

EL DICTAMEN 1/19 DEL TJUE SOBRE EL CONVENIO DE ESTAMBUL SOBRE LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: ENTRE EL RIGOR Y EL PRAGMATISMO

OPINION 1/19 OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION ON THE CONVENTION ON PREVENTING AND COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE: BETWEEN RIGOUR AND PRAGMATISM

Fernando Castillo de la Torre*

RESUMEN: El proceso de celebración del Convenio de Estambul sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica por parte de la UE y los Estados miembros ha estado plagado de tensiones políticas y jurídicas. Esta contribución examina el Dictamen 1/19, en el que el Tribunal de Justicia abordó la base jurídica y varias cuestiones institucionales que son fundamentales para el funcionamiento de los acuerdos mixtos. El análisis expone las soluciones que aporta el Tribunal de Justicia, que combinan el rigor y un cierto pragmatismo, y reflexiona sobre la reticencia del Tribunal de Justicia a tratar determinadas cuestiones relativas al encaje de los acuerdos mixtos en el Derecho internacional.

PALABRAS CLAVE: Celebración de tratados internacionales; escisión de decisiones; base jurídica; acuerdo mixto; común acuerdo de los Estados miembros.

* Director, Servicio jurídico, Comisión europea. Correo-e: fernando.castillo-de-la-torre@ec.europa.eu. Las opiniones del comentario son personales y no deben atribuirse a la Institución para la que el autor trabaja, ni representa necesariamente los puntos de vista de esta.

ABSTRACT: The process of concluding the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by the EU and the Member States has been fraught with political and legal tensions. This contribution examines Opinion 1/19, in which the Court of Justice addressed the legal basis and several institutional issues that are fundamental to the functioning of mixed agreements. The analysis exposes the solutions provided by the Court of Justice, which combine rigour and a certain pragmatism, and reflects on the reluctance of the Court of Justice to deal with certain issues related how international law can accept mixed agreements.

KEYWORDS: Conclusion of international treaties; decision splitting; legal basis; mixed agreement; common accord of the Member States.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. ANTECEDENTS Y CONTEXTO.—2. LAS BASES JURÍDICAS: 2.1. El Dictamen. 2.2. Comentario.—3. LA ESCISIÓN DE LAS DECISIONES DE CELEBRACIÓN: 3.1. El Dictamen. 3.2. Comentario.—4. LA PRÁCTICA DEL «COMÚN ACUERDO»: 4.1. El Dictamen. 4.2. Comentario.—A MODO DE CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Convenio de Estambul sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (en lo sucesivo, «Convenio de Estambul» o «el Convenio»)¹ es importante para la UE en términos constitucionales. No obstante, su firma y celebración han suscitado un gran desacuerdo político, ilustrado por el conflicto interinstitucional dentro de la Unión y por los enfoques muy divergentes entre los Estados miembros. La discordia política en la Unión se caracteriza por la aparición de un número pequeño de Estados miembros cuyas opiniones predominantes sobre cómo organizar la sociedad difieren considerablemente de las de una mayoría de los Estados de la Unión. Este desacuerdo político se ha traducido también en dudas jurídicas sobre las competencias y el procedimiento, que son fundamentales para definir el papel de la UE como actor internacional, en general, y para el funcionamiento del fenómeno de los acuerdos mixtos, en particular.

Estas cuestiones han sido abordadas por la Gran Sala del Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/19². Este comentario se centrará en los aspectos relativos a la competencia externa y al procedimiento de celebración de tratados internacionales, en particular en relación con acuerdos mixtos. Por no resultar centrales para el contenido del dictamen, no abordaremos directamente los problemas interpretativos que el Convenio ha suscitado y suscita, ni las controversias constitucionales en determinados Estados miembros. Tras explicar

¹ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, adoptado el 7 de abril de 2011.

² Dictamen 1/19, de 6 de octubre de 2021, EU:C:2021:832.

los antecedentes del litigio, y en particular el procedimiento de negociación y de celebración del Convenio, así como el contexto jurídico, abordaremos los tres temas principales que el Tribunal de Justicia tiene que juzgar: el problema de las bases jurídicas para la celebración del Convenio, el problema de la escisión en diversas decisiones que resultaría de la aplicación del Protocolo n.º 21 de los Tratados y finalmente la cuestión, constitucionalmente la más importante, de la compatibilidad con los Tratados de la práctica del «común acuerdo» cuando los acuerdos se celebran como acuerdos mixtos.

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

El 4 de marzo de 2016, la Comisión Europea presentó al Consejo tanto su propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio³ como su propuesta de Decisión del Consejo relativa a su celebración⁴. Es interesante apuntar que la Unión no había tenido ningún papel formal durante la negociación del Convenio. La Comisión no presentó por entonces ninguna recomendación para que el Consejo la autorizara a negociar. Esa decisión puede parecer sorprendente, en retrospectiva, y puede haber contribuido a enturbiar el clima político alrededor del Convenio.

La Decisión (UE) 2017/865 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal («Decisión de firma 2017/865»)⁵, menciona los artículos 82, apartado 2, y 83, apartado 1, en relación con su artículo 218, apartado 5, como bases jurídicas. La Decisión (UE) 2017/866 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución («Decisión de firma 2017/866»)⁶, menciona el artículo 78, apartado 2, TFUE en relación con su artículo 218, apartado 5, como bases jurídicas. El Consejo había pues sustituido las bases jurídicas sustantivas propuestas por la Comisión, que eran por el contrario los artículos 82, apartado 2, y 84 TFUE⁷. Además, el Consejo adoptó, el 11 de mayo de 2017, dos Decisiones separadas (y no solo una, como proponía la Comisión) a los

³ COM(2016) 111 final.

⁴ COM(2016) 109 final.

⁵ DO 2017, L 131, p. 11.

⁶ DO 2017, L 131, p. 13.

⁷ Koutrakos encuentra que el análisis de las bases jurídicas en las propuestas era carente de claridad y coherencia, a la vez que bastante corto y superficial, Panos Koutrakos, “Confronting the Complexities of Mixed Agreements—Opinion 1/19 on the Istanbul Convention”, *European law Review*, 2022:2, p. 247-263, 255.

efectos de esa autorización. Esta escisión se justificaba para tener en cuenta la situación particular de Irlanda, contemplada en el Protocolo n.º 21⁸.

La firma del Convenio de Estambul en nombre de la Unión tuvo lugar el 13 de junio de 2017, pero el Consejo no había adoptado hasta la fecha de presentación de la solicitud de dictamen una decisión relativa a la celebración de este Convenio por la Unión, por cuanto el Consejo parecía supeditar la adopción de tal decisión a que previamente exista el «común acuerdo» de todos los Estados miembros.

El 9 de julio de 2019, el Parlamento Europeo presentó al Tribunal de Justicia una solicitud de dictamen con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11, relativa a la celebración del Convenio de Estambul por la Unión. Mediante su primera cuestión, el Parlamento preguntaba, por una parte, cuáles eran las bases jurídicas apropiadas del acto del Consejo relativo a la celebración de dicho Convenio y, por otra parte, si es necesario, o posible, escindir el acto de celebración del Convenio en dos decisiones separadas. Mediante su segunda cuestión, el Parlamento preguntaba si los Tratados permiten u obligan al Consejo a esperar, antes de celebrar el Convenio de Estambul en nombre de la Unión, al «común acuerdo» de los Estados miembros para quedar vinculados por dicho Convenio en los ámbitos de las competencias de estos.

Es interesante apuntar que dicho «común acuerdo» se había conseguido con respecto a la decisión de firma. No obstante, algunos desarrollos políticos y judiciales a nivel nacional habían modificado los términos del debate. Algunos términos del Convenio, relativos a la definición de “genero” y sus posibles consecuencias, en particular, sobre el reconocimiento del matrimonio homosexual, habían empujado a un pequeño grupo de Estados a oponerse a la celebración. En 2018, el Tribunal Constitucional búlgaro sostuvo que la Convención es contraria a la Constitución búlgara⁹. En 2019, el Parlamento eslovaco pidió al Gobierno que pusiera fin al procedimiento de ratificación. En 2020, el Parlamento húngaro hizo lo mismo. En 2021, el Parlamento polaco presentó una propuesta para que Polonia se retirara de la Convención.

⁸ Protocolo (n.º 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anexo al Tratado UE y al Tratado FUE (en lo sucesivo, «Protocolo n.º 21»).

⁹ Véase, para la decisión, <http://constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/f278a156-9d25-412d-a064-6ffd6f997310>, y un análisis en Radosveta Vassileva, *Bulgaria's Constitutional Troubles with the Istanbul Convention*, *VerfBlog*, 2018/8/02, <https://verfassungsblog.de/bulgarias-constitutional-troubles-with-the-istanbul-convention/>, DOI: 10.17176/20180803-101332-0. Para una visión completa de los desafíos que comporta la celebración por la Unión, y los problemas en los Estados miembros, véanse dos estudios del Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas de la Unión, Hana Spanikova, Elena Fries-Tersch, Sophie Morel, Catarina Monteiro, Athena Christofi, *Violence against women and the EU accession to the Istanbul Convention*, 2018, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/869857>; y Saredo Mohamed, Kate Regan, Nazia Chowdhury, Stelios Charitakis, Hayley D'Souza, Nathalie Meurens, Els Leye, *Tackling violence against women and domestic violence in Europe : the added value of the Istanbul Convention and remaining challenges*, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/225990>.

El análisis de diversos aspectos del dictamen y en particular el alcance de la competencia de la Unión así como la aplicabilidad del régimen especial previstos para el Reino Unido e Irlanda requiere recapitular brevemente sobre dicho régimen y sobre el acervo de la Unión en las materias cubiertas por el Convenio.

La práctica de la “escisión” de la decisión de celebración en dos decisiones separadas ha tenido como origen el Protocolo n.º 21 de los Tratados. Según el artículo 1 del Protocolo n.º 21, Irlanda «no [participará] en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado [FUE]». A tenor del artículo 2 de este Protocolo, «ninguna de las disposiciones del título V de la tercera parte del Tratado [FUE], ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Unión en virtud de dicho título y ninguna resolución del Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas será vinculante ni aplicable [...] a Irlanda» y «ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones afectará en modo alguno a las competencias, derechos y obligaciones» de ese Estado miembro. Asimismo, ninguna de tales disposiciones, medidas o decisiones «afectará al acervo comunitario, ni al de la Unión, ni formará parte del Derecho de la Unión, tal y como estos se aplican» a dicho Estado miembro.

No obstante, de conformidad con el artículo 3 de dicho Protocolo, Irlanda podrá «notificar [...] su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta de que se trate, tras lo cual dicho Estado [miembro] tendrá derecho a hacerlo». En virtud del artículo 4 del Protocolo n.º 21, «Irlanda [podrá] en cualquier momento, tras la adopción de una medida por parte del Consejo en virtud del título V de la tercera parte del Tratado [FUE], notificar [...] su propósito y deseo de aceptar dicha medida». El artículo 4 *bis*, apartado 1, del Protocolo n.º 21 precisa que las disposiciones de este «se aplicarán [...] a Irlanda también por lo que respecta a las medidas propuestas o adoptadas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado [FUE] que modifiquen una medida existente que sea vinculante para [este Estado miembro]».

En algunos casos el acuerdo internacional puede cubrir disposiciones con respecto a las cuales los Estados miembros afectados (Irlanda, Reino Unido) habían tomado parte en la adopción de las medidas internas anteriores, mientras que con respecto de otras partes no lo habían hecho. En el entendimiento de que con respecto a las primeras estos Estados no podían sino participar en la decisión de celebración, pues la competencia era exclusiva en aplicación del artículo 3, apartado 2, TFUE, pero podían optar en no participar en las segundas, se había desarrollado una práctica de escindir las decisiones: en una decisión participarían los Estados miembros afectados por el Protocolo n.º 21, mientras que no lo harían en la otra¹⁰. Hay que subrayar

¹⁰ Véanse, por ejemplo, Decisión (UE) 2016/1750 del Consejo, de 17 de junio de 2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del Convenio marco de la Orga-

que el hecho de que Irlanda no participe en la adhesión por parte de la Unión no significa que no se adhiera al acuerdo en cuestión: lo puede hacer, pero en tanto que Estado miembro “soberano” en ejercicio de su propia competencia. De hecho, Irlanda se adhirió al Convenio el 8 de marzo de 2019.

Esta práctica era únicamente aplicada, lógicamente, con respecto a acuerdos internacionales, puesto que con respecto a directivas y reglamentos basta con adoptar dos actos jurídicos separados, con disposiciones diferentes. Aunque el acuerdo internacional constituye, en Derecho internacional, un único instrumento normativo, la participación de la Unión podría tener un ámbito “geográfico” variable según las disposiciones de que se tratara.

Como se puede ver, la situación era particularmente complicada, ya que en ocasiones Irlanda resultaba vinculada por acervo de la Unión que entretanto habían sido derogado por actos de la Unión que, sin embargo, no vinculaban a Irlanda.

En materia de cooperación judicial en materia penal, tres directivas eran aplicables a todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca. Se trataba de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹¹; la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y

nización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, por lo que respecta a las disposiciones sobre obligaciones relacionadas con la cooperación judicial en materia penal y la definición de infracciones penales (DO L 268 de 1.10.2016, p. 6) y Decisión (UE) 2016/1749 del Consejo, de 17 de junio de 2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, a excepción de las disposiciones que entran en el ámbito de aplicación del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 268 de 1.10.2016, p. 1); Decisión (UE) 2017/770 del Consejo, de 25 de abril de 2017, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y a la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, en lo que atañe a los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil (DO L 115 de 4.5.2017, p. 18) y Decisión (UE) 2017/769 del Consejo, de 25 de abril de 2017, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros en interés de la Unión Europea, a excepción de los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil (DO L 115 de 4.5.2017, p. 15). En teoría si Irlanda y el Reino Unido habían adoptado diferentes posturas en cuanto a los instrumentos normativos “internos” y habían ejercitado su opción con respecto a la posibilidad de participar en la toma de decisiones en un sentido diferente, era posible tener más de dos decisiones de celebración con respecto al mismo acuerdo: una de la Unión sin Irlanda y el Reino Unido, otra con Irlanda, otra con el Reino Unido, y otra con ambos Estados miembros.

¹¹ DO 2011, L 101, p. 1.

la pornografía infantil¹²; y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹³.

La situación era diferente en lo que respecta a las directivas pertinentes relativas a la política común de asilo, puesto que algunas no se aplicaban ni a Dinamarca ni a Irlanda. Era el caso de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar¹⁴; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración¹⁵; la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹⁶; y la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional¹⁷.

Dos Directivas eran aplicables a Irlanda, pero habían sido derogadas por directivas más recientes, que sin embargo no se aplicaban a Irlanda. La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida¹⁸, es aplicable a todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca y de Irlanda, pero Irlanda seguía vinculada por su “predecesora”, la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida¹⁹. La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional²⁰, no era aplicable a Dinamarca o Irlanda, pero Irlanda estaba vinculada por la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado²¹, aunque fue derogada por la Directiva 2013/32.

¹² DO 2011, L 335, p. 1; corrección de errores en DO 2012, L 18, p. 7.

¹³ DO 2012, L 315, p. 57; corrección de errores en DO 2014, L 353, p. 23.

¹⁴ DO 2003, L 251, p. 12.

¹⁵ DO 2004, L 16, p. 44.

¹⁶ DO 2008, L 348, p. 98.

¹⁷ DO 2013, L 180, p. 96.

¹⁸ DO 2011, L 337, p. 9.

¹⁹ DO 2004, L 304, p. 12.

²⁰ DO 2013, L 180, p. 60.

²¹ DO 2005, L 326, p. 13.

Con posterioridad al dictamen, el 8 de marzo de 2022, la Comisión ha presentado una propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica²². Esta propuesta, si fuera adoptada, incorporaría al derecho de la Unión una buena parte de las disposiciones del Convenio. Huelga decir que los desarrollos futuros relativos a esta propuesta pueden influenciar el futuro de la celebración del Convenio.

2. LAS BASES JURÍDICAS

2.1. El Dictamen

El Tribunal estima necesario el delimitar primero lo que era el alcance de la celebración del Convenio, puesto que estaba claro que la Unión no podía cubrir todas las disposiciones del mismo. No podía cubrir las disposiciones respecto a las cuales la Unión no dispone de competencia, y las Instituciones mantenían puntos de vista diferentes sobre si la celebración debía cubrir lo mínimo, es decir, las áreas de competencia exclusiva, o debía ir más allá.

La decisión de celebración del Convenio de Estambul debía ser adoptada por el Consejo por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento. En consecuencia, corresponde, en primer lugar, al Consejo y al Parlamento concretar ante el Tribunal de Justicia el perímetro del «acuerdo previsto», en el sentido del artículo 218 TFUE, apartado 11. Si bien el Consejo había indicado que deseaba limitar la adhesión de la Unión a este Convenio exclusivamente a los ámbitos de este en los que esta dispone de competencias externas exclusivas y que las Decisiones de firma 2017/865 y 2017/866 reflejaban las bases jurídicas que había identificado en este sentido, el Tribunal hace constar que la solicitud de dictamen no presentaba tal limitación, pues el Parlamento contemplaba una celebración de dicho Convenio fundada en las bases jurídicas que se indicaban con independencia de la cuestión de si la Unión dispone o no de una competencia exclusiva. El Consejo había sostenido que no pudo alcanzarse la mayoría exigida en su seno para una adhesión referida a la totalidad de las partes de este comprendidas en las competencias de la Unión. Por ello el Tribunal concluye que tal adhesión a la totalidad de las partes comprendidas en las competencias de la Unión presentaba en este estadio carácter hipotético y, por tanto, no puede servir como referencia para definir el «acuerdo previsto» a la luz del cual ha de responderse a la cuestión²³.

El Tribunal recuerda a continuación los principios jurisprudenciales que rigen la elección de la base jurídica. Con respecto, en particular, a un acuerdo internacional que persiga diversos objetivos o que tenga diversos componentes, ha de comprobarse por tanto si las disposiciones de ese acuerdo que persiguen un objetivo o que constituyen un componente de ese acuerdo son

²² COM(2022)105 final.

²³ Dictamen 1/19, apartados 280-282.

accesorio necesario para el carácter efectivo de las disposiciones de dicho acuerdo que persiguen otros objetivos o que constituyen otros componentes, o si tienen un «alcance extremadamente limitado». En efecto, en estos dos casos, la existencia de ese objetivo o de ese componente no justifica que este se refleje específicamente en la base jurídica material de la decisión de firma o de celebración de dicho acuerdo en nombre de la Unión. Además, entre los criterios que permiten identificar si un objetivo o un componente tiene carácter accesorio figuran el número de disposiciones que se le dedican en relación con la totalidad de las disposiciones de ese acto, así como el contenido y el alcance de las obligaciones recogidas en esas disposiciones. Sin embargo, no cabe recurrir a una doble base jurídica cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica sean incompatibles²⁴.

El Tribunal explica primero el contenido y objetivo del Convenio de Estambul²⁵, pero a renglón seguido, se centra en el objetivo del acto de celebración. En efecto, apuntaremos que en línea con una jurisprudencia ya iniciada en el caso de Convenio sobre servicios de acceso condicional, lo que interesa es el objetivo del acto de celebración y no el objetivo del convenio²⁶. Este matiz resulta particularmente pertinente cuando la celebración no afecta a la totalidad de un acuerdo internacional.

Por lo que respecta al objetivo del acto de celebración del acuerdo previsto, los considerandos 4 de las Decisiones de firma 2017/865 y 2017/866 indicaban que la celebración por la Unión del Convenio contribuirá a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los terrenos, y permitirá a la Unión reafirmar su compromiso con la lucha contra la violencia contra las mujeres ejercida en su territorio y en todo el mundo, reforzar su actual acción política y su marco jurídico material en el ámbito del Derecho procesal penal. No obstante, el acto de celebración del acuerdo previsto solo perseguiría alcanzar estos objetivos transversales en lo relativo a las disposiciones del Convenio de Estambul que estén comprendidas en la competencia de la Unión y que, a la vez, se refieran, primero, a la cooperación judicial en materia penal; segundo, al asilo y a la no devolución, y, tercero, a las instituciones y a la Administración Pública de la Unión²⁷. Es interesante resaltar que el

²⁴ Dictamen 1/19, apartados 284-288

²⁵ Dictamen 1/19, apartados 289-290.

²⁶ Sentencia de 22 de octubre de 2013, Comisión/Consejo, C-137/12, EU:C:2013:675, apartados 62-63. Véase también Fernando Castillo de la Torre, "The Court of Justice and external competences after Lisbon: some reflections on the latest case law", en Manuel López Escudero y Piet Eeckhout (coord.), *The External Action of the EU in times of crisis*, Hart Publishing, p. 129-186, 133-135. En dicho asunto el contenido del Convenio era similar a una Directiva basada en las disposiciones del Tratado relativas al mercado interior. Sin embargo, el objetivo de la Unión, y por lo tanto del acto de celebración, no era armonizar las disposiciones de las legislaciones de los Estados Miembros (ya estaban armonizadas), sino regular el comercio de servicios con Estados terceros.

²⁷ Aunque los artículos 1 de dichas Decisiones de firma no hacían referencia a este último componente, relativo a las instituciones y a la Administración Pública de

Tribunal no se refiere en absoluto a las disposiciones en materia de cooperación judicial en materia civil, que habían sido brevemente examinadas por el Abogado general en sus conclusiones²⁸. Para el Tribunal, esta “finalidad limitada” del acto de celebración del acuerdo previsto queda corroborada por las bases jurídicas materiales consignadas en las Decisiones de firma. Las disposiciones así delimitadas son denominadas en lo sucesivo en el dictamen «la parte del Convenio de Estambul objeto del acuerdo previsto»²⁹.

El Tribunal de Justicia confirma que varias disposiciones se encuadran en gran medida en la competencia de la Unión contemplada en el artículo 82 TFUE, apartado 2. En vista del número y del alcance de dichas disposiciones, considera que dicha disposición debería figurar entre las bases jurídicas del acto de celebración del acuerdo previsto. En segundo término, considera que bastantes disposiciones del Convenio³⁰ se encuadran en gran medida en el ámbito de la prevención de la delincuencia, para el que el artículo 84 TFUE atribuye a la Unión competencia para establecer medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros. En vista del número y del alcance de las disposiciones, que comportan obligaciones que presentan, en gran medida, un carácter autónomo, considera que este componente del acuerdo previsto no es meramente accesorio de estas últimas obligaciones y no presenta un carácter «extremadamente limitado». De ello se sigue que el artículo 84 TFUE también debería figurar entre las bases jurídicas del acto de celebración del acuerdo previsto³¹.

Por el contrario, no considera que el artículo 83 TFUE, apartado 1, tuviera que ser añadido como base jurídica³². Como en esencia había señalado el Abogado General³³, el solapamiento entre, por un lado, estas obligaciones recogidas en el Convenio de Estambul y, por otro lado, el ámbito de acción que el artículo 83 TFUE, apartado 1, atribuye a la Unión es a tal extremo puntual que considera que las obligaciones que comporta esta parte de dicho Convenio comprendidas en ese ámbito de acción presentan un alcance «extremadamente limitado» para la Unión y que, en consecuencia, esta disposición no

la Unión, el Tribunal de Justicia toma nota del hecho de que el Consejo había precisado en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, que sigue previéndose que el acto de celebración de este Convenio abarque dicho componente (dictamen 1/19, apartado 292).

²⁸ Conclusiones del abogado general Hogan, de 11 de marzo de 2021, en el dictamen 1/19, EU:C:2021:198, apartado 153.

²⁹ Dictamen 1/19, apartados 293-294.

³⁰ Los artículos 7, 8, 10 y 11 del capítulo II, los artículos 12 a 16 del capítulo III, los artículos 18 a 28 del capítulo IV, los artículos 51 a 53 del capítulo VI y los artículos 62 y 63 del capítulo VIII del Convenio de Estambul.

³¹ Dictamen 1/19, apartados 298.

³² Es cierto que los artículos 33 a 43 del capítulo V del Convenio de Estambul versan, en particular, sobre el compromiso de las Partes contratantes para tipificar como delitos punibles con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas la comisión, la tentativa, la complicidad y la asistencia en la comisión de varias conductas.

³³ Nota 28 *supra*, apartado 155.

debería figurar entre las bases jurídicas del acto de celebración del acuerdo previsto³⁴.

Por lo que respecta al asilo y a la no devolución, aunque el Convenio de Estambul únicamente contiene tres artículos relativos al asilo y a la no devolución³⁵, estos constituyen todo un capítulo de este Convenio y establecen obligaciones precisas y sustanciales que requieren, en su caso, la adaptación de la legislación de las Partes en dicho Convenio en esas materias. Tales obligaciones entran en el ámbito de aplicación del artículo 78 TFUE, apartado 2. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que este componente tenga carácter accesorio o un alcance «extremadamente limitado», de modo que el artículo 78 TFUE, apartado 2, debería figurar entre las bases jurídicas del acto de celebración de este acuerdo previsto³⁶.

En tercer lugar, una parte significativa de las obligaciones referidas a la adopción de medidas preventivas vincularían, esencialmente, a la Unión también con respecto al personal de su Administración y a las personas que frecuentan los locales y los edificios de sus instituciones, órganos y organismos³⁷. Tales obligaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 336 TFUE. Pues bien, a diferencia de los ámbitos cubiertos por el artículo 82 TFUE, apartado 2, y 84 TFUE, la Unión, por lo que respecta a su Administración Pública, no debería limitarse a establecer disposiciones mínimas o medidas de apoyo, sino que debería garantizar ella misma el cumplimiento íntegro de las obligaciones descritas. En vista del número de las disposiciones de que se trata y del alcance de las obligaciones que contraería al respecto la Unión para con su Administración Pública, así como del limitado número de materias objeto del acuerdo previsto, este componente del acuerdo previsto no es meramente accesorio ni presenta un carácter «extremadamente limitado» y, en consecuencia, el artículo 336 TFUE debería figurar entre las bases jurídicas del acto de celebración de este acuerdo³⁸.

³⁴ Dictamen 1/19, apartados 299-301

³⁵ De los artículos 59 a 61 de este Convenio resulta que estas disposiciones establecen, en esencia, obligaciones relativas a la concesión de permisos de residencia autónomos y renovables, a la recuperación del estatuto de residente perdido de resultas de un matrimonio forzoso, a la paralización de los procedimientos de expulsión, al reconocimiento de la protección subsidiaria, a la aplicación de una interpretación sensible al género de cada uno de los motivos contemplados en el Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados, firmado en Ginebra el 28 de julio de 1951 (*Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 150), con miras a la concesión del estatuto de refugiado, y a la prohibición de la devolución en determinadas circunstancias.

³⁶ Dictamen 1/19, apartados 302-304.

³⁷ Lo mismo podría decirse de diversas obligaciones dimanantes de los artículos 49, 50 y 56 del capítulo VI y de los artículos 63 a 65 del capítulo VIII de este Convenio. Por último, ciertas obligaciones adicionales, como las contempladas en el artículo 30 de dicho Convenio, relativo al abono de una indemnización adecuada a las víctimas de violencia, pueden recaer sobre la Unión por lo que específicamente respecta a su Administración Pública.

³⁸ Dictamen 1/19, apartados 306-308.

Precisa finalmente, con respecto del mecanismo de seguimiento y la solución de diferencias, que la competencia de la Unión para contraer compromisos internacionales incluye la de acompañar esos compromisos de disposiciones institucionales, por lo que su presencia en el acuerdo no influye en la naturaleza de la competencia para celebrarlo. Por otro lado, considera que la acumulación de bases jurídicas adecuadas que se había identificado en el dictamen no contraviene la jurisprudencia relativa a la incompatibilidad de procedimientos, habida cuenta de que el procedimiento de adopción de la decisión de celebración del acuerdo previsto es el mismo, en virtud del artículo 218 TFUE, para la totalidad de estas bases jurídicas, que establecen, todas ellas, en el plano interno, la aplicación del procedimiento legislativo ordinario³⁹.

Por todo ello responde que la base jurídica material adecuada para la adopción del acto del Consejo relativo a la celebración por la Unión de la parte del Convenio de Estambul objeto del acuerdo previsto, se compone de los artículos 78 TFUE, apartado 2, 82 TFUE, apartado 2, 84 TFUE y 336 TFUE.

2.2. Comentario

Es interesante apuntar de entrada, desde un punto de vista metodológico, que el Tribunal de Justicia trata primero el problema de la base jurídica y en un segundo momento la escisión. Esto es importante, pues en ciertos momentos de la práctica del Consejo había la tentación de escindir primero la decisión, si había una disposición, por poco importante que fuera, que entraba en el campo de aplicación del Título V, para luego, posteriormente, examinar el objetivo principal de cada decisión separadamente. Este debate quedó cerrado con la sentencia sobre los servicios de acceso condicional⁴⁰.

Conviene recordar que detrás de este desacuerdo sobre las bases jurídicas había un desacuerdo sobre la medida en que la UE debe convertirse en Parte en el Convenio. En este caso, al igual que en la mayoría de los casos en que se trata de acuerdos mixtos, los Estados miembros en el Consejo prefieren limitar la participación de la UE a lo estrictamente necesario desde el punto de vista jurídico. Esto significa que la UE solo ejercería sus competencias exclusivas⁴¹.

A este respecto, el Abogado General había señalado que si el Consejo simplemente permitiera a la UE ejercer todas sus competencias compartidas y

³⁹ Dictamen 1/19, apartado 309.

⁴⁰ Sentencia de 22 de octubre de 2013, Comisión/Consejo, C-137/12, EU:C:2013:675, apartados 73 a 75.

⁴¹ Merijn Chamon, "The Court's Opinion in Avis 1/19 regarding the Istanbul Convention", <https://eulawlive.com/op-ed-the-courts-opinion-in-avis-1-19-regarding-the-istanbul-convention-by-merijn-chamon/>, disponible en versión paginada en: https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/73834752/Op_Ed_Merijn_Chamon_12_Oct_2021.pdf (p. 2).

exclusivas pertinentes, las bases jurídicas serían los artículos 3, apartado 3, del TUE y 19 del TFUE⁴². Al aceptar que el Consejo puede optar por no ejercer las competencias compartidas de la UE (aunque, por supuesto, debe ejercer competencias exclusivas), sugería que las bases jurídicas fueran los artículos 78, apartado 2, 82, apartado 2, 84 y 336 del TFUE. Finalmente, como veremos el Tribunal de Justicia llega a la misma conclusión.

El Tribunal subraya en primer lugar que las bases jurídicas correctas dependerán del «acuerdo previsto», que no es el Convenio de Estambul en su totalidad, sino únicamente las partes que la Unión se comprometerá a cumplir⁴³, siguiendo la sugerencia del Abogado general⁴⁴. El problema es que existía un desacuerdo sobre este punto. El Parlamento prefería que la UE ejerciera plenamente sus competencias (independientemente de su naturaleza) (adhesión «amplia» a la UE), pero el Consejo deseaba limitar la adhesión de la UE a lo estrictamente necesario desde el punto de vista jurídico (adhesión «restringida» a la UE).

A este respecto, el Tribunal de Justicia sugiere que no se limitaría al punto de vista del Consejo y sino que abordaría la cuestión a la luz de las decisiones relativas a la firma, pero también a la luz de la pregunta que le formuló el Parlamento⁴⁵. No obstante, finalmente, tras examinar estos elementos objetivos, el Tribunal de Justicia admite que la apreciación debe basarse también en las preferencias subjetivas del Consejo expresadas en las decisiones de firma⁴⁶, a pesar de que anteriormente el Tribunal recordó explícitamente que una decisión sobre la celebración no es en modo alguno una confirmación de la decisión sobre la firma⁴⁷. A nuestro parecer, una vía alternativa, quizás más adecuada con vistas a tener en cuenta el equilibrio institucional, hubiera podido consistir, sin incurrir en análisis puramente hipotéticos, en identificar condicionalmente las bases jurídicas, teniendo en cuenta que las preferencias políticas del Consejo y del Parlamento podrían cambiar en el curso del procedimiento⁴⁸.

Una lectura completa del Dictamen puede sugerir una interpretación más matizada. En efecto, el Consejo parece querer una adhesión limitada a cuestiones de competencia exclusiva. Al mismo tiempo, el análisis del contenido del Convenio que sería cubierto por la base jurídica que el Tribunal estima adecuada concierne cuestiones en que las competencias de la Unión son de apoyo, o con respecto de las que el derecho secundario adoptado hasta ahora contiene únicamente disposiciones mínimas. No resulta evidente cómo las abundantes disposiciones a las que se refiere el Tribunal están en su totalidad

⁴² Nota 28 *supra*, apartado 129.

⁴³ Dictamen 1/19, apartado 278.

⁴⁴ Nota 28 *supra*, apartados 66 a 85.

⁴⁵ Dictamen 1/19, apartado 282.

⁴⁶ Dictamen 1/19, apartado 293.

⁴⁷ Dictamen 1/19, apartado 201. Chamon, n. 41, p. 3.

⁴⁸ Chamon, n. 41, p. 3.

cubiertas por la competencia exclusiva (lo que puede explicar por qué el Consejo no había incluido como base el artículo 84 TFUE) y el Tribunal considera dicho análisis innecesario.

El Dictamen puede, por lo tanto, no haber cerrado el debate. El análisis de la base jurídica es siempre “relativo”, como el Abogado general explicaba en sus conclusiones⁴⁹, lo que supone que una adhesión con un mayor o menor alcance tiene un impacto en la base jurídica. Sin utilizar el calificativo de “relativo”, el Tribunal acepta la variabilidad y condicionalidad de su análisis. Más allá de una posible presión política del Parlamento favorable a una adhesión de mayor alcance, también es concebible que el Consejo considere que el Tribunal se basa en una hipótesis del alcance de la adhesión que no es la que el Consejo finalmente prefiere. Además, tras la reciente propuesta de Directiva de la Comisión⁵⁰, existen también importantes argumentos para considerar que la competencia exclusiva se ha ampliado, pues para apreciar la misma deben también tenerse en cuenta las “perspectivas de evolución previsibles” del derecho de la Unión⁵¹.

En cuanto a la accesoriadad de diversas disposiciones, si bien su aplicación a las disposiciones institucionales del Convenio es poco controvertida, es más notable su aplicación con respecto a la tipificación y sanción de delitos. Se trataba de un tema en que, en efecto, la Unión no podía sino tener una competencia limitada, quizás en determinados supuestos que podrían ser cubiertos por un par de disposiciones. Pero era, a nivel político, un componente “simbólicamente” importante del Convenio⁵².

⁴⁹ Nota 28 *supra*, apartado 158: “la apreciación acerca de si una base jurídica tiene carácter principal se convierte en relativa. Dicho de otro modo, el carácter preponderante o principal de determinados objetivos y componentes concernidos debe apreciarse en comparación con los demás objetivos y componentes del Convenio de Estambul que vincularán a la Unión porque esta haya elegido ejercitar las correspondientes competencias.”

⁵⁰ Véase n. 22 *supra*.

⁵¹ Dictamen 1/13 (Adhesión de Estados terceros al Convenio de La Haya), de 14 de octubre de 2014, EU:C:2014:2303, apartado 74; sentencia de 26 de noviembre de 2014, Green Network, C-66/13, EU:C:2014:2399, apartado 33.

⁵² La posible utilización del artículo 83 TFUE, apartado 3, ha suscitado cierto debate. Sobre la posibilidad de utilizar esta disposición para concederse a sí misma una competencia exclusiva sobre todas las disposiciones de dicho Convenio que tienen por objeto perseguir penalmente determinadas conductas y, por consiguiente, conforme a la teoría de la sucesión de Estados, asumir sola las obligaciones derivadas de dicho Convenio, véase Sacha Prechal, «The European Union’s Accession to the Istanbul Convention», en Lenaerts, K., et al. (eds.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 290.

3. LA ESCISIÓN DE LAS DECISIONES DE CELEBRACIÓN

3.1. El Dictamen

El Parlamento preguntaba también si es necesario o posible escindir en dos decisiones separadas el acto de celebración por la Unión de la parte del Convenio de Estambul objeto del acuerdo previsto. De las Decisiones de firma se desprendía que, al amparo del Protocolo n.º 21, Irlanda pretendía, en efecto, no participar en la celebración por la Unión del componente del Convenio de Estambul relativo al asilo y a la no devolución y sí participar en la celebración de sus restantes componentes. Tal distinción entre estos diferentes componentes del Convenio de Estambul se fundamentaba en el hecho de que Irlanda estaba vinculada por las Directivas 2011/36 y 2011/93, mientras que no lo estaba por lo que se refiere a las Directivas 2011/95 y 2013/32.

Para el Tribunal, en primer lugar, de los artículos 1 a 4 *bis* del Protocolo n.º 21 resulta que no puede considerarse que la participación de Irlanda en las Directivas 2011/36 y 2011/93 implique automáticamente que este Estado miembro esté obligado a participar en la celebración por la Unión del componente correspondiente del Convenio de Estambul. En efecto, sin perjuicio del procedimiento del artículo 4 *bis*, apartado 2, de este Protocolo, cuya aplicación no se preveía en el caso de autos, estas disposiciones precisan inequívocamente que, a menos que notifique su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta, Irlanda no participa ni en las medidas iniciales comprendidas en el título V de la tercera parte del Tratado FUE ni en las medidas, comprendidas en este mismo título, que modifiquen una medida existente que sea vinculante para ella⁵³.

Para el Tribunal corrobora esta interpretación una lectura sistemática del Protocolo n.º 21, de la que resulta que el artículo 2 del mismo no puede interpretarse ni aplicarse independientemente de su artículo 1. En efecto, la norma establecida en el citado artículo 2, según la cual las medidas, disposiciones y decisiones a que este se refiere no serán vinculantes para Irlanda, como consecuencia de dicho artículo 1 y sin perjuicio de los artículos 3, 4 y 6, de dicho Protocolo está intrínsecamente ligada a la establecida en el artículo 1, según la cual dicho Estado miembro no participará en la adopción de medidas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado FUE, de forma que ninguna de estas dos normas puede comprenderse sin la otra. De esta forma, sería contrario al objetivo perseguido por el Protocolo n.º 21 tanto permitir a Irlanda participar en la adopción de un acto de la Unión sin que este Estado miembro quede vinculado por ese acto como admitir que dicho Estado miembro quede vinculado por tal acto sin haber participado en su adopción⁵⁴.

⁵³ Dictamen 1/19, apartado 321.

⁵⁴ Dictamen 1/19, apartados 322-323.

Según una jurisprudencia reiterada, las bases jurídicas adecuadas para la celebración del acuerdo previsto determinan la aplicabilidad del artículo 1 del Protocolo n.º 21 y, en virtud de esta disposición, la participación o no de Irlanda en la adopción del acto de celebración de ese acuerdo determina, a su vez, con arreglo al artículo 2 de dicho Protocolo, si ese acto de celebración ha de vincular o no a este Estado miembro y, por lo tanto, conllevar o no que las disposiciones del Convenio de Estambul objeto del acuerdo previsto le sean aplicables. Esta ligazón intrínseca entre los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 21 y la circunstancia de que ninguna de las disposiciones de este Protocolo contempla una participación parcial en una medida excluyen una participación selectiva en una misma medida comprendida en esos artículos. Corrobora esta apreciación el tenor del artículo 3 de este Protocolo, que únicamente contempla la posibilidad de que Irlanda notifique su deseo de participar en la adopción y aplicación «de la medida propuesta». Por ello concluye que el Protocolo n.º 21 no autoriza escindir en dos decisiones el acto de celebración del acuerdo previsto a fin de permitir que Irlanda participe en la adopción de una de las dos decisiones, pero no en la otra, aunque, al igual que con las Decisiones de firma, cada una de las decisiones de celebración se refiera a medidas encuadradas en el título V de la tercera parte del Tratado FUE y, por tanto, incluidas en el ámbito de aplicación de este Protocolo⁵⁵.

Dicho esto, el Tribunal de Justicia admite que puede haber una escisión en determinados casos excepcionales. Como había señalado el Abogado General⁵⁶, si se demuestra que el acto de celebración de un acuerdo internacional persigue varios objetivos o tiene varios componentes indisociablemente ligados, sin que uno se considere accesorio del otro, de manera que sean aplicables diferentes bases jurídicas a dicho acto, una diferencia en las reglas de votación en el seno del Consejo puede entrañar la incompatibilidad de esas bases jurídicas. Pues bien, en tal supuesto, puede resultar necesario adoptar dos o más decisiones a los efectos de adoptar un acto de celebración de un acuerdo internacional previsto. Por ello pueden existir situaciones que pongan de manifiesto una necesidad objetiva de escindir en dos o más decisiones un acto de celebración de un acuerdo previsto⁵⁷. Este puede ser el caso, en particular, si con tal escisión se pretende tener en cuenta la circunstancia de que Irlanda no participa en las medidas contempladas en virtud de la celebración de un acuerdo internacional que pertenecen al ámbito de aplicación del Protocolo n.º 21, pero existen otras medidas contempladas en virtud de esa celebración que no pertenecen al referido ámbito de aplicación.

En el caso de autos, resulta que, entre los componentes de la base jurídica material del acto de celebración del acuerdo previsto figura el artículo 336 TFUE, que no pertenece ni al título V de la tercera parte del Tratado FUE ni, por ende, al ámbito de aplicación de los Protocolos n.º 21 y n.º 22. En es-

⁵⁵ Dictamen 1/19, apartados 324-328.

⁵⁶ Nota 28 *supra*, apartado 182.

⁵⁷ Dictamen 1/19, apartados 330-332.

tas circunstancias, el Tribunal de Justicia entiende acreditada una necesidad objetiva de escindir el acto de celebración de este acuerdo a fin de tener en cuenta la circunstancia de que Irlanda o Dinamarca no participan en esta celebración, en la medida en que esta entraña un ejercicio por la Unión de sus competencias externas derivadas de los artículos 78 TFUE, apartado 2, 82 TFUE, apartado 2, y 84 TFUE.

En consecuencia, responde que los Protocolos n.º 21 y n.º 22 únicamente justifican escindir en dos decisiones separadas el acto del Consejo relativo a la celebración por la Unión de la parte del Convenio de Estambul objeto del acuerdo previsto si con tal escisión se pretende tener en cuenta la circunstancia de que Irlanda o Dinamarca no participan en las medidas adoptadas en virtud de la celebración de este acuerdo que pertenecen al ámbito de aplicación de esos Protocolos, consideradas en su globalidad.

3.2. Comentario

La práctica de la escisión no ha atraído una gran atención en la doctrina, aunque haya sido fuente de debates interinstitucionales intensos. Conviene recordar de entrada que la decisión objeto del asunto era la de autorización de la celebración del Convenio de Estambul por la Unión. La celebración de ese acuerdo, por su parte, se lleva a cabo mediante un único instrumento (no hay “escisión”), a saber, una carta dirigida al depositario del tratado, en este caso el Consejo de Europa⁵⁸.

El Tribunal de Justicia considera que cuando un acto de celebración tiene únicamente como base jurídica una o varias disposiciones del Título V, no puede haber escisión. O Irlanda participa en la celebración del acuerdo o no, pero no hay existe el derecho a una participación parcial. No obstante, antes del Dictamen, era pacífico entre las Instituciones que si Irlanda estaba vinculada por una medida interna, la competencia para celebrar cualquier acuerdo internacional que cumpliera las condiciones definidas en el artículo 3 apartado 2, TFEU era exclusiva. En tal caso, Irlanda no tenía opción de no participar ni estar vinculada por el acuerdo internacional. El Tribunal de Justicia no va a seguir esta lógica.

De esta manera, el Tribunal de Justicia muestra su desacuerdo con la premisa en que la práctica de la escisión estaba basada, a saber, que si Irlanda había participado en la adopción de una directiva, en virtud de la competencia exclusiva que resulta Irlanda ya no tenía la capacidad de actuar externamente con respecto, al menos, a determinadas disposiciones del acuerdo que pudieran afectar las directivas. El Tribunal de Justicia no se ocupa de las posibles consecuencias de *un efecto AETR* derivado de normas comunes comprendidas en el ámbito de aplicación del Protocolo n.º 21, y con respecto a las cuales Irlanda estaría ya obligada. En su lugar, reitera que la aplicabilidad del

⁵⁸ Nota 28 *supra*, nota 162.

Protocolo depende de la base jurídica en la que se basa y hace una lectura del Protocolo en su totalidad.⁵⁹

El Protocolo se aplicaba a la adopción de la decisión sobre la celebración (y la firma) del Convenio de Estambul porque todas menos una de las bases jurídicas identificadas por el Tribunal para su celebración entran en el ámbito de aplicación del título V de la tercera parte del TFUE. Sin embargo, como artículo 3 del Protocolo n.º 21 permite la participación de Irlanda en «la medida propuesta», el Tribunal de Justicia añade que, en principio, escindir la celebración en dos decisiones es imposible y que la opción o la exclusión solo son posibles para el conjunto de la medida. Sin decirlo explícitamente, esto sugiere que las decisiones del Consejo sobre la firma son inválidas⁶⁰. Esta solución parece preferible a la propuesta por el Abogado general, que sugirió que debería permitirse principalmente la escisión⁶¹. De hecho, el Tribunal de Justicia es mucho más restrictivo y solo parece permitir excepcionalmente la división de las decisiones. Pero esto solo es así si puede demostrarse una necesidad objetiva que exija tal fraccionamiento. Según el Tribunal, este sería el caso cuando la medida prevista (en este caso, el Convenio de Estambul) solo entra parcialmente en el ámbito de aplicación del Protocolo n.º 21 o del Protocolo n.º 22. De no haberse necesitado una base jurídica adicional fuera del ámbito de los protocolos, la escisión no parece posible. Por lo tanto, la práctica de la escisión en el futuro deberá ser muy excepcional. En este caso la escisión de la decisión de celebración será posible, pero no en la forma prevista por el Consejo⁶².

Dicho esto, el problema no desaparece. Algunas normas comunes, con respecto de las cuales Irlanda utilizó su opción en virtud del Protocolo n.º 21 pueden verse afectadas por el Convenio de Estambul. Esto daría lugar a un efecto *AETR* y, por tanto, a que la competencia para celebrar el acuerdo se convierta en exclusiva de la UE. Sin embargo, la solución del Tribunal de Justicia sugiere que este efecto *AETR* solo se aplica a los demás Estados miembros que están vinculados por las normas comunes y no a Irlanda. Como afirma Chamon, se podría interpretar “que, en el caso de Irlanda, la futura decisión de celebración del Convenio de Estambul equivaldría a un acto por el que se modificarían dichas normas comunes a las que Irlanda tiene de nuevo la opción de participar (o permanecer fuera) de conformidad con el artículo 4 bis del Protocolo n.º 21. Aunque esto no es en modo alguno explícito en el artículo 4 bis, dicho artículo constituiría, por tanto, una especie de habilitación, incluida ya en el Derecho primario, en el sentido del artículo 2, apartado 1, del TFUE: aunque las normas comunes que son vinculantes para Irlanda dan lugar a un efecto *AETR* y, por tanto, a una competencia exclusiva de la UE, el artículo 4 bis del Protocolo n.º 21 autoriza a Irlanda a seguir

⁵⁹ Dictamen 1/19, apartados 322 y 325.

⁶⁰ Dictamen 1/19, apartado 328. Chamon, n. 41, p. 4.

⁶¹ Dictamen 1/19, apartado 172.

⁶² Chamon, n. 41, p. 4.

ejerciendo una competencia que se ha convertido en competencia exclusiva de la UE”⁶³.

El problema puede surgir si existe un conflicto entre el régimen del acuerdo internacional y el Derecho interno que vincula a Irlanda. En dicho caso, en que el acuerdo internacional obligara a efectuar modificaciones del acervo de la Unión, Irlanda parece que dispondría de la opción de participar o no en dicha modificación también. Queda por saber si las otras partes del acuerdo internacional van a mostrarse comprensivas con una participación de dimensiones geográficas variables, pues la adhesión de la Unión no vincularía a Irlanda. Pero al menos la solución del Tribunal de Justicia tiene la virtud de la simplicidad: o se está dentro o fuera, pero no en parte dentro y en parte fuera. Explicar que la adhesión de la Unión no vincula a un Estado miembro puede, finalmente, ser comprendido por terceros, pero el que le vincule para unas disposiciones sí y otras no puede ser algo que vaya más allá de lo que terceras partes estén dispuestas a aceptar.

4. LA PRÁCTICA DEL «COMÚN ACUERDO»

4.1. El dictamen

En una primera etapa, el Tribunal de Justicia va a basar gran parte de su argumentación, como era de esperar, en la sentencia sobre las decisiones “híbridas”⁶⁴, para concluir que la práctica del «común acuerdo» no es conforme al artículo 218 TFUE⁶⁵. Los Tratados no solo no obligan al Consejo a esperar, antes de celebrar el Convenio de Estambul en nombre de la Unión, al «común acuerdo» de los Estados miembros para quedar vinculados por este Convenio en los ámbitos comprendidos en las competencias de estos, sino que le prohíben supeditar la incoación del procedimiento de celebración de dicho Convenio, establecido en el artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8, a que previamente se haya constatado la existencia de tal «común acuerdo»⁶⁶.

El Tribunal reconoce que la práctica del «común acuerdo» no ha entrado que se agruparan dos actos diferentes en una única decisión de naturaleza híbrida. Sin embargo, en tanto en cuanto esta práctica implica que

⁶³ Chamon, n. 41, p. 5.

⁶⁴ Sentencia de 28 de abril de 2015, Comisión/Consejo (C-28/12, EU:C:2015:282). Para un análisis detallado de esta sentencia, véanse Soledad Sánchez-Taberner, “La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2015 n° 52 p.1057-1073; Thomas Verellen, “On hybrid decisions, mixed agreements and the limits of the new legal order: Commission v. Council (“US Air Transport Agreement”)”, *Common Market Law Review* 2016 p.741-762.

⁶⁵ Las modalidades de aplicación práctica del «común acuerdo» era objeto de cierto debate entre las partes del procedimiento (dictamen 1/19, apartados 148-154).

⁶⁶ Dictamen 1/19, apartado 249.

la constatación del «común acuerdo» de los Estados miembros para quedar vinculados por un acuerdo mixto en los ámbitos comprendidos en las competencias de estos se considere, según el Consejo, un requisito previo necesario para la incoación del procedimiento de celebración establecido en el artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8, dicha práctica lleva a añadir a este procedimiento una fase que no se contempla en los Tratados y que contraviene, por tanto, la jurisprudencia⁶⁷. Dicha práctica instituye lo que el Tribunal denomina en el dictamen comentado un “proceso decisorio híbrido”. En efecto, la propia posibilidad de que la Unión celebre un acuerdo mixto dependería por completo de la voluntad de cada uno de los Estados miembros de quedar vinculado por tal acuerdo en los ámbitos comprendidos en las competencias de estos y, por lo tanto, de las decisiones que los Estados miembros adoptan soberanamente en esos ámbitos⁶⁸.

Dicho esto, en una segunda parte de su análisis, el Tribunal de Justicia enmarca las circunstancias en que el Consejo puede utilizar su margen político para si estima necesario conseguir una mayoría amplia. Considera que la celebración por la Unión de un acuerdo internacional depende de la posibilidad de que el Consejo recabe en su seno la mayoría exigida, y los Tratados no fijan ningún plazo dentro del cual el Consejo haya de adoptar una decisión de celebración de tal acuerdo. Por ello están incluidas en el margen de apreciación política del Consejo tanto la decisión de dar curso o no a la propuesta de celebrar un acuerdo internacional, y en tal caso en qué medida, como la elección del momento adecuado para proceder a adoptar tal decisión. Siempre que actúe de conformidad con su Reglamento interno y que se garantice el efecto útil del artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8, nada impide al Consejo prolongar los debates en su seno a fin de lograr, en particular, la mayoría más amplia posible para la celebración de un acuerdo internacional, la mayoría exigida para un ejercicio más amplio de las competencias externas de la Unión o, en el caso de los acuerdos mixtos, una cooperación más estrecha entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión en el proceso de celebración, lo que puede implicar que se espere al «común acuerdo» de los Estados miembros. En efecto, tal cooperación estrecha permite tener en cuenta consideraciones institucionales y políticas que pueden influir en la percepción de la legitimidad y en la eficacia de la acción exterior de la Unión⁶⁹.

No obstante, el Tribunal limita esta margen subrayando que, con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 8, este margen de apreciación política se ejerce, en principio, por mayoría cualificada, de manera que tal mayoría en el seno del Consejo puede, en cualquier momento y conforme a las reglas establecidas en su Reglamento interno —en particular las que confieren a todo Estado miembro y a la Comisión el derecho a solicitar que se proceda a votación y que regulan la transparencia de este procedimiento, en aplicación del artículo 15 TFUE, apartado 3—, imponer la terminación de los debates y

⁶⁷ Dictamen 1/19, apartados 244-245.

⁶⁸ Dictamen 1/19, apartados 246-248.

⁶⁹ Dictamen 1/19, apartados 250-254.

la adopción de la decisión de celebrar el acuerdo internacional. Así pues, corresponde al Consejo, caso por caso y en función de la evolución de los debates en su seno, ejercer dicho margen de apreciación respetando plenamente las exigencias establecidas en el artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8⁷⁰.

El Tribunal de Justicia descarta, en una tercera parte de su análisis, toda una serie de justificaciones y argumentos esgrimidos por algunas partes en defensa de la práctica controvertida. Y lo hace por diversas razones.

En primer término, considera que no se puede alegar eficazmente que, a falta de una adhesión al Convenio de Estambul de uno o de varios Estados miembros en los ámbitos del mismo comprendidos en las competencias de estos, la adhesión de la Unión a dicho Convenio invadiría las competencias de tales Estados miembros y violaría por ende los principios de atribución, de cooperación leal, de seguridad jurídica y de unidad en la representación exterior de la Unión. La celebración de un acuerdo mixto por la Unión y los Estados miembros no implica en modo alguno que los Estados miembros ejerzan, con tal ocasión, competencias de la Unión ni que esta ejerza competencias de estos Estados, sino que cada una de estas Partes actúe exclusivamente en el marco de sus competencias, sin perjuicio de la facultad del Consejo, de decidir que la Unión ejerza por sí sola una competencia que comparta con los Estados miembros en el ámbito de acción de que se trate, siempre que se reúna en su seno la mayoría exigida a tal efecto. El Tribunal de Justicia recuerda que, el caso del Convenio de Estambul, el Consejo de Europa conoce la naturaleza limitada de las competencias de la Unión, de modo que nada permite presumir que el artículo 75 de dicho Convenio, cuando precisa que está abierto a la firma, concreta y específicamente, de la «Unión Europea», contemple una adhesión de la Unión que exceda de las competencias de esta. Además, no parece que esté excluido que el Consejo y el Parlamento puedan optar por presentar una declaración referida a las competencias de la Unión al adherirse al Convenio de Estambul, lo que permitiría, en su caso, especificar aún más, a título indicativo, los límites de las competencias de la Unión⁷¹.

En segundo término, desestima argumentos según los cuales tal adhesión de la Unión supondría que esta incumpliera su obligación de cooperación leal y su obligación, establecida en el artículo 4 TUE, apartado 2, de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, por cuanto podría implicar que esos Estados miembros hubieran de aplicar, a fin de garantizar el respeto de los compromisos internacionales de la Unión, medidas contrarias a sus constituciones. Una eventual incompatibilidad de tal celebración con dichas obligaciones solo podría constatarse tras examinar de manera precisa las obligaciones que en su caso asumiera la Unión de resultas de la celebración del Convenio de Estambul, materia que no era objeto de la solicitud de dictamen y que, por tanto, no formaba parte del procedimiento⁷².

⁷⁰ Dictamen 1/19, apartado 255.

⁷¹ Dictamen 1/19, apartado 257-264.

⁷² Dictamen 1/19, apartado 265-266.

En tercer término, Francia y el Consejo sostenían que la celebración por la Unión del Convenio de Estambul a falta del «común acuerdo» de los Estados miembros no era compatible con la autonomía del Derecho de la Unión por cuanto implicaría externalizar, en particular en favor del Grevio⁷³, una cuestión interna de la Unión relativa al reparto de las competencias entre ella y sus Estados miembros. El Tribunal de Justicia considera que el dictamen 2/13⁷⁴ concernía las decisiones de un tribunal internacional dotadas de carácter definitivo y vinculante para la Unión y sus Estados miembros y en el marco de un examen pormenorizado sobre la compatibilidad material del acuerdo previsto con los Tratados, atendiendo a la situación en la que tanto la Unión como todos sus Estados miembros estuvieran vinculados por el acuerdo en cuestión. La cuestión de si lo declarado por el Tribunal de Justicia en ese caso puede extrapolarse a una situación en la que, por un lado, la Unión, pero no uno de sus Estados miembros, estuviera vinculada por el Convenio de Estambul y, por otro lado, interviene un órgano como el Grevio, requiere un examen concreto de la compatibilidad material del Convenio de Estambul con los Tratados, materia que no era objeto de la solicitud de dictamen⁷⁵.

En cuarto término, desestima argumentos basados en la posible responsabilidad internacional que puede resultar de una “mixidad incompleta”. Algunas partes entendían que la plena ejecución de los compromisos internacionales que contraería la Unión mediante la celebración del Convenio de Estambul solamente es posible, de hecho y de Derecho, si todos los Estados miembros participan en esos compromisos y deducen de ello que, a falta del «común acuerdo» de los Estados miembros, la Unión no estaría en condiciones de garantizar la correcta ejecución de los compromisos que se refiriesen a la totalidad de este Convenio, de modo que se expondría a incurrir en responsabilidad internacional por acciones u omisiones respecto de las que no se le reconoce competencia alguna. El Tribunal de Justicia rechaza de nuevo entrar en el debate, por situarse fuera del procedimiento de dictamen.

⁷³ Conviene aquí recordar brevemente las competencias del Grevio. En el capítulo IX del Convenio de Estambul, que se titula «Mecanismo de seguimiento», el artículo 66 instituye el Grevio y le encomienda el cometido de velar por la aplicación de este Convenio. De conformidad con su artículo 68, las Partes han de presentar, basándose en un cuestionario preparado por el Grevio, un informe sobre las medidas que hagan efectivas las disposiciones del Convenio de Estambul, para su examen por el Grevio, grupo este que habrá de examinar cada informe que se le someta con los representantes de la Parte de que se trate. El Grevio también puede recibir informaciones relativas a dicha aplicación de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil y ha de tomar debidamente en consideración las informaciones de que se disponga en otros instrumentos y organizaciones. Puede además organizar visitas a los países de que se trate, en su caso asistido por especialistas. Se encomienda al Grevio la elaboración de un informe sobre la Parte en el Convenio de Estambul que sea objeto de evaluación a fin de que el Comité de las Partes, establecido en el artículo 67 de este Convenio, adopte recomendaciones dirigidas a esa Parte.

⁷⁴ Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

⁷⁵ Dictamen 1/19, apartados 267-269.

Recuerda que el procedimiento de dictamen no tiene por objeto la compatibilidad con el Derecho internacional público de la celebración por la Unión de un acuerdo internacional ni, por ende, las consecuencias que puedan derivarse de una eventual inobservancia futura de dicho Derecho al aplicar tal acuerdo. En particular, la eventual responsabilidad internacional en la que la Unión pudiera incurrir en la fase de la aplicación del Convenio de Estambul por no garantizar la correcta ejecución de sus compromisos no puede, como tal, poner en cuestión la validez de la decisión por la que el Consejo lo hubiera celebrado en nombre de la Unión⁷⁶.

El Tribunal de Justicia concluye, en el apartado 274, que, siempre que se respeten plenamente, en todo momento, las exigencias establecidas en el artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8, los Tratados no prohíben que el Consejo, actuando de manera conforme con su Reglamento interno, espere, antes de adoptar la decisión de celebración por la Unión del Convenio de Estambul, al «común acuerdo» de los Estados miembros para quedar vinculados por este Convenio en los ámbitos del mismo comprendidos en las competencias de estos. En cambio, prohíben que el Consejo añada al procedimiento de celebración establecido en este artículo una fase adicional consistente en su-peditar la adopción de la decisión de celebración de dicho Convenio a que previamente se haya constatado tal «común acuerdo».

4.2. Comentario

Aunque la cuestión de la práctica del común acuerdo era objeto de la segunda (y última) pregunta del Parlamento, el Tribunal de Justicia consideró oportuno examinarla en primer lugar⁷⁷. Como señalaba en una publicación anterior, la práctica del Consejo en el caso de acuerdos que no son competencia exclusiva de la Unión no consiste en votar de conformidad con las mayorías previstas en el artículo 218 TFUE, sino en aplicar en la práctica el consenso siguiendo un procedimiento que consiste en «verificar» en primer lugar si existe «común acuerdo», y solo después, una vez que haya «común acuerdo», proceder en su caso a la votación con arreglo al procedimiento previsto en los Tratados (votación por mayoría cualificada, en su caso). En la práctica, el Consejo considera que los Estados miembros son, en cierta medida, libres de decidir sobre los aspectos prácticos de cómo determinar que existe tal «consentimiento» o «acuerdo», y no hay un procedimiento demasiado formalizado a este respecto⁷⁸.

⁷⁶ Dictamen 1/19, apartados 270-273.

⁷⁷ Dictamen 1/19, apartado 229. Como señala Chamon el Tribunal no explica realmente por qué (Chamon, n. 41, p. 5).

⁷⁸ Fernando Castillo de la Torre, "On 'Facultative' Mixity: Some Views from the North of the *Rue de la Loi*", en Merijn Chamon e Inge Govaere, *EU External Relations Post-Lisbon: The Law and Practice of Facultative Mixity*, Brill | Nijhoff, 2020, p. 229-250, 233-234.

El Consejo ha recurrido a la práctica del común acuerdo desde hace décadas, pero su relevancia y posible incompatibilidad con los Tratados resultaba más evidente después de que el Tribunal prohibiera la antigua práctica según la cual el Consejo y los Estados miembros (como sujetos soberanos con arreglo al Derecho internacional) adoptaban conjuntamente una decisión “única” para celebrar acuerdos mixtos en nombre de la UE y de sus Estados miembros, si bien en realidad la parte “nacional” de dichos acuerdos necesita de un procedimiento conforme a las exigencias de cada ordenamiento jurídico, por lo que el valor de la parte “nacional” de dicha decisión “híbrida” era misteriosa o por lo menos controvertida.

El común acuerdo había sido tratado de refilón en algunos asuntos anteriores, sin que el Tribunal de Justicia tuviera la oportunidad de entrar a aclarar su legalidad. En esos asuntos anteriores la Comisión ya había alertado al Tribunal de Justicia de la existencia de esta práctica y comunicado su opinión según la cual la misma era contraria a los Tratados⁷⁹. Resulta, no obstante, interesante que no sea la Comisión, sino el Parlamento, quien finalmente ha cuestionado directamente esta práctica ante el Tribunal de Justicia.

En realidad, no es exagerado decir que tras la sentencia de los actos híbridos la suerte del común acuerdo estaba cantada, y la persistencia del Consejo en seguir dicha práctica obedece más a razones políticas que jurídicas. No obstante, se puede uno preguntar si el margen de apreciación política del Consejo está suficientemente limitado en la sentencia. La referencia al “efecto útil” en el apartado 253 parece una invitación indirecta a no prolongar los debates innecesariamente en el Consejo, pero en la práctica será difícil hacer valer que un debate se retrasa demasiado y su prolongación es por lo tanto ilegal.

Dicho esto, el recordatorio expreso de la sentencia *COTIF* es significativo, pues esta sentencia introduce la clave para terminar con bloqueos en muchos casos⁸⁰. La característica del Convenio del Estambul es que el carácter mixto era inexorable pues incluso la Comisión aceptaba que algunos aspectos estaban más allá de las competencias de la Unión. No obstante, la situación más frecuente es que el acuerdo internacional entra en su totalidad en las competencias de la Unión, aunque solo en parte en las competencias exclusivas. Como la sentencia *COTIF* aclara (tras la confusión creada por el Dictamen 2/15)⁸¹, el carácter mixto del acuerdo es entonces facultativo en el sentido que, si el Consejo decide ejercer las competencias compartidas, entonces es la Unión quién celebrará el acuerdo sola. En la realidad los Estados miembros, incluso aquellos que no tienen problema alguno con el acuerdo internacional, son reacios a ejercer competencias compartidas, ya que supone que

⁷⁹ Sentencia de 11 de junio de 2014, Comisión/Consejo, C-377/12, EU:C:2014:1903, apartado 32, y Conclusiones del Abogado general en el asunto C-28/12, Comisión/Consejo, EU:C:2015:43, apartado 33.

⁸⁰ Sentencia de 5 de diciembre de 2017, Alemania/Consejo, C-600/14, EU:C:2017:935,

⁸¹ Sobre dicha confusión, Castillo de la Torre, nota 78, pp. 239-244

pierden el control “decisional” autónomo. Existe en los corredores del Consejo un relato “positivo” de la utilización (con frecuencia artificial o al menos “facultativa”) de los acuerdos mixtos⁸², que en general no parece aceptable⁸³.

Pero el desbloqueo en muchos casos solo necesita de la voluntad política de una mayoría cualificada en el Consejo. Lo que era específico en este asunto, comparado con otros de la jurisprudencia reciente, era que incluso la Comisión aceptaba que el acuerdo debía ser mixto, ya que solamente ciertas disposiciones estaban cubiertas por la competencia compartida.

El Dictamen contrasta en parte con las conclusiones del Abogado general, cuyo tono era más comprensivo con la práctica del «común acuerdo». Por un lado, consideraba que existían “poderosas razones prácticas y jurídicas” a favor de dicha práctica⁸⁴. Por otro lado, se muestra más escéptico sobre la posibilidad de hacer una declaración de competencias y en general sobre la posibilidad de evitar los problemas que la mixtidad incompleta puede plantear en Derecho internacional⁸⁵. El tono del Dictamen es claramente diferente. Por un lado, parece entender que en particular en el Consejo de Europa las particularidades de la participación de la Unión son conocidas y que el Derecho internacional tiene margen para acomodarse a las especificidades de la participación de la Unión en acuerdos internacionales. Por otro lado, y en cualquier caso, considera que los posibles problemas de Derecho internacional no son realmente, ni pueden ser, debatidos en el marco del procedimiento de dictamen.

Puede considerarse que esta parte del dictamen desvirtúa en cierta medida la conclusión de que el común acuerdo es incompatible con el artículo 218 TFUE. En otras palabras, el Tribunal de Justicia puede parecer, en principio, incómodo con dicha práctica desde el punto de vista constitucional, pero más tarde es tolerante en la práctica. Este punto de vista es erróneo por dos razones principales⁸⁶. En primer lugar, el que la celebración de un acuerdo internacional es discrecional no es realmente controvertido. En efecto, el Consejo no está obligado a actuar. En cualquier caso, es una característica bien conocida de la cultura decisional del Consejo el hecho de que intenta conseguir el consenso más amplio posible, evitando al mismo tiempo la votación. En segundo lugar, la discrecionalidad política tampoco es ilimitada. El Tribunal hace referencia a la eficacia de las normas establecidas en el artículo 218 TFUE y al Reglamento interno del Consejo. Estas limitaciones no son simplemente de trascendencia retórica.

⁸² Heliskoski considera por ejemplo que ‘the scope of application of the technique of mixed agreements is constantly expanding’ (Joni Heliskoski, ‘Mixed Agreements: the EU Law Fundamentals’, en Robert Schütze and Takis Tridimas, *Oxford Principles of European Union Law, vol 1: The European Union Legal Order*, 1174, at 1175).

⁸³ Castillo de la Torre, nota 78, pp. 244-249.

⁸⁴ Nota 28 *supra*, apartado 216, in fine.

⁸⁵ Nota 28 *supra*, apartados 218-214.

⁸⁶ Como ya ha señalado también Koutrakos, nota 7, 258.

Por el contrario, el enfoque en lo que respecta a algunos puntos del encaje de la celebración potencialmente “parcial” con el Derecho internacional es por lo menos voluntarista, en el sentido de esperar que el mundo exterior sepa adaptarse a la realidad de la Unión. Algunos autores han indicado que la razón por la que, con arreglo al Derecho internacional, no se generaría la responsabilidad de la UE dista mucho de ser convincente⁸⁷. El análisis del Abogado general refleja probablemente mejor cómo se percibe a la Unión desde el exterior. Las breves reflexiones del Tribunal de Justicia omiten valorar que en realidad el argumento de Derecho internacional no era invocado en tanto que tal, pues no se hacía valer una infracción del Derecho internacional, sino que el Derecho internacional era presentado como parte del contexto que justificaba la práctica en aplicación del principio de cooperación leal y unidad de representación. En otras palabras, el principio aplicado era el de cooperación leal y no el Derecho internacional. Por lo demás, considerar que se puede hacer una declaración de competencias es poco realista cuando no está específicamente prevista en el Convenio y en todo caso la experiencia reciente muestra que es casi imposible que la Comisión y el Consejo se pongan de acuerdo sobre la redacción de la misma, pues con frecuencia parten de puntos de vista diametralmente opuestos⁸⁸.

El Dictamen muestra así una cierta alergia del Tribunal de Justicia a entrar a valorar cuestiones de Derecho internacional en el marco del procedimiento, pero dicha alergia contrasta con la actitud adoptada en otros asuntos recientes. En la sentencia *AMP Antártida* el Tribunal recordó que la Unión debe ejercer sus competencias «respetando el Derecho internacional»⁸⁹. En este procedimiento de dictamen el Consejo se basó en ella para abogar que

⁸⁷ Como señaló Kübek en un análisis anterior de las conclusiones (Gesa Kübek, “Opinion 1/19, the practice of ‘common accord’, and incomplete mixity: paving a way for concluding the Istanbul Convention”, en EU Law Live, <https://eulawlive.com/analysis-opinion-1-19-the-practice-of-common-accord-and-incomplete-mixity-paving-a-way-for-concluding-the-istanbul-convention-by-gesa-kubek/>). Para una visión reciente de los problemas de Derecho internacional que la mixidad plantea, véanse los capítulos 6 a 9 de Nicolas Levrat, Yuliya Kaspiarovich, Christine Kaddous, Ramses Wessel, (coord.), *The EU and its Member States’ Joint Participation in International Agreements*, Hart Publishing, 2022.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, el callejón sin salida que se produce con la Comunicación de la Comisión al Consejo, “El papel de la Unión Europea en la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO) tras el Tratado de Lisboa: Declaración actualizada de competencias y nuevo acuerdo entre el Consejo y la Comisión para el ejercicio por la UE y sus Estados miembros de sus derechos como miembros de dicha Organización” (COM(2013)333 final). Para una lista de convenios y convenciones firmados por la Unión que establecen una obligación de que la Unión formule una declaración de competencia, véase Joni Heliskoski, «EU declarations of competence and international responsibility», en Malcolm Evans, y Panos Koutrakos, (eds), *The International Responsibility of the European Union International and European Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 201.

⁸⁹ Sentencia de 20 de noviembre de 2018, Comisión/Consejo (*AMP Antártida*), C-626/15 y C-659/16, EU:C:2018:925, apartados 127-128.

era necesario esperar a un acuerdo común, ya que, sin que todos los Estados miembros sean partes en el Convenio, la Unión no podría garantizar una correcta aplicación de las disposiciones a las que se comprometería⁹⁰, mientras que la Comisión se basó en ella para argumentar lo contrario, a saber, que la Unión debería aspirar a una «adhesión amplia» para no frustrar los objetivos del Convenio de Estambul⁹¹. El Tribunal de Justicia desestimó ambas líneas argumentales⁹² señalando que la finalidad del procedimiento de dictamen es evaluar la compatibilidad de un acuerdo internacional con el Derecho de la Unión, y no al contrario.

Es cierto que ya en el dictamen sobre el Convenio n.170 la OIT el Tribunal de Justicia recordó que su análisis se centra en el respeto de los Tratados y no del Derecho internacional. Es por ello que posibles obstáculos que puedan existir en Derecho internacional a que la Unión celebre un acuerdo no son, en principio, relevantes⁹³. No obstante, en otros recientes asuntos, como la sentencia prejudicial relativa al acuerdo de pesca con Marruecos y la cuestión del Sahara occidental, el Tribunal de Justicia ha afirmado que su control se extiende a analizar la legalidad de la decisión del Consejo a la luz del Derecho internacional⁹⁴. El asunto *AMP Antártida*, otro recurso de anulación, también examina la situación en Derecho internacional⁹⁵.

El Tribunal de Justicia parece partir de un enfoque que disocia Derecho internacional y Derecho de la Unión, sin tener quizá suficientemente en cuenta el artículo 3, apartado 5, del TUE, que deja claro que el estricto respeto del Derecho internacional es una obligación que está internalizada en la propia Carta constitucional de la Unión. Evidentemente, el procedimiento de dictamen no debe utilizarse para evaluar una hipotética acción futura de la UE que podría dar lugar a su responsabilidad con arreglo al Derecho internacional. Dicho esto, cuando esta acción futura está “preordenada” por la forma en que la UE se adhiere a un acuerdo, se ha argumentado que podría ser contrario al objetivo del procedimiento de dictamen si el Tribunal de Justicia no examinara la cuestión⁹⁶.

Es interesante que en los recursos de anulación (*WSCUK* y *AMP Antártida*) el Tribunal de Justicia se muestra más abierto a examinar el Derecho internacional que en el procedimiento de dictamen. Quizás simplemente el Tribunal de Justicia considera que el propio Derecho internacional no es relevante en el marco del procedimiento de dictamen, mientras que sí puede serlo en un

⁹⁰ Dictamen 1/19, apartado 270.

⁹¹ Dictamen 1/19, apartado 283.

⁹² Dictamen 1/19, apartados 272 y 283.

⁹³ Dictamen 2/91 (Convenio n.170 de la OIT), de 19 de marzo de 1993, EU:C:1993:106, apartado 5.

⁹⁴ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16, EU:C:2018:118, apartado 48.

⁹⁵ Sentencia de 20 de noviembre de 2018, *Comisión/Consejo (AMP Antártida)*, C-626/15 y C-659/16, EU:C:2018:925, apartados 129-133.

⁹⁶ Chamon, n. 41, p. 7.

contexto de anulación. Esto quebraría con el enfoque de que el procedimiento de dictamen tiende a prevenir ilegalidades posteriores⁹⁷.

En concreto, la forma en que el Tribunal de Justicia desestimó la invocación por el Consejo de la sentencia *AMP Antártida* pone de relieve que la lógica que algunos creen confusa inherente a la sentencia *AMP Antártida*. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia sostuvo que el Derecho internacional puede impedir que la Unión ejerza sus competencias compartidas por sí sola y, en su lugar, exigirle que actúe conjuntamente con los Estados miembros. Probablemente esta lógica solo se aplica a las competencias compartidas de la Unión y depende del marco jurídico específico del Derecho internacional. Esa es la única interpretación que parece compatible con su jurisprudencia anterior y en particular el Dictamen OIT, ya que en ocasiones anteriores el Tribunal de Justicia nunca ha aceptado que el Derecho internacional sea pertinente para determinar la naturaleza de la competencia exclusiva. Lo único que ha aceptado es que, aun sin afectar el hecho de que el ejercicio de la competencia exclusiva sea únicamente una decisión que compete a la Unión, la “externalización” o formalización de dicha competencia en el ámbito internacional puede tener que ser efectuada a través de los Estados miembros, que actúan entonces como meros agentes de la Unión y sin margen decisional propio⁹⁸.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde el plano puramente jurídico, el Tribunal de Justicia confirma que es el Consejo, por mayoría cualificada, quien decide en qué medida la UE se adhiere al Convenio. El Consejo puede decidir, por mayoría cualificada, ejercer en su totalidad todas las competencias de la Unión, incluidas por supuesto las competencias compartidas. Como declaración de principio es importante, aunque la idea de que competencia compartida no implicaba necesariamente mixidad del acuerdo ya estaba bastante clara en la jurisprudencia, en particular tras la sentencia *COTIF*.

No obstante, la cuestión práctica es si una mayoría cualificada del Consejo va a “osar” adoptar una decisión de celebración de un acuerdo internacional cuando uno o varios Estados se opongan claramente a su celebración, como es el caso del Convenio de Estambul. El futuro del «común acuerdo» es, pues, incierto, pero sin duda no va a desaparecer. A día de hoy, el Consejo sigue refiriéndose a la práctica del “común acuerdo” en su sitio internet, sin que se

⁹⁷ Sobre la utilización del Derecho internacional como parámetro de examen, véase, Fernando Castillo de la Torre, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, 2001, pp. 165-175.

⁹⁸ Allan Rosas, “The Status in EU Law of International Agreements concluded by EU Member States”, *Fordham International Law Journal*, 2011, Vol. 34, pp. 1304-1355; Marise Cremona, “Member States Agreements as Union Law”, en Enzo Cannizzaro, Paolo Palchetti, Ramses Wessel (Coord.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2012, pp. 291-324.

pueda saber si se trata de una simple inercia administrativa en el mantenimiento de su sitio Internet, o el reflejo de una cierta obstinación⁹⁹.

Un segundo punto importante es que el Tribunal de Justicia parece aceptar la “mixidad incompleta”, es decir la posibilidad de que la UE celebre un acuerdo mixto del que no sean parte todos sus Estados miembros. Se trata de una anomalía¹⁰⁰, que no tiene un encaje fácil en el derecho internacional¹⁰¹. El Tribunal de Justicia no entra a valorar en detalle los posibles problemas de Derecho internacional y se limita a analizar la cuestión desde el único prisma del Derecho primario de la Unión.

En Derecho de la Unión los obstáculos (jurídicos o políticos) nacionales no impiden, en principio, que la Unión ejerza sus competencias y por lo tanto vincule a dichos Estados miembros con respecto a, por lo menos, una parte más o menos variable de la Convenio. Los (otros) Estados miembros que han ratificado el Convenio de Estambul reúnen la mayoría cualificada necesaria para proceder y permitir que la UE se adhiera también al Convenio y se podría optar por la mayor adhesión posible de la UE al Convenio de Estambul, si dicha mayoría así lo quiere.

Pero de ocurrir esto, se abren otros frentes. Por un lado, como señaló el Abogado general, esto podría dar lugar a un reexamen de las bases jurídicas (él proponía los artículos 3, apartado 3, del TUE y 19 del TFUE como bases jurídicas), pues el “peso” de ciertas disposiciones sería menor en el análisis global si la adhesión no fuera tan limitada como el Tribunal de Justicia asume en su dictamen. Es por ello que incluso la definición de las bases jurídicas es condicional a la decisión final que se adopte en relación con el alcance de la competencia ejercida. Por otro lado, la cuestión de la resistencia de ciertos Estados miembros continuaría siendo pertinente. En ámbitos de competencia de la Unión esta debe respetar la “identidad nacional” de los Estados miembros, y algunos de ellos consideran el Convenio contrario a su propia Constitución. El Tribunal de Justicia evita por ahora el debate, que es por el momento hipotético, pero no se excluye que tenga que enfrentarse al mismo más tarde.

⁹⁹ “Las decisiones relativas a los acuerdos que se refieren a ámbitos de competencia compartida se adoptan junto con el Consejo por común acuerdo (acuerdo de todos los Estados miembros).” (<http://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/international-agreements/> (The role of the Council in international agreements - Consilium (europa.eu), consultado el 15 de septiembre de 2022).

¹⁰⁰ Pero ha ocurrido, para ejemplo, con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (véase Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, DO L 23 de 27.1.2010, p. 35).

¹⁰¹ Sobre este problema, Guillaume Van der Loo, y Ramses Wessel, “The Non-ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions” (2017) 54 *C.M.L. Rev.* 735.

Aunque algunos autores han interpretado que el Tribunal de Justicia se enmarca en la premisa de que la UE se limitará a ejercer sus competencias exclusivas cuando se adhiera al Convenio de Estambul¹⁰², no estoy seguro de que esto sea así. El Tribunal de Justicia decide explícitamente no tomar partido sobre la cuestión de la naturaleza de la competencia. Además, parece claro que la larga lista de medidas de prevención que el Tribunal de Justicia considera cubiertas por el artículo 84 TFUE no son medidas que tengan una naturaleza exclusiva, sino que se trata más bien de competencias que se conocen como “paralelas”, en el sentido de que su ejercicio no impide en absoluto la acción de los Estados miembros. Muchas de las disposiciones del Derecho de la Unión tenían un carácter “de minimis” y por ello no estaba claro si necesariamente podían ser la base de una competencia exclusiva.

Los acuerdos mixtos siguen siendo una realidad en el Derecho de la UE (o más bien en la política de la UE) a pesar de los cambios en los Tratados y de las aclaraciones de la jurisprudencia que deberían haber disminuido considerablemente su presencia. Van sin duda a continuar siendo una realidad¹⁰³, y buenos conocedores de la práctica afirman que su uso está incluso aumentando¹⁰⁴. Esto puede parecer paradójico y contraintuitivo para el observador exterior. Uno de los objetivos del Tratado de Lisboa era racionalizar el ámbito de las relaciones exteriores para poder «hablar con una sola voz». El puesto de Alto Representante se creó para la PESC. Se aclararon las competencias y las normas relativas a la representación exterior. Se pretendía garantizar la coherencia reuniendo los diversos aspectos de la acción exterior de la UE, con una serie de disposiciones comunes, y una mayor visibilidad. Sin embargo, los acuerdos mixtos siguen utilizándose para preservar (o pretender preservar) un espacio para la toma de decisiones a nivel nacional, y sigue existiendo un potencial de cacofonía donde los Estados miembros, por motivos de prestigio nacional, rara vez renuncian a su supuesto «derecho» a decidir.

Desde hace décadas se han organizado ámbitos destacados de las relaciones internacionales de la UE utilizando la técnica de la mixidad. Sin embargo, sigue habiendo mucha incertidumbre sobre la naturaleza y las obligaciones más específicas de la participación conjunta de la UE y sus Estados miembros. No previsto en los Tratados originales y sin precedentes en la práctica internacional, el carácter mixto de determinados acuerdos se ha debatido y analizado en numerosas ocasiones en la literatura, pero sigue siendo un fenómeno mal adaptado tanto al sistema jurídico de la UE como a los conceptos tradicionales del Derecho internacional.

¹⁰² Chamon, nota 41 *supra*, p. 7.

¹⁰³ Véase Allan Rosas, «The Future of Mixity», en Christophe Hillion y Panos Koutrakos, *Mixed Agreements Revisited*, Hart Publishing, 2010, 367, cuya primera sección se titula claramente «Mixity is Here to Stay».

¹⁰⁴ Heliskoski alega que «el ámbito de aplicación de la técnica de los acuerdos mixtos está en constante expansión» (Heliskoski, nota 82 *supra*, p. 1175).

El dictamen comentado da adecuada respuesta a determinadas cuestiones importantes, como la legalidad del «común acuerdo» y la escisión, siendo más continuista en el análisis de la base jurídica. Pero, mientras que la escisión se excluye tal y como se había concebido hasta ahora, el impacto real que el dictamen pueda tener, a largo plazo, en la práctica del «común acuerdo» es más dudoso.

BIBLIOGRAFÍA

- Castillo de la Torre, Fernando, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, 2001
- Castillo de la Torre, Fernando, “The Court of Justice and external competences after Lisbon: some reflections on the latest case law”, en Manuel López Escudero and Piet Eeckhout (coord.), *The External Action of the EU in times of crisis*, Hart Publishing, 2016, p. 129-186.
- Castillo de la Torre, Fernando, “On ‘Facultative’ Mixity: Some Views from the North of the *Rue de la Loi*”, en Merijn Chamon e Inge Govaere, *EU External Relations Post-Lisbon: The Law and Practice of Facultative Mixity*, Brill | Nijhoff, 2020, p. 229-250.
- Chamon, Merijn, “The Court’s Opinion in Avis 1/19 regarding the Istanbul Convention”, <https://eulawlive.com/op-ed-the-courts-opinion-in-avis-1-19-regarding-the-istanbul-convention-by-merijn-chamon/>, disponible en versión paginada en: https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/73834752/Op_Ed_Merijn_Chamon_12_Oct_2021.pdf.
- Cremona, Marise, “Member States Agreements as Union Law”, en Enzo Cannizzaro, Paolo Palchetti, Ramses Wessel (coord.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2012, pp. 291-324.
- Heliskoski, Joni, ‘Mixed Agreements: the EU Law Fundamentals’, en Robert Schütze and Takis Tridimas, *Oxford Principles of European Union Law, vol 1: The European Union Legal Order*, 2018, p. 1174-1207.
- Heliskoski, Joni, «EU declarations of competence and international responsibility», en Malcolm Evans y Panos Koutrakos, *The International Responsibility of the European Union International and European Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 189-212.
- Koutrakos, Panos “Confronting the Complexities of Mixed Agreements—Opinion 1/19 on the Istanbul Convention”, *European law Review*, 2022:2, p. 247-263.
- Levrat, Nicolas, Yuliya Kaspiarovich, Christine Kaddous, Ramses Wessel, (coord.), *The EU and its Member States’ Joint Participation in International Agreements*, Hart Publishing, 2022.
- Mohamed, Saredo, Kate Regan, Nazia Chowdhury, Stelios Charitakis, Hayley D’Souza, Nathalie Meurens, Els Leye, *Tackling violence against women and domestic violence in Europe : the added value of the Istanbul Convention and remaining challenges*, Parlamento Europeo, 2020.
- Prechal, Sacha, «The European Union’s Accession to the Istanbul Convention», en Lenaerts, Koen, Jean-Claude Bonichot, Heikki Kanninen, Caroline Naômé y Pekka Pohjankoski (eds.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 279-292.
- Rosas, Allan, «The Future of Mixity», en Christophe Hillion y Panos Koutrakos, *Mixed Agreements Revisited*, Hart Publishing, 2010, p. 367-374.
- Rosas, Allan, “The Status in EU Law of International Agreements concluded by EU Member States”, *Fordham International Law Journal*, 2011, Vol. 34, p. 1304-1355.

- Sánchez-Tabernero, Soledad, “La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015 n.º 52 p.1057-1073.
- Spanikova, Hana, Elena, Fries-Tersch, Sophie Morel, Catarina Monteiro, Athena Christofi, *Violence against women and the EU accession to the Istanbul Convention*, Parlamento Europeo, 2018.
- Van der Loo, Guillaume, y Ramses Wessel, “The Non-ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions” (2017) 54 *C.M.L. Rev.*, p. 735-770.
- Vassileva, Radosveta, *Bulgaria’s Constitutional Troubles with the Istanbul Convention*, *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/bulgarias-constitutional-troubles-with-the-istanbul-convention/> (2018).
- Verellen, Thomas, “On hybrid decisions, mixed agreements and the limits of the new legal order: Commission v. Council (“US Air Transport Agreement”)”, (2016) 53 *C.M.L.Rev.*, p.741–762.