

BORDIN, F.L., MÜLLER, A.Th. y PASCUAL-VIVES, F. (Eds.), *The European Union and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 301 pp.

La cuestión del *Völkerrechtsfreundlichkeit* o compromiso de la Unión con el Derecho internacional es objeto de un intenso debate en la doctrina. Según la opinión dominante, el TJUE está generalmente abierto al Derecho internacional, aunque conserva la autoridad para decidir su eficacia en el ordenamiento jurídico de la Unión; mientras que otros, en cambio, piensan que su jurisprudencia proyecta más bien una prioritaria preocupación por salvaguardar su propia identidad. Algunas de las cuestiones que tienen que ver con la eficacia de las normas internacionales en el orden jurídico de la Unión, como la relativa a la eficacia directa de los acuerdos internacionales, ya han sido tratadas por la doctrina. Pero van apareciendo otras nuevas, como la eficacia de la costumbre en el orden jurídico de la Unión. Y este es el mérito de esta interesante monografía colectiva editada por los profesores BORDIN, MÜLLER y PASCUAL VIVES: Arrojar luz sobre las intrincadas cuestiones que plantea la recepción, incorporación y aplicación de la costumbre internacional en la Unión Europea, abordando, entre otras, las siguientes cuestiones: ¿Se encuentra la Unión vinculada por la costumbre como cuestión de Derecho internacional y, en caso afirmativo, sobre qué fundamento? ¿La singularidad de la Unión tiene alguna relevancia frente a la costumbre internacional? ¿Cómo contribuye la práctica de la Unión a la formación de la costumbre y a los métodos para su identificación y aplicación? ¿En qué medida se aplica la costumbre y qué relevancia real tiene, no sólo ante el TJUE, sino también ante sus instituciones políticas? ¿En qué medida esta aplicación se ve mediatizada por el principio de autonomía del Derecho de la Unión? ¿Pueden los particulares, y bajo qué condiciones, invocar la costumbre con ocasión del control de legalidad de los actos de la Unión? ¿Qué relación existe entre las normas imperativas y los principios constitucionales del sistema jurídico de la Unión?

Analizar la eficacia de la costumbre en el ordenamiento jurídico de la Unión no podría ser más apropiado por tratarse de la organización regional más desarrollada en la historia de las relaciones internacionales, que mantiene múltiples y variadas relaciones en el plano internacional con terceros Estados y otras organizaciones. Si bien dichas relaciones se fundamentan la mayoría de las veces en tratados; las reglas aplicables por defecto se fundamentan en la costumbre, es decir, las potestades y obligaciones que la Unión y terceros pueden exigirse mutuamente.

Y probablemente no exista otra organización para cuyo funcionamiento externo la aplicación subsidiaria de esas normas sea más transcendental. Por tanto, la UE se encuentra en una posición única para aplicar —y eventualmente violar— el Derecho internacional consuetudinario en sus relaciones con otros sujetos. Las amplias competencias que le han sido conferidas también implica que sus instituciones se encuentran en una posición privilegiada para influir en el desarrollo de nuevas costumbres. No es por ello casual que en su reciente estudio sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario, la CDI haya identificado a la Unión como el principal ejemplo de una organización cuya práctica debe considerarse representativa para la formación de una nueva costumbre.

Apropiado es también el momento en que se publica esta monografía por varios motivos. En primer lugar, debido al renovado interés académico que parece existir sobre la costumbre tras concluir la CDI en 2018 el citado estudio. Por otra parte, tras una fase de referencias algo precarias, el TJUE ha dictado varios fallos en los últimos años en los que ha desempeñado un protagonismo fundamental la costumbre y las normas imperativas del Derecho internacional general. Finalmente, la reciente retirada del Reino Unido pone de relieve el protagonismo que el Derecho internacional consuetudinario puede desempeñar en las relaciones entre una organización y sus miembros (o ex miembros) en situaciones complejas o inesperadas. Todas estas razones hacen que la reciente aparición de esta monografía sea más que bienvenida.

En sus tres primeros capítulos la problemática de la costumbre internacional se aborda desde la perspectiva del derecho internacional público, reflexionando sobre el estatus y la práctica de la Unión como sujeto del Derecho internacional consuetudinario. Los profesores Christina BINDER y Jane HOFBAUER inician el debate explorando los fundamentos jurídicos por los que la Unión se encuentra obligada como organización *sui generis* por la costumbre, utilizando como test las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario con miras a ofrecer un análisis basado en la práctica que informe los vericuetos conceptuales de estas enmarañadas relaciones. Sobre el fundamento de la obligatoriedad de la costumbre, estos autores se decantan por asimilar la Unión con un nuevo Estado que accede a la independencia; estando sujeta al Derecho internacional consuetudinario en vigor al tiempo de su creación; pero manteniendo la posibilidad de rechazar nuevas normas. ¿Quiere ello decir que al tiempo de creación de la Unión pudo oponerse a aquellas costumbres con las que no estaba de acuerdo como algunos autores defendieron con respecto a los Estados que accedieron a la independencia? Es probable que deba buscarse una explicación más sencilla como fundamento de esta sumisión. Se trata de un tema ampliamente estudiado en relación con el Derecho internacional humanitario. Algunos han tratado de buscar ese fundamento señalando que esas normas generalmente son declarativas de Derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, obligarían a estas organizaciones. Desde esta perspectiva, estarían obligadas a cumplir esas normas como reglas generales ampliamente aceptadas por la comunidad internacional, aunque siendo objeto de adaptaciones para superar la óptica esencialmente estatista que predominó en su formulación. Otros han tratado de fundamentar esta vinculación en una posible declaración unilateral de la organización dirigida a acatar esas normas. Otros trazado una analogía con los principios que rigen la sucesión de Estados, en cuya virtud un nuevo Estado se encuentra obligado por las obligaciones de su predecesor. De esta forma, una organización formada por Estados estaría obligada por las obligaciones que vinculaban a sus Estados miembros cuando transfirieron competencias a la organización. Siguiendo una concepción bastante próxima, otros han hablado de la regla *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, que viene a sugerir que la transferencia de competencias que realizan los Estados a la organización llevaría aparejada el conjunto de reglas que limitaban negativamente el ejercicio estatal de esas competencias. Otros, en cambio, han desechado la teoría de la sucesión automática en materia de tratados porque la práctica habría demostrado que este automatismo no se dio en la práctica ni siquiera en los supuestos para los que estaba prevista en el Convenio de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados, es decir, en los casos de disolución, secesión y fusión; ni tampoco la regla *Nemo plus iuris* parece compatible con el relativismo imperante en Derecho internacional, que hace poco creíble que las reglas que vinculan a los miembros puedan tam-

bién vincular a la organización; que por definición es un sujeto distinto. Sobre este particular, creemos que la tesis sugerida por el recientemente fallecido Profesor Eric DAVID es la más sencilla y la que mejor puede explicar esta cuestión. Según este autor, la razón de la sumisión de las organizaciones a los principios que dimanar de esos tratados deriva simplemente de la voluntad de los creadores de este nuevo sujeto. Para el ejercicio de determinadas funciones, los Estados crean una organización y la insertan en la esfera de las relaciones internacionales. Y aunque generalmente los tratados constitutivos guardan silencio sobre esta cuestión, el hecho de que la organización haya sido destinada a actuar en el orden jurídico internacional implica necesariamente que los Estados han querido que se comporte de acuerdo con el Derecho internacional general. Que la organización, sujeto derivado, deba actuar conforme al Derecho internacional general se basa simplemente de la voluntad implícita de los sujetos originarios que la crearon.

El capítulo de Fernando Lusa BORDIN ofrece un magnífico contrapunto al de los profesores BINDER y HOFBAUER. Si bien en general se muestra de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por aquellos, el Profesor BORDIN cuestiona la caracterización de la Unión como una organización *sui generis* desde la perspectiva del Derecho internacional público, revisando los intentos infructuosos realizados por la Unión (o en su nombre) de exigir un tratamiento singular en el marco del Derecho internacional consuetudinario. Se trata de un análisis interesante que han abordado otros autores como Paolo PALCHETTI o Magdalena LIČKOVÁ; y que varios procesos de codificación demuestran como el debate relativo al nonnato artículo 36 bis del proyecto relativo al derecho de los tratados concluidos entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales; o el más reciente sobre la pretendida singularidad de la Unión en el marco de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Las dos principales conclusiones que alcanza el Profesor BORDIN es que los intentos de abogar por un trato especial para la Unión en el marco del Derecho internacional consuetudinario se han basado más bien en el interés por desarrollar reglas especiales para una subcategoría de organizaciones de integración económica regional, que la Unión personifica; intentos que han encontrado la resistencia de la comunidad internacional. Por lo tanto, es dudoso que la idea de que la Unión es un sujeto *sui generis* de Derecho internacional sea parte de la explicación de por qué y cómo se encuentra obligada por la costumbre internacional. Con todo, el autor reconoce la contribución singular que la existencia y práctica de la Unión realiza para dilucidar la posición que las organizaciones internacionales ocupan en un sistema de Derecho internacional consuetudinario creado por los Estados.

La primera parte del libro la cierra la contribución del Profesor Jed ODERMATT ofreciendo un sólido análisis de la participación de la Unión en la creación de la costumbre internacional a través de la conducta de sus instituciones, precedido de una visión general de los trabajos de la CDI sobre el papel que desempeña la práctica de las organizaciones internacionales en la identificación del Derecho internacional consuetudinario. Entre los interesantes ejemplos que expone sobre cláusulas específicas insertas en sus acuerdos con terceros para salvaguardar las peculiaridades de su ordenamiento jurídico podríamos destacar la relativa al concepto de organización de integración económica regional, cuya amplia aceptación por terceros parece confirmar la práctica de aceptar organizaciones regionales como partes en acuerdos multilaterales, siendo cada vez más difícil justificar jurídicamente una frontal oposición a dicha parti-

ción. Otras veces, se trata más bien de la adaptación de las normas para tener en cuenta la naturaleza singular de la Unión. Por ejemplo, la práctica relacionada con los acuerdos mixtos en los que las cuestiones relacionadas con la firma y ratificación, la aplicación provisional, la terminación y suspensión; y la asignación de responsabilidad se hacen más complejas por la membresía paralela de la Unión y sus miembros.

Los siguientes tres capítulos analizan la costumbre internacional y el Derecho de la Unión, centrándose en las sinergias que esas dos fuentes de potestades y obligaciones pueden generar para la Unión y sus miembros. La Profesora Kirsten SCHMALENBACH analiza la relevancia del Derecho internacional consuetudinario no tanto para las relaciones exteriores de la Unión, sino en sus relaciones internas con sus Estados miembros y entre estos últimos *inter se*; examinando para ello áreas clave que influyen en la esfera interna como pueden ser las relaciones diplomáticas, la inmunidad, la igualdad soberana, el ejercicio de contramedidas y la interpretación, suspensión y terminación de los tratados.

El Profesor PASCUAL VIVES centra su contribución en cómo el TJUE realiza el análisis de los dos elementos, la práctica y la *opinio iuris*, para la identificación de la costumbre internacional, explorando el valor del consenso en sus análisis. En su opinión, la mayoría de las veces el TJUE verifica el *consensus generalis* sobre la existencia de una regla consuetudinaria a través de una referencia a las decisiones de la CIJ, otros tribunales internacionales o incluso los trabajos de la CDI, aunque esto no impide que a veces desarrolle un examen más meticuloso de los dos elementos si su propia existencia está en discusión y su existencia no ha sido declarada en otras fuentes. Podrá determinar si existe evidencia de un acuerdo general a partir de los trabajos de la CDI; mientras que si se trata de resoluciones adoptadas por la Asamblea General, es consciente de que no toda resolución adoptada por consenso en este nivel institucional establece o genera reglas consuetudinarias. Recurrir a conceptos y técnicas de derecho internacional público para identificar la existencia de la costumbre internacional no impide que el TJUE adopte un enfoque particularista como resultado del alto nivel de especialización del Derecho de la Unión, recurriendo a un consensualismo flexible. Como señala el Profesor Pascual Vives, un proceder más audaz en la identificación de la costumbre podría ser excesivo, pudiendo generar la crítica de activismo judicial.

Seguidamente, el Profesor Asier GARRIDO MUÑOZ trata la relación escasamente explorada entre el Derecho de la Unión y las normas imperativas, cuya definición y consolidación es una de las características del Derecho Internacional contemporáneo, ya que se trata de un concepto incompatible con la fundamentación voluntarista a ultranza que caracterizó al Derecho Internacional anterior a la Segunda Guerra Mundial. En efecto, frente a la primacía de la voluntad individualizada del Estado, el *ius cogens* puede ser concebido como la garantía material y formal de un conjunto de intereses y valores generales comunes a la Sociedad Internacional contemporánea, que priman formalmente sobre las normas particulares y que, por tanto, se configuran como los puntales básicos que permiten definir la universalidad y unidad del sistema jurídico-internacional. La práctica del Derecho internacional siempre ha reconocido la presencia de algunas normas que son superiores a otras y a las que, por tanto, debe darse preeminencia. Tras pasar revista a la jurisprudencia del TJUE, considera que mediante técnicas interpretativas el TJUE trata de sortear el carácter imperativo a fin de evitar el conflicto normativo. Sin embargo, es en relación con las normas internas de la Unión donde alcanza

la sugerente conclusión de que ciertas normas fundamentales de este ordenamiento podrían caracterizarse como una forma de *ius cogens* regional.

Los últimos cuatro capítulos analizan la perspectiva interna, revisando el papel que desempeña el Derecho internacional consuetudinario como fuente de derechos y obligaciones según el Derecho de la Unión. En este sentido, el Profesor WERNER SCHROEDER ofrece una visión sólida y reveladora de las reglas estructurales fundamentales que determinan la incorporación, rango e interpretación del Derecho internacional consuetudinario en el ordenamiento jurídico de la UE. También aborda los efectos jurídicos de las normas consuetudinarias en las relaciones entre los Estados miembros y los individuos y entre estos últimos.

El Profesor Andreas Th. MÜLLER se centra en un aspecto particularmente importante y delicado de estos efectos jurídicos, a saber, la cuestión de si las normas del Derecho internacional consuetudinario otorgan derechos y deberes al individuo, es decir, el efecto directo del Derecho internacional consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico de la Unión. Si bien es cierto que existe una amplia jurisprudencia sobre el efecto directo de los tratados internacionales celebrados por la Unión, Müller señala que no está nada claro si esta jurisprudencia puede extenderse a las normas consuetudinarias y en qué medida.

Seguidamente, el Profesor Paul GRAGL reflexiona sobre algunas normas sustantivas del Derecho internacional consuetudinario que han demostrado ser relevantes para el funcionamiento de la Unión. Gragl examina las normas consuetudinarias que se han invocado y aplicado ya sea para interpretar el Derecho de la Unión o para examinar la validez del Derecho derivado. Tras exponer fallos del TJUE que abordan la extraterritorialidad, el derecho de los tratados y otras normas fundamentales del Derecho internacional, sostiene que el TJUE adopta un enfoque instrumental, aceptando la costumbre cuando le sirve para proteger la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, mientras que la rechaza si atenta contra dicha autonomía.

Finalmente, la contribución de la Profesora Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA evita el sesgo común de centrarse exclusivamente en la jurisprudencia del TJUE al analizar la relevancia del Derecho internacional consuetudinario para enfocarse en las instituciones políticas de la Unión: el Parlamento, el Consejo y la Comisión. El documentado estudio de la práctica que ofrece sugiere que estas instituciones aceptan los fundamentos y la obligatoriedad de estas normas para la Unión y para su propio funcionamiento; aunque en ocasiones rechacen ante el TJUE que su incumplimiento conduzca a la invalidez de un acto de Derecho derivado debido al carácter impreciso de la norma en cuestión. En su estudio enfatiza, asimismo, que las referencias al Derecho internacional consuetudinario que estas instituciones realizan son ocasionales, usualmente precisas, no precedidas de la justificación de la naturaleza consuetudinaria de la regla invocada e impulsada normalmente por la conveniencia del momento, de forma similar a los órganos legislativos y ejecutivos a nivel nacional.

Una comparación entre la actitud mostrada por estas instituciones hacia la costumbre internacional y la del Tribunal de Justicia, creemos que nos llevaría a la conclusión de que aquellas son más permeables a la influencia de las normas internacionales. Es cierto que las funciones encomendadas en los tratados a cada una de estas instituciones no son similares, lo cual podría explicar esta diferente actitud. Y es que no debemos olvidar que el Parlamento, el Consejo y la Comisión son, principalmente, instituciones políticas y tienen una función legislativa por

lo que en su quehacer diario se guían no sólo por consideraciones jurídicas, sino también políticas. Sin embargo, el Tribunal asegura que en la interpretación y aplicación de los tratados se observe el Derecho, debiendo, en consecuencia, priorizar consideraciones jurídicas y constitucionales.

Como resultado de todo lo expuesto, creemos que la obra colectiva *The European Union and Customary International Law* constituye un estudio pleno de solidez académica, equilibrado, bien investigado y bien escrito; que todo estudioso del Derecho internacional público y del Derecho de la Unión debería consultar para instruirse sobre una cuestión compleja y con muchas aristas como es la eficacia de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión; que lejos de quedar definitivamente resuelta, seguirá generando cuestiones en los próximos años. Sus diez contribuciones no hacen sino poner de manifiesto la importancia que para la doctrina ha ido adquiriendo el tema objeto de estudio, atención probablemente acelerada por los recientes desarrollos de la CDI y los fallos del TJUE.

José Manuel Cortés Martín
Universidad Pablo de Olavide