## 2. El Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional/Supremo en un Sistema de Gobierno Supranacional

La segunda consideración preliminar hace referencia al papel que jugaría el Tribunal de Justicia si pasara a operar como *Tribunal Constitucional* o *Tribunal Supremo en un Sistema de Gobierno Supranacional*.

El Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN ha afirmado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue desde el principio el único intérprete del orden jurídico de un sistema de gobierno sin precedentes, de un “ordenamiento jurídico supranacional” apoyado en una sólida construcción de fundamentos o principios<sup>17</sup>. Términos y principios como efecto directo, primacía, prevalencia, tutela de los derechos fundamentales, poderes implícitos, etc., conforman el vocabulario del Tribunal.

---

<sup>14</sup> HILLION, CH., y WESSEL, R.A., “Competence Distribution...”, *op. cit.*, p. 581 y VAN ELSUWEGE, P., “EU External Action after the Collapse of the Pillar Structure: In Search of a New Balance between Delimitation and Consistency”, *Common Market Law Review*, 2010, pp. 987-1019.

<sup>15</sup> BLÁZQUEZ NAVARRO, I., *Integración Europea y Diferencias Comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

<sup>16</sup> EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

<sup>17</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Rights in Europe: The Crowded House”, en DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., BLÁZQUEZ NAVARRO, I. y FRUTOS MIRANDA, J., *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 1135-1151.

No procede ahora analizar en toda su extensión la noción de constitucionalismo en la Unión Europea<sup>18</sup>. Basta con señalar, en términos generales, que cuando el Tribunal se ha referido a la “Carta Constitucional” de la UE ha quedado subrayada la dimensión del “principio de legalidad” del ordenamiento jurídico<sup>19</sup>. La retórica constitucional no ha conseguido subsanar, sin embargo, el claro defecto del principio de legalidad consistente en la ausencia de supervisión judicial de la PESC<sup>20</sup>.

En una Unión regida por el principio de legalidad no parece convincente la defensa de un espacio de jurisdicción limitada del Tribunal en el ámbito PESC<sup>21</sup>. Cuestión distinta es que el alcance y la intensidad de la labor de revisión que deba realizar el Tribunal puedan verse severamente limitados en atención a la naturaleza política de las cuestiones planteadas, situación por otro lado habitual en lo que se refiere a las relaciones internacionales, ámbito donde el control del ejecutivo es un hecho, tanto en los ordenamientos nacionales, como en el ordenamiento de la UE. Estamos de acuerdo con la opinión de que en un sistema constitucional maduro se les debe permitir a los jueces desarrollar sus propios mecanismos de autocontrol judicial<sup>22</sup>. Desde luego esta valoración constituye “la expresión de un deseo” mientras la PESC siga siendo ajena a la jurisdicción del Tribunal. No obstante, el Tribunal, como mínimo, debe garantizar que los actos normativos que desplieguen efectos para terceros queden excluidos del contexto de la PESC. Quizá la Carta podría desempeñar un papel importante para el Tribunal como parámetro interpretativo de la legislación de la UE en el ámbito PESC.

### III. EL MARCO GENERAL DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE CON ARREGLO AL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa introdujo nuevas normas y procedimientos jurídicos para fortalecer la coherencia, consistencia y unidad de la acción exterior de la UE<sup>23</sup>. La supresión formal

<sup>18</sup> POIARES MADURO, M., “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, pp. 332-356.

<sup>19</sup> WALKER, N., “Europe’s constitutional momentum and the search for polity legitimacy”, *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005, pp. 211-238; *id.*, “Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ”, en POIARES MADURO, M. y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Hart, 2010, pp. 333-342.

<sup>20</sup> DE WITTE, B., “The Nice Declaration: Time for a Constitutional Treaty of the European Union”, *International Spectator*, 2001, pp. 21-30.

<sup>21</sup> EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, *op. cit.*; *id.*, “The EU’s Common Foreign and Security Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism”, en BIONDI, A., EECKHOUT, P. y RIPLEY, S., *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 265-291.

<sup>22</sup> VAN ELSUWEGE, P., “EU External Action after the Collapse...”, *op. cit.*

<sup>23</sup> EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, *op. cit.*; *id.*, “The EU’s Common Foreign and Security Policy after Lisbon...”, *op. cit.*; CREMONA, M., “The Two (or Three) Solution: The New Treaty Structure of the EU”, *op. cit.*; WESSEL, R.A., “The Dynamics of the European Legal Order: An Increasingly Coherent Framework of Action and Interpretation”, *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 117-142. Antes del Tratado de Lisboa, DE BAERE, G., *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford University

de la estructura de pilares, la atribución expresa de personalidad jurídica única a la Unión, la sustitución de la CE por la UE asentada esta última sobre dos tratados de igual valor jurídico (el TUE y el TFUE), un único conjunto de objetivos aplicables a ambos tratados y a todas las políticas de la UE, así como la reorganización de las competencias externas de la UE, son todo elementos que hablan de una acción exterior comunitaria más integrada. Además, y tal y como se ha señalado anteriormente, el deber de coherencia establecido en el artículo 21.3 TUE –en relación con los artículos 13.1 TUE y 7 TFUE– está ahora sometido a la jurisdicción del Tribunal y el deber de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 TUE abarca toda la acción de la UE.

También resulta importante tomar en consideración que el artículo 24.1 TUE ya no incluye referencia alguna a los objetivos PESC, y define el ámbito de aplicación de la PESC en términos muy amplios. Ahora los objetivos generales de la acción exterior fijados por el artículo 21.2 TUE claramente combinan las aspiraciones del antiguo artículo 11.1 TUE y los objetivos de las políticas exteriores de la CE (a pesar de que la PESC está orientada todavía a asuntos de seguridad y defensa).

Sin embargo, la PESC sigue estando sujeta a ciertas reglas y procedimientos, tal y como específicamente se establece en el artículo 24.1 TUE. No es sólo que la PESC esté separada de otras políticas exteriores de la UE; se puede decir que la PESC, en esencia, conserva su “condición de pilar fundamental”. A efectos de nuestra argumentación, solamente nos centraremos en aquellos aspectos de la especial naturaleza de la PESC con incidencia en la elección de la base jurídica apropiada cuando entran en juego las competencias de la UE con base en el TUE y en el TFUE.

Un atributo diferenciador fundamental de la PESC es el hecho de que no se puedan adoptar actos legislativos. El Parlamento no participa en la toma de decisiones de la PESC. Es importante tener presente que la adopción de actos PESC con base en un procedimiento no legislativo no impide que estos actos “puedan desplegar efectos jurídicos”. Volveremos sobre el significado de esta exclusión en breve. Será suficiente con afirmar, por ahora, que consideramos muy convincente la teoría sustantiva de EECKHOUT relativa al alcance y efecto de la exclusión mencionada<sup>24</sup>. Esto no sólo significa que los actos PESC no se adoptan a través del procedimiento legislativo ordinario ni de un procedimiento legislativo especial, en tanto el Parlamento no participa, sino que se excluye de este ámbito la acción normativa general, en el sentido de que la decisión PESC en virtud de su contenido no puede desplegar efectos jurídicos para terceros y en consecuencia no goza de eficacia directa y no prevalece sobre el Derecho interno. Esta salvaguarda constituye la única justificación y la sola condición para excluir la jurisdicción del Tribunal.

---

Press, Oxford, 2008; CREMONA, M. (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; CREMONA, M. y DE WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations...*, *op. cit.*; DASHWOOD, A. y MARESCEAU, M. (eds.), *Law and Practice of EU External Relations...*, *op. cit.*

<sup>24</sup> EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, *op. cit.*; *id.*, “The EU’s Common Foreign and Security Policy after Lisbon...”, *op. cit.*

Otra regla específica de la PESC es que el artículo 352.4 TFUE (la cláusula de flexibilidad), en consonancia con el fallo del Tribunal en el asunto *Kadi*<sup>25</sup>, subraya que esta base jurídica no puede ser utilizada para conseguir objetivos PESC, y que debe respetar los límites fijados por el artículo 40 TUE. Se ha argumentado que la referencia al artículo 40 TUE que encontramos en el 352.4 TFUE aclara que no se permite recurrir a la cláusula de flexibilidad para evitar la aplicación de las normas relativas a la toma de decisiones PESC<sup>26</sup>.

El estatuto especial de la PESC se pone de manifiesto en la limitada jurisdicción atribuida al TJUE. En virtud del artículo 275 TFUE, el Tribunal debe tener –por un lado– competencia para pronunciarse en todo procedimiento tramitado de conformidad con el artículo 263.3 TFUE, en orden a controlar la legalidad de las decisiones que contengan medidas restrictivas para las personas físicas o jurídicas, adoptadas por el Consejo con base en el capítulo PESC. Esto supone una innovación aportada por el Tratado de Lisboa. La jurisdicción del Tribunal es más amplia, en tanto no sólo incluye recursos de anulación de las medidas basadas en el TFUE que implementan medidas restrictivas PESC (artículo 215 TFUE) sino también cualquier acto de la PESC que imponga medidas restrictivas para las personas. Las competencias del Tribunal se han ampliado para asegurar una mejor protección de los derechos fundamentales y para preservar el principio de legalidad.

Por otro lado, el artículo 275 TFUE confiere competencia al Tribunal para supervisar y controlar la frontera entre la PESC y otras competencias de la UE de conformidad con el artículo 40 TUE, conocido ahora como “principio de no afectación mutua”.

#### **IV. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 47 TUE (HOY, ARTÍCULO 40 TUE) OPERADA POR EL TRATADO DE LISBOA**

Desde que el Tratado de Maastricht consagrara la PESC como un pilar de la UE, el TUE siempre ha contenido una previsión que delimita este ámbito de las restantes materias de actuación de la Unión. En su versión anterior al Tratado de Lisboa, el artículo 47 venía a

<sup>25</sup> STJCE de 3.9.2008, as. *Kadi*, C-402 y 415/05 P. La jurisprudencia *Kadi*, que parece haber culminado con la STJ de 18.07.2013, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P (v.: el comentario de LESTER, M. en <http://europeansanctions.com/2013/07/21/the-ecjs-judgment-in-kadi-ii/>) y TZANAKOPOULOS, A. en <http://www.ejiltalk.org/kadi-showdown/>), ha sido comentada extensamente por la doctrina. V., por ejemplo, EECKHOUT, P., “Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In search of the Right Fit”, *European Constitutional Law Review*, 3, 2007, pp. 190 y ss.; EECKES, CH., “EU Counter-Terrorist Sanctions Against Individuals: Problems and Perils”, *European Foreign Affairs*, 17, 2012, pp. 113-132; JANER TORRENS, J.D., “La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 2012, pp. 773-806. En una perspectiva más amplia, CEBADA ROMERO, A., “The *Kadi* Litigation and its Constitutional Consequences”, en DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., BLÁZQUEZ NAVARRO, I. y FRUTOS MIRANDA, J., *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, op. cit., pp. 675-701; GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías Judiciales y Sanciones Antirterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MURPHY, C., *EU Counter-Terrorism Law*, Hart, 2012.

<sup>26</sup> CREMONA, M., “The Two (or Three) Solution: The New Treaty Structure of the EU”, op. cit., p. 57.

disponer: “ninguna disposición del presente Tratado [el TUE] afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado”.

El Tratado de Lisboa modificó esta previsión, que, tras su reenumeración, pasó a ser el artículo 40 TUE. Lo hizo en los mismos términos contemplados por el fallido Tratado Constitucional<sup>27</sup>. El citado precepto reza hoy así:

“La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Asimismo, la ejecución de las políticas mencionadas en dichos artículos no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión en virtud del presente capítulo”.

Dos cambios saltan a la vista. Por un lado, el artículo 40 ha dejado de ser “*a one-way street*” para convertirse en “*a mutual non-affectation clause*” entre la PESC y el resto de las políticas de la UE. Si antes el artículo 47 TUE se limitaba a proclamar que la primera no podía afectar a las segundas, ahora el artículo 40 TUE completa esa previsión con una idea que apunta en la dirección contraria: la ejecución de las políticas contempladas en el TFUE, por su parte, tampoco podrá afectar a la PESC. La concepción en estos términos bidireccionales resultaba anteriormente innecesaria, toda vez que el principio de atribución de competencias (consagrado en el artículo 5 Tratado CE) ya impedía que la CE pudiera actuar en el ámbito de la PESC; no teniendo la Comunidad competencia en estas materias, era evidente que no podía intervenir en ellas<sup>28</sup>. Lo único que había entonces que evitar era que la actuación de la UE pudiera socavar la actuación de la CE o, dicho de otro modo, que el método intergubernamental se extendiera en detrimento del método supranacional o integracionista. Con la supresión del binomio UE/CE, merced a la sustitución de la CE por la UE operada por el Tratado de Lisboa, el principio de atribución de competencias deja de operar como blindaje para la PESC frente a actuaciones de la UE basadas en otros preceptos de los Tratados; era preciso, pues, que el nuevo artículo 40 TUE lo explicitara, como así hace.

---

<sup>27</sup> Artículo III-308 Tratado Constitucional.

<sup>28</sup> R.A. WESSEL no parecía considerarlo tan innecesario: “*The Treaty does not seem to provide an opening for access to the Court in cases where it is claimed that a Decision should have been based on a CFSP provision instead of an EC provision*” (“*The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations*”, *Common Market Law Review*, 2000, pp. 1135-1171, 1168).

Un segundo cambio que experimenta la disposición objeto de estudio es que especifica los aspectos de uno y otro ámbito que no pueden verse afectados: los procedimientos previstos y el alcance de las atribuciones de las instituciones. Al fin y al cabo el artículo 40 TUE se explica por las singularidades que mantiene la PESC frente a los otros campos de acción de la UE<sup>29</sup> y tales singularidades atañen a los procedimientos de adopción de decisiones y al papel desempeñado por sus instituciones.

A pesar de estar sometido a su jurisdicción<sup>30</sup>, el TJUE todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del precepto que nos ocupa. Esperábamos que lo hiciera en el marco del recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra el Reglamento 1286/2009 del Consejo, pero la sentencia que lo resolvió no hace mención alguna a él<sup>31</sup>. Es cierto que la principal cuestión suscitada en este asunto era cuál había de ser la base jurídica del acto impugnado y que el debate giraba en torno al artículo 215.2º TFUE (fundamento empleado por el Consejo) o al artículo 75 TFUE (fundamento pretendido por el Parlamento Europeo), por tanto, en torno a sendos preceptos del TFUE. Pero no es menos cierto también que el TJUE apreció varios nexos del artículo 215 TFUE con la PESC, que podrían haber justificado la invocación por su parte del artículo 40 TUE; así: (i) aludió a la pasarela que contiene el artículo 215 TFUE con la PESC (f.j. 59); (ii) sostuvo que, pese a la mayoría cualificada prevista, la operatividad de este precepto depende de una decisión previa adoptada por unanimidad en el marco de la PESC, reteniendo esta regla de votación para declarar que los procedimientos de los artículos 75 y 215 TFUE son entre sí incompatibles y rechazar su utilización conjunta como fundamento de una misma medida (ff.jj. 47-49); y, (iii) declaró que la irrelevante participación del Parlamento Europeo en el marco del artículo 215 TFUE obedece al papel limitado que los autores de los Tratados decidieron atribuir a esta institución en la PESC (f.j. 82). La vinculación de esta segunda disposición con la PESC, como decimos, bien habría podido llevar al TJUE a aludir al artículo 40 TUE, para concluir que una medida restrictiva dictada en aplicación de una decisión previa de la PESC sólo podía tener como base jurídica el artículo 215 TFUE, so pena de conculcar dicho precepto. Éste fue, sin ir más lejos, el razonamiento seguido por el Abogado General Y. BOT en sus conclusiones en el asunto<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> NEFRAMI, E., “Le contentieux de la base juridique sous l’angle de l’article 47 du Traité sur l’Union européenne”, en *Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Pedone, París, 2010, pp. 891-906, p. 900; VAN ELSUWEGE, P., “EU External Action After the Collapse...”, *op. cit.*, p. 993.

<sup>30</sup> Artículos 24.1.2º TUE y 275.2º TFUE.

<sup>31</sup> STJ de 19.7.2012, as. *Parlamento Europeo c. Consejo (Sanciones)* (C-130/10).

<sup>32</sup> “Dicho esto”, señala el Abogado General, “en mi opinión está claro que el artículo 215 TFUE, apartado 2, es la única disposición que faculta a la Unión para adoptar medidas restrictivas como las contempladas en el Reglamento impugnado. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 75 TFUE, el artículo 215 TFUE, apartado 2, sólo puede utilizarse cuando una decisión en el ámbito de la PESC prevea una acción de este tipo. Dado que la Unión adopta la decisión de llevar a cabo una acción en la escena internacional, como la que es objeto del presente asunto, en el marco de la PESC, la base jurídica que debe utilizarse es naturalmente la que establece una pasarela con dicha política. *Elegir otra base jurídica iría en contra de lo dispuesto en el artículo 40 TUE, párrafo segundo*, que, recordémoslo, afirma el principio de que la ejecución de las políticas previstas en los artículos 3 TFUE a 6 TFUE no afectará a la aplicación de los procedimientos ni al alcance respectivo

En el escenario previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal sí que analizó el alcance del antiguo artículo 47 TUE. Su resolución de referencia es la sentencia de 2008 en el asunto *ECOWAS*<sup>33</sup>, que tendremos presente al abordar en el siguiente apartado el tema que da título al presente trabajo: la incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE<sup>34</sup>.

## V. LA INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 40 TUE EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE

### 1. El artículo 40 TUE como frontera entre la PESC y las “*Relex*”

Una de las conclusiones alcanzada por el TJUE en *ECOWAS* a propósito del artículo 47 TUE era que éste impedía a la UE actuar en ámbitos en los que la CE fuera competente, sin importar el alcance (exclusivo o no) de dicha competencia<sup>35</sup>.

A nuestro juicio, esta conclusión sigue siendo válida hoy en día: la UE, actuando en el marco del capítulo 2 del título V del TUE (consagrado a la PESC), no puede aprobar una medida que, a la luz de su finalidad y su contenido, podría haber sido adoptada al amparo del TFUE.

---

de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión en materia PESC” (Conclusiones presentadas el 31.1.2012, punto 67; énfasis añadido).

<sup>33</sup> STJCE de 20.5.2008, as. *Comisión c. Consejo* (C-91/05). Para un completo análisis de este pronunciamiento, v.: DASHWOOD, A., “Article 47 TEU and the Relationship between First and Second Pillar Competences”, en DASHWOOD, A. y MARESCEAU, M. (eds.), *The Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 70-103; EISENHUT, D., “Delimitation of EU-Competences under the First and Second Pillar: A View Between ECOWAS and the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, 2009-5, pp. 585-603; HELISKOSKI, J., “Small Arms and Light Weapons Within the Union’s Pillar Structure...”, *op. cit.*; HILLION, CH. y WESSEL, R.A., “Competence Distribution in EU External Relations after ECOWAS...”, *op. cit.*; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Sobre el reparto horizontal de competencias entre la CE y la UE (Comentario a la Sentencia del TJCE, de 20 de mayo de 2008, as. Comisión c. Consejo -Lucha contra la proliferación de armas ligeras-, C-91/05”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, nº 29, pp. 101-127; VAN OOIK, R., “Cross-Pillar Litigation Before the ECJ...”, *op. cit.*; VAN VOOREN, B., “The Small Arms Judgment in an Age of Constitutional Turmoil”, *European Foreign Affairs Review*, 2009, pp. 231-248.

<sup>34</sup> Conviene apuntar que la sentencia mencionada no sólo fue la única en la que el TJUE se manifestó sobre la delimitación entre el primer y el segundo pilar, es decir, sobre la delimitación entre la PESC (el “segundo pilar”) y los otros ámbitos de la acción exterior de la UE (ubicados en el “primer pilar”), sino que, además, en ella se da una construcción teórica ausente en los otros pronunciamientos sobre el artículo 47 TUE, que tuvieron por objeto la delimitación entre el primer y el tercer pilar (v., así, STJCE de 13.9.2005, as. *Comisión c. Consejo – Sanciones penales para la protección del medio ambiente –*, C-176/03; o, STJCE de 23.10.2007, as. *Comisión c. Consejo – Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques –*, C-440/05).

<sup>35</sup> STJCE de 20.5.2008, as. *Comisión c. Consejo* (C-91/05), ff.jj. 58-62.

Es más, tras Lisboa queda claro, en virtud de nuestra “*mutual non-affectation clause*” (que no ya del principio de atribución de competencias), que tampoco puede haber una actuación de la UE basada en el TFUE cuando, en atención a los aspectos mencionados, tendría que haberse ubicado en la PESC. Las medidas *ex* artículo 352 TFUE, que, como es sabido, opera como cláusula de atribución residual de competencias a la UE, no escapan a este límite: “El presente artículo”, se lee en el apartado 4 del citado precepto, “no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea”<sup>36</sup>.

El establecimiento de una frontera entre la PESC y las tradicionales *Relex* (entendidas como la actuación *ad extra* de la CE) está presente en las conclusiones del Abogado General Y. BOT en el asunto *Sanciones*, de las que nos hacíamos eco anteriormente. Recordemos que aquél defendía que, existiendo una decisión PESC que prevea la adopción de medidas restrictivas contra personas, la base jurídica del TFUE que procede utilizar para concretarlas es el artículo 215.2, por ser el que contiene una pasarela con dicha política; “elegir otra base jurídica”, escribía el Abogado General francés, “iría en contra de lo dispuesto en el artículo 40 TUE, párrafo segundo”.

## 2. El artículo 40 TUE y la doctrina del centro de gravedad

En *ECOWAS* el TJUE entendió que el artículo 47 TUE no se oponía a la aplicación de la doctrina del centro de gravedad como método para determinar la base jurídica correspondiente a una medida que afectara fundamentalmente al primer pilar, aunque también, incidentalmente, a otro pilar o viceversa<sup>37</sup>.

En su momento criticamos esta conclusión, por entender que (i) permitir que la CE pudiera entrar a regular cuestiones PESC o CPJP, por más que sólo fuera cuando su tratamiento se contuviera en un instrumento que básicamente se refiriese a algún ámbito contemplado en el Tratado CE, vulneraba frontalmente el principio de atribución de competencias; y, (ii) a la inversa, admitir que la UE pudiera aprobar un acto que tocara algún tema de competencia de la CE, por muy incidentalmente que lo hiciera, atentaba contra el artículo 47 TUE<sup>38</sup>.

Pese a que, al bilateralizarla, el Tratado de Lisboa ha reforzado la barrera prevista en el antiguo artículo 47 TUE, suponemos que el TJUE seguirá aceptando la vigencia de la doctrina comentada. Nosotras, por nuestra parte, nos reafirmamos en el rechazo; con una diferencia con respecto a la posición que mantuvimos en su momento: en el escenario actual es el artículo 40.2º TUE (y no el principio de atribución de competencias) el que, a nuestro

<sup>36</sup> Al respecto, v. CREMONA, M., “The Two (or Three) Solution: The New Treaty Structure of the EU”, *op. cit.*, p. 57.

<sup>37</sup> STJCE de 20.5.2008, as. *Comisión c. Consejo* (C-91/05), ff.jj. 72-73.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Sobre el reparto horizontal de competencias...”, *op. cit.*, pp. 117-118.

modo de ver, impide que la UE pueda aprobar una medida con base en alguna de las políticas contempladas en el TFUE y que incida, si bien colateralmente, en la PESC<sup>39</sup>.

Nuestra postura se fundamenta en el hecho de que el artículo 40 TUE proclama la necesidad de respetar los procedimientos y el alcance de las atribuciones de las instituciones de la UE en cada uno de los ámbitos contemplados. La aplicación del test del centro de gravedad supone retener como base jurídica la correspondiente al componente principal de una medida, ignorando la vinculada al elemento accesorio. Los procedimientos decisorios y el alcance de los poderes de las instituciones previstos en esta última quedan, de este modo, preteridos a favor de lo dispuesto en la base jurídica que opera.

Aceptar la vigencia de la doctrina del centro de gravedad cuando la PESC está implicada supone equipararla con el resto de las políticas de la UE (en las que la citada doctrina opera sin lugar a dudas) y no parece que esto sea de recibo. Aunque como consecuencia del Tratado de Lisboa es evidente que la acción exterior se encuentra mucho más unificada, ésta sigue sin ser única. Junto a la coherencia de la acción exterior (varias veces proclamada<sup>40</sup> y a la que sirven distintos mecanismos<sup>41</sup>), Lisboa ha querido igualmente subrayar la singularidad de la PESC, una singularidad a la que debe su existencia el artículo 40 TUE.

No se trata sólo de que la PESC sea una política *sui generis*, sino que, además, como ha puesto de manifiesto I. GOVAERE, la aplicación del test que nos ocupa cuando está involucrada la PESC tiene unas consecuencias de un calado muy superior a cuando permanece ajena. Amén de determinar la mayor o menor intensidad del papel del Parlamento Europeo, la regla de votación en el Consejo y la posible intervención de alguno de los órganos consultivos, cuando la PESC se ve implicada están en juego el alcance de la jurisdicción del TJUE y, más aún (si cabe), “*the applicable legal order*”, por tanto, la vigencia (o no) de principios tan capitales como son la primacía, la eficacia directa o la interpretación conforme<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> En contra de la aceptación del test del centro de gravedad ante medidas “interpilares” en el escenario post-Lisboa, v. también HELISKOSKI, J., “Small Arms and Weapons...”, *op. cit.*, p. 911. Apoya, en cambio, su vigencia DASHWOOD, A., “Article 47 TEU and the Relationship...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>40</sup> A las previsiones que apelan a la coherencia entre las diferentes políticas y acciones de la UE (artículos 13.1 TUE y 7 TFUE), se suman las que llaman a la coherencia específicamente en la acción exterior (artículo 21.3 TUE), confiando dicha misión al Consejo de Asuntos Exteriores (artículos 16.6 y 26.2 TUE), al Alto Representante (artículos 18.4 y 26.2 TUE) y a la Comisión (artículo 21.3 TUE).

<sup>41</sup> En particular, la fijación de principios y objetivos comunes para el conjunto de la acción exterior (artículos 21 y 22 TUE), el papel de liderazgo de la misma que ejerce el Consejo Europeo (artículo 22.1 TUE) y la creación de la figura del Alto Representante de la UE, con presencia tanto en el Consejo como en la Comisión (artículo 18 TUE).

<sup>42</sup> GOVAERE, I., “Multi-faceted Single Legal Personality and a Hidden Horizontal Pillar: EU External Relations Post-Lisbon”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2010-2011, pp. 87-111, p. 105. Sobre la más que dudosa vigencia de los principios mencionados en la PESC, v. GOSALBO BONO, R., “Some Reflections on the CFSP Legal Order”, *Common Market Law Review*, 2006, pp. 337-394.

Si, por mor de la doctrina del centro de gravedad, la UE aprobara, con fundamento en el TFUE, un acto que contuviera una dimensión (minoritaria) PESC, el acto en su conjunto (por tanto, incluso en las cuestiones PESC) sería tratado como un instrumento “comunitario”, sometido a la plena jurisdicción del TJUE y regido, en sus relaciones con los ordenamientos internos de los Estados miembros, por los principios anteriormente referidos.

Rechazado el centro de gravedad como criterio identificador del fundamento jurídico que corresponde a una medida que afecte, de manera desigual, a la PESC y a otro ámbito de la acción de la UE, lo que procederá será adoptar dos actos paralelos: uno con base en el capítulo 2 del título V del TUE y otro con base en la disposición que proceda del TFUE. Si esto no fuera posible, habría que valorar antes de nada la posibilidad de recurrir a una doble base jurídica. A la admisibilidad de ésta cuando está la PESC involucrada dedicamos el siguiente epígrafe.

### 3. El artículo 40 TUE y la doble base jurídica “interpilar”

De acuerdo con el TJUE, el antiguo artículo 47 TUE excluía la llamada “doble base jurídica interpilar”, es decir, la aplicación combinada como bases jurídicas de, por un lado, una disposición correspondiente al segundo o al tercer pilar y, por el otro, una disposición del primer pilar<sup>43</sup>. A diferencia del Tribunal, a nosotras la doble base jurídica interpilar no nos planteaba problemas desde el punto de vista del precepto considerado<sup>44</sup>: si la UE y la CE adoptaban de consuno un acto (con doble base jurídica) lo que debía entenderse era que la UE asumía la autoría del componente PESC/CPJP y la CE la del componente comunitario, sin que cupiese sostener que aquélla había aprobado una medida en un ámbito de competencia de ésta. Lo que, en su caso, podía imposibilitar la doble base jurídica interpilar, a nuestro modo de ver, no era el artículo 47 TUE, sino la construcción jurisprudencial acerca de la doble base jurídica, que hace depender la utilización combinada de dos preceptos como fundamento de una misma medida de la compatibilidad de los procedimientos decisorios previstos en cada uno de ellos y del respeto de las prerrogativas del Parlamento Europeo<sup>45</sup>.

Tras Lisboa el lenguaje del actual artículo 40 TUE evoca, de alguna forma, esta doctrina. Como empezamos señalando, esta disposición no se refiere ya a la afectación del Tratado CE, sino, más concretamente, a la afectación de “la aplicación de los *procedimientos* y al alcance respectivo de las *atribuciones de las instituciones*” en cada uno de los dos ámbitos.

<sup>43</sup> STJCE de 20.5.2008, as. *Comisión c. Consejo* (C-91/05), ff.jj. 76 y 77.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Sobre el reparto horizontal de competencias...”, *op. cit.*, pp. 121-124.

<sup>45</sup> Entre otras, STJCE de 10.1.2006, as. *Comisión c. Consejo* (C-94/03), f.j. 52; STJCE de 10.1.2006, as. *Comisión c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-178/03), f.j. 57. A favor de la teoría general de la doble base jurídica (y no del artículo 47 TUE) como impedimento para la doble base interpilar, v. también SHARPSTON, E. y DE BAERE, G., “The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator”, en *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 123-150, p. 145.

¿El obstáculo es ahora el artículo 40 TUE o la jurisprudencia sobre la doble base jurídica? Tanto monta...

En el asunto *Sanciones*, el TJUE, que, como vimos, no mencionó el artículo 40 TUE, se sirve, desde luego, de la doctrina jurisprudencial mencionada para concluir que no es posible que los artículos 75 y 215 TFUE puedan ser empleados conjuntamente como base jurídica de un acto de Derecho derivado<sup>46</sup>. Idéntico fue el proceder del Abogado General Y. BOT<sup>47</sup>, con el añadido de que, a diferencia del TJUE, él sí que invocó (a otros efectos) el artículo 40 TUE<sup>48</sup>.

La sentencia en el asunto *Sanciones* tiene una especial trascendencia para el tema que nos interesa por un segundo motivo. En ella, el TJUE afirma, de manera rotunda, que no es posible combinar una base jurídica que prevea la aplicación del procedimiento legislativo ordinario (que exige el voto por mayoría cualificada en el Consejo) con otra base jurídica en la que éste decida por unanimidad<sup>49</sup>. Siendo ésta la regla habitual de votación del Consejo en el marco de la PESC y estando tan generalizado el procedimiento legislativo ordinario (y, más aún, la mayoría cualificada como modo de proceder del Consejo) en el marco del TFUE, será poco frecuente que un precepto del capítulo 2 del título V del TUE y uno del TFUE puedan yuxtaponerse.

Pese a que la disparidad en las reglas de votación del Consejo hará normalmente impracticable la doble base jurídica interpilar, es oportuno avanzar en el análisis para determinar si, junto éste, concurre algún otro obstáculo.

La diferencia del papel del Parlamento Europeo en uno y otro ámbito no debería serlo. Baste aquí recordar distintos pronunciamientos del TJUE en los que ha admitido combinar un precepto que prevé el procedimiento legislativo ordinario con otro que reserva al Parla-

<sup>46</sup> STJ de 19.7.2012, as. *Parlamento Europeo c. Consejo (Sanciones)* (C-130/10), ff.jj. 42-49.

<sup>47</sup> Conclusiones presentadas el 31.1.2012, punto 69.

<sup>48</sup> En la doctrina posterior al Tratado de Lisboa hay disparidad de opiniones. Algunos argumentan que el artículo 40 TUE sigue impidiendo *a limine* la llamada “doble base jurídica interpilar” (HELISKOSKI, J., “Small Arms and Light Weapons...”, *op. cit.*, p. 911; y, VAN OOIK, R., “Cross-pillar Litigation Before the ECJ...”, *op. cit.*, p. 417), mientras que otros entran a analizar la compatibilidad de los procedimientos decisorios vigentes en ambos sectores (EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, *op. cit.*, pp. 184-185; y, VAN ELSUWEGE, P., “EU External Action After the Collapse...”, *op. cit.*, p. 1007).

<sup>49</sup> STJ de 19.7.2012, as. *Parlamento Europeo c. Consejo (Sanciones)* (C-130/10), ff.jj. 46-48. Se confirma así la tesis defendida por R. ALONSO GARCÍA de que cuando irrumpe en escena el actual artículo 352 TFUE las reglas para aceptar la pluralidad de bases jurídicas son otras (*Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 3ª ed., 2012, pp. 121-122). Y es que, en efecto, en la sentencia en el asunto *Fondo Internacional para Irlanda*, el TJUE había aceptado combinar el artículo 308 Tratado CE (actual artículo 352 TFUE) con el artículo 159 Tratado CE, a pesar de que en el primero el Consejo decidía por unanimidad y en el segundo operaba la codecisión (STJCE de 3.9.2009, *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-166/07, f.j. 69); y en otros pronunciamientos había aceptado la utilización conjunta de ese mismo artículo 308 Tratado CE con otros preceptos del mismo Tratado que no acogían el procedimiento de codecisión, pero en los que el Consejo decidía por mayoría (STJCE de 30.5.1989, as. *Comisión c. Consejo –Erasmus–*, 242/87; y, STJCE de 3.9.2008, as. *Kadi*, C-402 y 415/05 P, ff.jj. 211-214).

mento Europeo un papel estrictamente consultivo o incluso no contempla su participación, con el argumento de que dicha acumulación, lejos de minar la posición de aquél, le permite adoptar el acto conforme al procedimiento legislativo ordinario<sup>50</sup>.

Tampoco constituye un problema la iniciativa. La propuesta tendría que ser una propuesta conjunta de la Comisión (por el lado TFUE) y del Alto Representante (por el TUE)<sup>51</sup>. No habría de qué extrañarse; al fin y al cabo el artículo 215.1 TFUE, relativo a las medidas restrictivas y situado a caballo entre el TFUE y la PESC, prevé la actuación del Consejo a propuesta conjunta del Alto Representante y de la Comisión<sup>52</sup>.

Nos atrevemos a aventurar que tampoco supondrían una dificultad, a estos efectos, otras tres singularidades de la PESC, como son: (i) la limitada jurisdicción del TJUE en este ámbito<sup>53</sup>; (ii) la (como poco) dudosa vigencia en él de principios claves en la articulación de las relaciones del ordenamiento UE con los ordenamientos estatales; y, (iii) la exclusión de los actos legislativos de la PESC<sup>54</sup>.

Respecto de las dos primeras cuestiones, somos de la opinión de que tanto la jurisdicción del TJUE como la vigencia de los principios de primacía, eficacia directa o interpretación conforme sólo cubrirían, en el caso de un acto híbrido con fundamento en el TUE y en el TFUE, los aspectos vinculados con este último, dejando fuera los temas PESC. El “*applicable legal order*” correspondiente a cada uno de los dos ámbitos en juego, del que hablaba I. GOVAERE, quedaría, así, plenamente salvaguardado, toda vez que cada componente quedaría sometido a su respectivo régimen jurídico. Una situación semejante no sería inédita: ya se produce con los acuerdos que celebran, a la par, la UE y sus Estados miembros. En estos acuerdos mixtos la jurisdicción del TJUE se limita a los elementos de competencia de la UE, sin extenderse a aquellos que provocaron la participación de los Estados miembros<sup>55</sup>; la incorporación al Derecho de la UE (con todo lo que supone en términos de primacía sobre los ordenamientos internos y de interpretación conforme) se produce en

<sup>50</sup> V. STJCE de 10.1.2006, as. *Comisión c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-178/03), f.j. 59; y, STJCE de 6.11.2008, as. *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-155/07), f.j. 79. Dejamos consciente de lado otros pronunciamientos que implicaban al actual artículo 352 TFUE, por lo dicho en la nota anterior.

<sup>51</sup> DASTIS, A., “La diplomacia europea tras el Tratado de Lisboa”, en SOBRINO HEREDIA, J.M. (dir.), *Innovación y conocimiento. IV Jornada Iberoamericanas de Estudios Internacionales (Lisboa, 23-25 noviembre 2009)*, Marcial Pons, 2010, pp. 403-417, p. 405.

<sup>52</sup> Sobre las implicaciones de estas propuestas conjuntas, v. las Conclusiones del Abogado General Y. BOT en el asunto *Sanciones*, *cit.*, punto 100.

<sup>53</sup> Artículos 2.1.2º TUE y 275 TFUE.

<sup>54</sup> Artículos 24.1.2º y 31.1.1º TUE.

<sup>55</sup> V., entre otras, la STJCE de 16.6.1998, as. *Hermès* (C-53/96), la STJCE de 14 de diciembre de 2000, as. *Parfums Christian Dior y otros* (C-300/98 y C-392/98), y la STJCE de 11 de septiembre de 2007, as. *Merck Genéricos Productos Farmacéuticos* (C-431/05). Para un comentario a esta última sentencia, BLAZQUEZ NAVARRO, I., “TJCE - Sentencia de 11.09.2007, *Merck Genéricos Productos Farmacéuticos*, C-431/05 - Organización Mundial del Comercio - Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio - ADPIC (TRIPS) - Patentes - Competencia del Tribunal de Justicia - Efecto Directo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 31, septiembre/diciembre (2008), pp. 849-865.

esas mismas partes y a ellas (sólo a ellas) resulta de aplicación la jurisprudencia del TJUE sobre la eficacia directa de los acuerdos internacionales de la UE<sup>56</sup>.

Por lo que se refiere a la exclusión de los actos legislativos de la PESC, ha de tenerse presente que los Tratados los definen en función de su procedimiento de adopción: son actos legislativos aquellos que nacen de un procedimiento legislativo<sup>57</sup>. Desde esta perspectiva, la exclusión analizada es absolutamente redundante, pues se desprende del hecho de que los procedimientos legislativos no operan en la PESC. Si, debido a la segunda base jurídica en juego, resultara de aplicación un procedimiento legislativo para la adopción de una medida que tuviera un componente PESC, nada podría objetarse: opera un procedimiento legislativo, que alumbra un acto legislativo, pero todo ello por mor de esa segunda base jurídica<sup>58</sup>. Llegado el caso, a lo mejor podrían limitarse las consecuencias del carácter legislativo de dicha medida (tales como la posibilidad de dar lugar a actos delegados<sup>59</sup> o la aplicación del mecanismo de alerta temprana<sup>60</sup>) a su dimensión no-PESC.

Si de la naturaleza del acto pasamos a referirnos al *tipo* de acto, lo primero que habría que señalar es que, pese al silencio del TJUE sobre este punto, para que la doble base jurídica sea practicable es preciso, con carácter general (se vea o no involucrada la PESC), que los dos preceptos tomados en consideración permitan la adopción del mismo tipo de medida, ya que la doble base jurídica implica la promulgación de un acto que descansa sobre dos disposiciones distintas. El hecho de que en la PESC sólo sea posible aprobar Decisiones<sup>61</sup> no debería constituir un gran obstáculo a nuestros efectos, puesto que desde el Tratado de Lisboa la mayoría de las bases jurídicas del TFUE no contemplan un tipo de instrumento concreto, optando, en su lugar, por formulaciones indeterminadas (“medidas”, “disposiciones”, “acciones”, etc.), que dan cabida a las Decisiones<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> V., entre otras, STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96); SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02), Rec. y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02); STJCE de 9.9.2008, as. *FIAMM* (C-120 y C-121/06 P); STJCE de 3.6.2008, as. *Intertanko* (C-308/06).

<sup>57</sup> Artículo 289.3 TFUE.

<sup>58</sup> Para E. SHARPSTON y G. DE BAERE la exclusión de los actos legislativos de la PESC supone la exclusión del procedimiento legislativo ordinario en este ámbito, lo cual les lleva a rechazar que el capítulo 2 del título V del TUE pueda combinarse, como fundamento de una misma medida, con un precepto del TFUE que prevea la aplicación de semejante procedimiento (“The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator”, *op. cit.*, p. 147).

<sup>59</sup> Artículo 290 TFUE.

<sup>60</sup> Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>61</sup> Artículo 25 TUE.

<sup>62</sup> Como ha señalado J.C. PIRIS, el aumento de estos casos explica la introducción del artículo 296.1º TFUE, que indica cómo han de proceder entonces las instituciones (*The Lisbon Treaty - A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010). Sobre la proliferación de bases jurídicas que no predeterminan el tipo de acto que puede adoptarse, v. MANGAS MARTÍN, A., “Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009, pp. 17-21.

Todo lo anterior no puede hacernos olvidar que la disparidad en las reglas de votación en el Consejo, que normalmente se producirá, zanjará de inicio la cuestión. En tal caso, más allá de volver a asegurarse de que no es posible llevar el contenido de la medida proyectada a dos instrumentos distintos<sup>63</sup>, ¿qué hacer?

#### 4. ¿El artículo 40 TUE y la prioridad de las “*Relex*” sobre la PESC?

En la sentencia *ECOWAS* el TJUE anuló la Decisión impugnada, adoptada *ex* título V del TUE, tras constatar que tenía una dimensión PESC y una dimensión cooperación al desarrollo de idéntica entidad y tras descartar el recurso a la doble base jurídica interpilar. De este modo, implícitamente venía a defender que el fundamento debería haber sido el artículo 179 Tratado CE, relativo a la cooperación al desarrollo. Concedía así prioridad a las bases jurídicas pertenecientes al Tratado CE frente a las bases jurídicas contenidas en el TUE.

Una parte de la doctrina y varios Abogados Generales entendieron que dicha prioridad era una consecuencia del antiguo artículo 47 TUE<sup>64</sup>. Lo cierto es que el TJUE no lo planteó en ningún momento en esos términos; no hay, por tanto, que descartar que la prevalencia que concedió al artículo 179 Tratado CE se debiera a la mayor envergadura de la participación reservada en él al Parlamento Europeo con respecto a la prevista en la PESC<sup>65</sup>.

Parece evidente que el actual artículo 40 TUE no permite (si es que el artículo 47 TUE lo permitía antes) sostener la preminencia de las competencias de la UE en las materias distintas a la PESC sobre ésta. De hecho, los autores que preconizaban la existencia de una relación de prioridad del Tratado CE sobre el título V del TUE subrayan ahora que Lisboa ha venido a situar ambos ámbitos al mismo nivel<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Recordemos que, conforme a la jurisprudencia del TJUE (p.ej., STJCE de 6.11.2008, as. *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-155/07, f.j. 81), la doble base jurídica se plantea como una solución excepcional, ante un acto que tiene dos componentes de igual importancia y estos están tan inextricablemente unidos que no es posible disociarlos para llevarlos a dos instrumentos separados. La doble base jurídica puede ser usada, por tanto, sólo como una *ultima ratio*, siendo preferible la adopción de dos actos distintos.

<sup>64</sup> Conclusiones del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER, presentadas el 26.5.2005, en el asunto *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la protección del medio ambiente)*, C-176/03, punto 26; Conclusiones del Abogado General J. MAZÁK, presentadas el 28.7.2007, en el asunto *Comisión c. Consejo (Sanciones penales para la lucha contra la contaminación procedente de los buques)*, C-440/05, punto 53; Conclusiones del Abogado General P. MENGGOZZI, presentadas el 19.9.2007, en el asunto *Comisión c. Consejo (ECOWAS)*, C-91/05, punto 116.

<sup>65</sup> El TJUE tradicionalmente no había manifestado de manera expresa que el criterio democrático fuera el que procedía aplicar en los casos en que la doble base jurídica resulta impracticable, si bien el análisis de sus distintos pronunciamientos revelaba que, utilizando unos u otros argumentos, siempre se decantaba por la base jurídica que atribuía mayores poderes al Parlamento Europeo (v., a título de ejemplo, STJCE de 11.6.1991, as. *Dióxido de titanio*, C-300/89, ff.jj. 22-25). La jurisprudencia más reciente parece, sin embargo, más explícita (v., en este sentido, la STJCE de 6.11.2008, as. *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-155/07, f.j. 82).

<sup>66</sup> CRAIG, P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 417; DASHWOOD, A., “The Law and Practice of CFSP Joint Actions”, en CREMONA, M. y DE

Lo anterior no impide para sostener que las competencias no-PESC de la UE deben seguir siendo prevalentes en un supuesto como el de la decisión impugnada en *ECOWAS*, con dos componentes del mismo peso<sup>67</sup>. En primer lugar, y enlazando con lo que decíamos poco antes, porque el Parlamento Europeo tiene un papel más relevante en el marco del TFUE que en el de la PESC<sup>68</sup>. También cabría argumentar que el Tratado de Lisboa, que representa un nuevo hito en el camino hacia la consecución de una UE más integrada<sup>69</sup>, no puede suponer un paso atrás, en términos supranacionales, con respecto a la situación existente antes de su entrada en vigor, es decir, con respecto a la situación proclamada por el TJUE en *ECOWAS*<sup>70</sup>. Más resumidamente, otras consideraciones suscitadas por la doctrina y que apuntan en idéntica dirección serían: la mayor amplitud de la jurisdicción del TJUE en el TFUE; el carácter de la PESC como una *lex generalis* con respecto a las otras competencias, que son *lex specialis*; la integración como un objetivo de la UE aún vigente; el principio de coherencia; o, el principio de lealtad “comunitaria”<sup>71</sup>. Por otra parte, tal y como ha advertido P. CRAIG, “the presumption that ‘normal’ EU law should predominate is [so] deeply ingrained in the judicial psyche [that] will not easily be shifted, notwithstanding the change of wording in Article 40 TEU”<sup>72</sup>.

---

WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 53-77, p. 77; EECKHOUT, E., *EU External Relations Law*, *op. cit.*, p. 185; EISENHUT, D., “Delimitation of EU-Competences...”, *op. cit.*, p. 599; HELISKOSKI, J., “Small Arms and Light Weapons...”, *op. cit.*, pp. 910-911; VAN VOOREN, B., “The Small Arms Judgment...”, *op. cit.*, pp. 243 y 246-247; VAN ELSUWEGE, P., “EU External Action After the Collapse...”, *op. cit.*, p. 1004.

<sup>67</sup> En el bien entendido de que, como observa G. DE BAERE: “when conflicts between first and second pillar external relations are resolved in favor of either one, this should not be seen as subordinating the one to the other, but as an identification and division of responsibilities between interlocking systems for foreign-making within one multi-layered constitutional system” (*Constitutional Principles of EU External Relations*, *op. cit.*, p. 300).

<sup>68</sup> En el mismo sentido, ELSUWEGE, P., “EU External Action After the Collapse...”, *op. cit.*, p. 1007; y HILLION, CH. y WESSEL, R.A., “Competence Distribution in EU External Relations...”, *op. cit.*, p. 584.

<sup>69</sup> En el preámbulo del TUE post-Tratado de Lisboa se mantienen afirmaciones tales como “Resueltos a salvar una nueva etapa en el proceso de integración europea emprendido con la constitución de la Comunidad Europea” o “Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”. El artículo 1.2º TUE retoma ambas ideas, proclamando que: “El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...”.

<sup>70</sup> En este sentido, v. HILLION, CH. y WESSEL, R.A., “Competence Distribution in EU External Relations...”, *op. cit.*, p. 583.

<sup>71</sup> CREMONA, M., “Defining Competence in EU External Relations: Lessons From the Treaty Reform Process”, en DASHWOOD, A. y MARESCEAU, M. (eds), *Law and Practice of EU External Relations...*, *op. cit.*, pp. 34-69, p. 46; EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, *op. cit.*, p. 182; EISENHUT, D., “Delimitation of EU-Competences...”, *op. cit.*, pp. 601-603; HILLION, CH. y WESSEL, R.A., “Competence Distribution in EU External Relations...”, *op. cit.*, pp. 583-584; NEFRAMI, E., “Le contentieux de la base juridique...”, *op. cit.*, pp. 905-906.

<sup>72</sup> *The Lisbon Treaty...*, *op. cit.*, p. 415.

## VI. CONCLUSIONES

Volviendo al escenario que planteábamos al inicio de este trabajo nuestra respuesta a la pregunta de cuál sería el fundamento de una actuación de la UE en países en vías de desarrollo tendente a luchar contra la proliferación de armas con el doble objetivo (en la misma o en desigual medida) de, por un lado, favorecer su desarrollo social y económico y, por el otro, contribuir a la paz y seguridad internacionales, sería que tal actuación podría concretarse en la adopción de una decisión que descansara sobre los artículos 209 TFUE y 28 TUE si en este segundo marco el Consejo pudiera pronunciarse por mayoría cualificada (por ser ésta la regla conforme a la cual actúa en el procedimiento legislativo ordinario que, según el artículo 209 TFUE, resulta de aplicación en materia de cooperación al desarrollo). Más allá de este requisito (reafirmado por el TJUE en su reciente y clarificadora sentencia en el asunto *Sanciones*), las diferencias entre otros aspectos de la PESC y de las *Relex* no conducirían a descartar el recurso a la doble base jurídica<sup>73</sup>. Tales discrepancias, eso sí, obligan a considerar que cada una de las dos dimensiones presentes en la decisión se regirían por el régimen jurídico que le correspondiera.

En pura teoría, si la doble base jurídica no resultara practicable, habría que utilizar, en solitario, uno de los dos preceptos en liza. Si los dos componentes que venimos mencionando tuvieran la misma entidad, ese precepto tendría que ser el artículo 209 TFUE, dado que, inercias aparte, es incomparablemente más satisfactorio en términos democráticos que el artículo 28 TUE. Si uno de los componentes fuera preeminente, la base jurídica del acto habría de ser la vinculada a él<sup>74</sup>.

Pero no nos engañemos: la sumisión de la medida *in toto* al régimen que dicta el el precepto retenido espoleará a unos o a otros a buscar con particular denuedo la aprobación de dos actos separados. Así, si, por ejemplo, tras un primer examen el precepto que se vislumbrara como base jurídica fuera el artículo 209 TFUE, raro sería que los Estados miembros en el Consejo se resignaran a la presencia del TJUE en todo su esplendor (tanto a efectos de control de legalidad, como de control del cumplimiento de la medida por su parte) y a la vigencia de la doctrina jurisprudencial relativa a la primacía, el efecto directo y la interpretación conforme respecto del acto en su conjunto; lo normal será que encuentren el modo de disociar los elementos PESC y *Relex*.

La adopción de dos actos separados por la que hemos abogado en varios momentos será más fácil de lograr que la escisión del contenido proyectado de un acuerdo internacional en dos acuerdos internacionales distintos, pues esta segunda operación dependerá de la voluntad de los terceros negociadores. El artículo 218 TFUE, relativo a la celebración

<sup>73</sup> No constituye una disparidad el tipo de medida adoptable, pues el artículo 209 TFUE (como tantos otros preceptos de dicho Tratado) no lo predetermina.

<sup>74</sup> Llegaríamos, de este modo, a la aplicación del test del centro de gravedad, mas, nótese bien, no como primera solución, sino tras haber comprobado (i) que no cabe la adopción paralela de dos actos separados y (ii) que tampoco puede operar la doble base jurídica.

de acuerdos internacionales por la UE, parte de esta realidad. En este sentido, el apartado 3 estipula que, cuando el acuerdo proyectado “se refiera exclusiva o *principalmente* a la política exterior y de seguridad común” (énfasis añadido), será el Alto Representante (en lugar de la Comisión) quien presente recomendaciones al Consejo para que éste autorice la apertura de las negociaciones. Por su parte, el apartado 6, al regular la fase intermedia del proceso de celebración, dispone que el Parlamento Europeo participará en ella “con excepción de los acuerdos que se refieran *exclusivamente* a la política exterior y de seguridad común” (énfasis igualmente añadido), admitiendo así que pueda haber acuerdos que se refieran a ella no de manera exclusiva.

Estas dos previsiones merecen sendos comentarios desde la óptica que domina el presente trabajo y con los que le pondremos punto. Por lo que concierne al artículo 218.3 TFUE, es evidente que aquí el Tratado aplica la doctrina del centro de gravedad, para determinar la instancia competente para llevar a cabo un acto preparatorio, como es la presentación de una recomendación al Consejo para que éste autorice la apertura formal de las negociaciones. En cuanto al artículo 218.6 TFUE, no creemos que esta previsión suponga que la decisión en la que el Consejo acepta concluir el acuerdo deba fundarse necesariamente en el TFUE y que el acuerdo resultante merezca el tratamiento reservado a tales acuerdos; lo único que dispone es que el Parlamento Europeo intervendrá en el proceso conducente a la adopción de dicha decisión<sup>75</sup>, sin prejuzgar cuál haya de ser su fundamento jurídico. El propio Parlamento Europeo, lejos de defender el recurso siempre y en todo caso a las bases del TFUE, aboga por que el fundamento jurídico sea el relacionado con el asunto principal del acuerdo<sup>76</sup>.

Como ya hemos manifestado, la aplicación de la doctrina del centro de gravedad no nos parece admisible a la luz del artículo 40 TUE. Tampoco creemos que quepa pensar en la adopción por el Consejo de un instrumento decidiendo la estipulación definitiva del acuerdo internacional basado conjuntamente en el TUE y en el TFUE, pues la diferencia en las reglas de votación en el seno del Consejo, en un marco y otro, para la adopción de actos *ad intra* se refleja en el proceso de celebración de acuerdos internacionales<sup>77</sup>. Nada habría, en cambio, que objetar a la adopción de dos decisiones del Consejo (cada cual con su correspondiente base jurídica) aceptando la conclusión del acuerdo por parte de la UE en los aspectos que

<sup>75</sup> Esta participación del Parlamento Europeo prevista para los “acuerdos mixtos interpilares” se producirá, nótese bien, sin importar si los componentes PESC y *Relex* tienen el mismo o desigual peso e incluso si el elemento PESC es preponderante. En cuanto un acuerdo internacional aborde alguna cuestión regida por el TFUE, el Parlamento Europeo deberá intervenir en el proceso de formación de la voluntad de la UE en quedar internacionalmente obligada por él.

<sup>76</sup> “El Parlamento Europeo (...) [e]xhorta a que cualquier acuerdo «mixto» futuro que combine elementos de la PESC con otros externos a ella se trate normalmente con arreglo a un único fundamento jurídico, que debe ser el que esté directamente relacionado con el asunto principal del acuerdo” (Resolución, de 7 mayo 2009, sobre las nuevas competencias del Parlamento Europeo y sus responsabilidades en la aplicación del Tratado de Lisboa, apdo. 47 -P6\_TA(2009)0373; *DOUE*, n° C 212 E, de 5.8.2010, p. 37-). En el mismo sentido, GOVAERE, I., “Multi-faceted Single Legal Personality...”, *op. cit.*, p. 106.

<sup>77</sup> Artículo 218.8 TFUE.

corresponda y designando a la persona encargada de manifestar en el plano internacional el consentimiento de la UE en vincularse<sup>78</sup>. Evidentemente la manifestación del consentimiento sería única e imputable a la UE, pero esa actuación vendrá avalada por dos decisiones paralelas (aunque muy condicionadas la una por la otra, cierto). El acuerdo resultante sería, a todos los efectos (competencia TJUE, interacción con ordenamientos internos, etc.), un acuerdo PESC en las partes materiales vinculadas a esta política y un acuerdo *Relex* en las relacionadas con otros ámbitos de competencia de la UE. Volvemos a traer a colación el tratamiento dispensado por el TJUE a los acuerdos mixtos a esos mismos efectos.

Pero en esto, como en todo lo demás, la última palabra corresponde al TJUE. Esperemos a ver qué dice, seguras de que, cualquiera que sea la postura que adopte, no dejará indiferente ni a las instituciones más presentes en la acción exterior de la UE ni a la doctrina.

---

<sup>78</sup> V., en este sentido, EECKHOUT, P., *External Relations Law*, *op. cit.*, p. 184.