

AGRADECIMIENTOS

Resulta extremadamente complejo sintetizar en unas breves líneas mi agradecimiento a aquellas personas sin cuyo apoyo la investigación que ha servido de base al presente libro jamás hubiera comenzado su andadura o, no digamos ya, llegado a término.

En primer lugar, a mi maestro y director de tesis, Enrique Arnaldo Alcubilla, cuyas perennes enseñanzas han cincelado lo mejor de mi condición de jurista. Su confianza, su consejo y su paciencia aportaron los más sólidos cimientos al trabajo de investigación que sirve de base a esta obra, que jamás podré agradecer suficientemente.

Al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y al jurado del Premio Nicolás Pérez-Serrano, que ha considerado esta obra digna de publicación en su prestigiosa colección Estudios Constitucionales, a la par que merecedora de tan insigne galardón.

A Raúl Canosa Usera, de la Universidad Complutense de Madrid, Luis Arroyo Jiménez, de la Universidad de Castilla-La Mancha y Cristina Rodríguez Coarasa, de la Universidad Rey Juan Carlos, que conformaron el prestigioso tribunal que valoró la tesis doctoral en que esta obra encuentra su origen.

A Ibor Fernandes Romero, compañero en tantas empresas y, por encima de cualquier consideración, amigo. A Eduardo Tous, cuya energía, aliento y experiencia me acompañaron todo el camino. A Andrea González y Adriana Belmonte, cuya entrega en lo profesional e innata generosidad me permitió concluir satisfactoriamente la investigación sin descuidar a mis clientes. A Enrique Arnaldo Benzo, inmejorable compañero y amigo.

A toda mi familia, cuyo apoyo y confianza es para mí el más preciado tesoro. En especial, a mi hermano Luis, con su siempre lúcido consejo y sus palabras de aliento en las horas decisivas, y a mi padre, guía y siempre ejemplo a seguir, a quien debo mi elección por el Derecho y mi entusiasmo por la cosa pública, así como las más atinadas —y meritorias— correcciones. A Eduardo Fungairiño, cuya pasión por el Derecho, entrega, capacidad de superación y

sacrificio me han servido y servirán siempre de inspiración. A Camino y Manuel, por su eterna generosidad.

A cuantos desde el ámbito académico me han ofrecido desinteresadamente su consejo y visión. A la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Rey Juan Carlos y a José Manuel Vera, por su ayuda y apoyo permanente. A Xabier Arzoz, a quien por cuya generosidad y consejo estaré siempre agradecido. A mis profesores, y en especial a José Domingo Rodríguez-Martín, por inspirar en mí la vocación docente e investigadora.

Finalmente, y muy especialmente, quisiera agradecer a mi esposa, Paula, que ha sido —lo sabe— mi más principal, valioso y permanente apoyo durante este largo camino. En ella siempre encontré, junto a incontables consejos, una palabra de ánimo y una sonrisa, jamás un reproche, pese a las largas horas y temporadas hurtadas. Su confianza en mis capacidades, su bondad y su generosidad son, todos los días de mi vida, una permanente fuente de vitalidad e inspiración.

ABREVIATURAS

ALC:	Acuerdo de Libre Comercio.
APPRI	Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ASEAN	<i>The Association of South-East Asia Nations</i> (Asociación de Naciones del Sureste Asiático).
BCE	Banco Central Europeo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución española.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CETA	<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i> (Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá).
COREPER	Comité de Representantes Permanentes.
Derecho TTNG	Derecho de los Tratados de «nueva generación».
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional.
DDTC	Declaraciones del Tribunal Constitucional.
DUE	Derecho de la Unión Europea.
E.E.U.U.	Estados Unidos de América.
ISDS	<i>Investor-State Dispute Settlement</i> (Sistema de Tribunales Arbitrales Inversor-Estado).
LF	Ley Fundamental de la República Federal Alemana.
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur (Tratado de Libre Comercio).
NAFTA	<i>North America Free Trade Agreement</i> (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, suscrito entre Canadá, los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos).

ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PCC	Política Comercial Común.
TC	Tribunal Constitucional.
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TNG	Tratado de «Nueva Generación».
TTIP	<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i> (Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América).
TTNG	Tratados de «nueva generación».
SPG	Sistema de Preferencias Arancelarias Generalizadas.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STI	Sistema de Tribunales de Inversión.
SSTJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TMI	Tribunal Multilateral de Inversiones.
UE	Unión Europea.

PRÓLOGO

Las costumbres, sostenía Pitágoras, hacen todo más fácil. Y sencillo resulta para el autor de un libro imaginar un prólogo para su obra. No es aconsejable enmendar costumbres, que diría Góngora. El prólogo —que no es parte del libro, ni siquiera antecedente necesario— es un ornato, a través del cual aquel se adereza en su forma con tal adorno. La literatura es renuente al prólogo, quizá por la suficiencia del novelador o tal vez porque la ficción no necesita ni presentación ni presentador. Sin embargo, en el género ensayístico el autor prefiere ver precedida su obra de un prólogo, que exactamente significa —conforme a su origen etimológico— «antes de la palabra o discurso». El autor ha de buscar con la linterna de Diógenes, de entre los seres honrados, uno que asuma la condición de prologuista, evitando a quienes, aunque honrados, puedan resultar poco proclives a ensalzar las virtudes del prologado, pues no hay nada más odioso que un texto precedido de un prefacio que acaba por denostar a quien lo ha escrito. Y hay ejemplos perfectamente olvidables, por supuesto.

El prologuista ha de ser leal con el autor de la obra y sincero con los potenciales lectores. La nobleza así lo exige. En otro caso habría de renunciar al cargo o petición. Fácil resulta la asunción de la propuesta para el prologuista cuando la obra es sólida, cuando está hormigonada en razones, cuando la calidad se desliza por sus páginas, y cuando el autor demuestra una madurez intelectual sobrada. Es un honor ser invitado a prologar una obra, en cuanto comporta un reconocimiento de *dignitas* o, si se prefiere, de galones derivados de la edad y la experiencia. No es este el primer prólogo que escribo y no encuentro mejor manera de explicarme sobre esta cuestión que como lo hice anteriormente. La finalidad de un prólogo es doble: de una parte, servir de introducción al texto, enmarcarlo con reseña de sus argumentos y aportaciones más reseñables; de otro lado, invitar a su lectura, hacerlo apetecible para quienes se acerquen al mismo. En razón de ello el prologuista asume un compromiso cuando acepta la invitación del autor, de modo que debería desecharlo si sus objeciones, o su distancia con la tesis sostenida o con el método aplicado o las fuentes utilizadas son tan de fondo, tan sustantivas,

que le resulta de todo punto imposible afrontar aquella doble función del prologuista. Conozco algún caso en que este no lo explicitó al autor, quien no tuvo arrestos para evitar la publicación de aquel prólogo, y el resultado fue calamitoso en cuanto el prefacio instaba poco menos que a quemar el libro en una pira, aunque no a su autor, claro está.

Aceptar el reto que me hizo Carlos Sánchez de Pazos, me resultó extraordinariamente sencillo por varias razones. En primer lugar, porque fue mi doctorando en la Universidad Rey Juan Carlos y lo fue desde el inicio de su investigación, en la que esta obra se basa; mal director sería si hubiera pasado por alto alguna deficiencia o limitación, lo que me convertiría en vituperador de algo que, aunque en una mínima parte, es también obra mía como conductor. En segundo lugar, porque antes de que siquiera se planteara la vocación investigadora y académica, tuve la oportunidad de comprobar que Carlos Sánchez de Pazos caminaba con paso firme en la búsqueda de la excelencia como jurista, de la que va dejando rastros inequívocos como profesor, como abogado y como articulista sobre la actualidad jurídica.

En fin, fuera de cualquier apreciación personal que pudiera estar teñida, aunque involuntariamente, de algún tinte subjetivo que mermara su imparcialidad, el reconocimiento al trabajo de Carlos Sánchez de Pazos le llegó también de fuentes externas, y de considerable peso: en concreto, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que le concedió por el libro ahora prologado, *ex aequo*, el Premio Nicolás Pérez Serrano a la mejor tesis doctoral en Derecho Constitucional defendida en 2022, un honor inmenso para este brillante autor, del que tengo la completa certeza, con este texto solo inaugura una muy fructífera obra científica.

Como he ya apuntado la tesis doctoral es el germen y sustento de esta obra, en cuya gestación el doctorando acreditó las mejores cualidades, y así lo reconoció el Tribunal que le otorgó la máxima calificación que la normativa universitaria prevé. El Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Complutense, Raúl Canosa Usera, presidió el Tribunal, cuya composición completaban los profesores Cristina Rodríguez Coarasa, de la Universidad Rey Juan Carlos, y Luis Arroyo Jiménez de la Universidad de Castilla-La Mancha. Un Tribunal de prestigio indudable hizo una encomiable valoración de la tesis de Carlos Sánchez de Pazos, como digo doctorando, pero también ya amigo.

Esta confesión es necesaria, pero al tiempo es compatible con la imparcialidad del prologuista, incapaz de arrastrarse ciegamente por ese sentimiento limpio y auténtico que es la amistad. Como escribe el argentino Eduardo Sacheri, «uno no puede andar por la vida disculpando a sus amigos por el solo hecho de serlo. Tampoco soy tan ingenuo como para suponer que uno es

capaz de sustraerse a sus afectos y a sus pasiones, que uno tiene la idoneidad como para sacrificarlos en el altar de la imparcialidad impoluta. Digamos que uno va por ahí intentando no apartarse del camino debido, tratando de que los amores y los odios no le trastoquen irremediabilmente la lógica». Por ese camino he transitado siempre, renunciando a hacer gala de vacuo favoritismo o de halago subjetivo, pues prefiero moverme dentro de los límites de la razón; ni la pasión ni el sentimiento fraternal me ciegan, como a los perdidos personajes del ensayo de Saramago, ni me hacen desprenderme de un gramo de independencia de criterio.

No temo alejarme de la verdad al reconocer en la presente obra una construcción original, fruto de un valiente esfuerzo por arrojar luz a rincones poco explorados, si bien trascendentales, de nuestro ordenamiento jurídico. Y, muy en particular, de aquella frontera, muchas veces difusa pero siempre de creciente importancia, en que toma forma la vidriosa imbricación de nuestro ordenamiento constitucional con el Derecho de la Unión Europea.

En este complejo pero crucial ámbito, la obra examina las posibilidades de que dispondría la jurisdicción constitucional, ante eventuales, hipotéticas y remotas —si bien no imposibles— colisiones entre la Constitución española y los llamados tratados de «nueva generación», para intervenir en defensa de la Carta Magna. Y ello considerando que estos complejos y ambiciosos acuerdos de libre comercio, así como su Derecho Derivado (referidos conjuntamente en la obra como «Derecho TTNG») gozan de la primacía «supraconstitucional» reconocida por la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre a la integridad del Derecho de la Unión Europea, en el cual se incardinan conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Un análisis, por lo demás, de indudable relevancia general por cuanto resulta plenamente extrapolable, en términos generales, al debate sobre primacía y supremacía en relación con todo el Derecho de la Unión.

En dicho esfuerzo, ciertamente es encomiable el esfuerzo del autor para flotar en el oleaje de la nunca sencilla relación entre primacía y supremacía constitucional, de cuya configuración interna resulta sin duda su piedra angular la ya referida Declaración 1/2004, que como en su día subrayó Roberto García Calvo Delgado sustituyó con un «acuerdo jurisdiccional homologante» lo que debió conformarse a través de una reforma constitucional como la de los demás países de nuestro entorno, orientada a reconocer la primacía, pero también en alguna medida sus excepciones, para compatibilizar tan relevante principio con el no menos relevante consagrado en el artículo 9.1 CE: la supremacía constitucional. Y ello con el inherente beneficio de reforzar las bases de legitimidad de la integración constitucional entre nuestro ordenamiento y el de la Unión Europea.

En cuanto a su estructura, la obra dedica su parte primera al examen de los Tratados de Nueva Generación como categoría jurídica, examinando su origen, su naturaleza, sus elementos comunes y su posición en el sistema de fuentes, así como la transformación de su contenido a la luz del paradigmático Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, que consagraría un enfoque «dual» de estos instrumentos con claros y relevantes efectos en la estrategia de la Unión en cuanto a su proceso de elaboración y suscripción.

Posteriormente, su parte segunda se dedica al examen de la relación entre primacía y supremacía constitucional en la doctrina del Tribunal de Justicia, en el Derecho comparado de otros Estados miembros de la Unión y finalmente en España, antes y después de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004. En este último ámbito, se examinan los efectos del naufragio del Tratado Constitucional en relación con el cual fue emitida, pero también otros elementos relevantes como la aprobación de la Ley 25/2014 de Tratados Internacionales y, muy especialmente, el paradigmático y controvertido Caso *Melloni*, que además de apuntalar la doctrina sentada en la DTC 1/2004 sobre los límites al principio de primacía supondría un punto de inflexión en el debate sobre la integración iusfundamental de nuestro ordenamiento con el de la Unión Europea. Finalmente, y tras analizar críticamente el modelo de relaciones que deriva de todo lo expuesto, se concluye que a la relación entre los Tratados de Nueva Generación —y su Derecho derivado— y la Constitución pueden atribuirse las mismas respuestas que a la relación entre Constitución y Derecho de la Unión. Por tanto, estos instrumentos se revestirán de primacía supraconstitucional como norma general, si bien susceptible de ser excepcionada en algunos supuestos específicos, a tratar en la parte tercera.

Finalmente, y a la luz de lo anterior, en la parte tercera se proponen, siempre desde la perspectiva de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, dos posibilidades de eventual intervención. En primer lugar, la aplicación de los llamados «contralímites» —competencial y materiales—, extraíbles de la interpretación que el Tribunal ha consolidado en torno al artículo 93 CE a partir de la DTC 1/2004. En segundo lugar, una novedosa técnica extraída hermenéuticamente de la STC 26/2014 (Caso *Melloni*), que deriva de la función otorgada por el Tribunal Constitucional al artículo 10.2 CE en su incorporación de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre derechos fundamentales. Una posibilidad susceptible de tomar forma, llegado el caso, en el contexto de la existencia de divergencias interpretativas entre derechos fundamentales entre el supremo intérprete de la Constitución y aquel de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. A ambas se añade, a su vez, un pertinente análisis sobre una tercera posibilidad que algunos autores no dudan en defender, aun-

que no parezca extraerse *stricto sensu* de la DTC 1/2004: la doctrina de la contradicción directa o literal. De hecho, y con base en dicho estudio, se propone una interpretación alternativa que configuraría una solución «intermedia», con la virtud de permitir conciliar las Declaraciones 1/1992 y 1/2004 y que puede sintetizarse en el reconocimiento de un cierto grado de control de constitucionalidad en este ámbito, que aunque no permitiría excepcionar el principio de primacía (en el sentido de impedir el consiguiente desplazamiento constitucional), sí proporcionaría un examen de compatibilidad entre Constitución y Derecho comunitario dirigido a poner de manifiesto la existencia de eventuales e insalvables antinomias como medio para facilitar su corrección por los mecanismos políticos existentes, pertinentemente apoyada en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la modulación de los efectos de sus sentencias.

En este sentido, en fin, la obra se esfuerza deliberadamente, a la manera idealizada anglosajona, por no «razonar desde una conclusión», sino «hacia una conclusión»: esto es, la de qué quiso decir el Tribunal Constitucional en los escasos pronunciamientos existentes y qué debemos interpretar en el supuesto en que esta «hipótesis de laboratorio» pueda tomar forma, en la necesidad de conjugar un adecuado equilibrio entre dos realidades irrenunciables como los son la integración europea y la democracia constitucional.

Es hora de concluir, con el fin de no extender más allá de lo razonable la extensión de este prólogo, y lo hago con uno de los maestros más egregios pensadores, Salvador de Madariaga, que nos ilustra sobre la caracterología del modo de pensar de ingleses, franceses y españoles: «Para el inglés, comprender implica mezclarse con el objeto comprendido... aunque por razones diferentes, el inglés y el español, el hombre acción y el hombre de pasión, no permanecen a distancia del objeto pensado. Para el francés pensar quiere decir mirar con los ojos de la mente. Para la visión intelectual, como para la visión física, hay una distancia entre el ojo y el objeto». Carlos Sánchez de Pazos fue quien me descubrió el libro que acabo de citar, quizá premonitoriamente, para permitirme decir que el prologado suma equilibradamente este conjunto de vertientes, que se reflejan sin duda en la obra que el lector tiene entre sus manos.

Madrid, marzo de 2024.

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA
Magistrado del Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

1. Los Tratados de «Nueva Generación»: antecedentes y evolución como fenómeno jurídico

El último cambio de siglo supuso indudablemente la apertura de un nuevo escenario, desde una perspectiva interna, en el seno de la Unión Europea. Superada la guerra fría y la bipolarización global (también continental), así como el último y trágico conflicto bélico en Europa —la Guerra de los Balcanes—, en el horizonte asomaban retos y oportunidades antes desconocidos para la Unión. Consolidada la arquitectura institucional de pilares del Tratado de Maastricht¹, e integrados los tres nuevos miembros en la Europa de los quince², el nuevo siglo se inauguraría con un empuje sin precedentes en la construcción de una Europa cada vez más extensa, pero también con raíces

¹ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 29 de julio de 1992 (C 191). El mismo sería modificado en dos ocasiones en torno al cambio de siglo: en primer lugar, por el Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 2 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 10 de noviembre de 1997 (97/C 340/01); posteriormente, por el Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 26 de febrero de 2001, publicado el 10 de marzo de 2001 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2001/C 80/01).

² Es decir, la República de Austria, La República de Finlandia y el Reino de Suecia, como resultado del Tratado de Adhesión de 26 de julio de 1994 (94/C 241/07), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 29 de agosto de 1994 (el Reino de Noruega, pese a ser parte firmante del Tratado, no ratificaría el Tratado, renunciando a ingresar en la Unión tras el segundo referéndum negativo en este sentido, celebrado el 28 de noviembre de 1994). Esto es, claro está, sin tener la reunificación alemana producida en 1990 (*Deutsche Wiedervereinigung*), que integraría en las entonces Comunidades Europeas, a través de la República Federal Alemana, a la anteriormente socialista República Democrática Alemana.

cada vez más profundas en lo político y económico, a cada pedalada de esa bicicleta que ha sido y sigue siendo, pese a todo, el proyecto común europeo³.

En el plano de la profundización en los lazos económicos y políticos, junto a la puesta en marcha del ambicioso proyecto para la creación de una moneda común europea, el euro⁴, el impulso del proceso integrador en el Viejo Continente conduciría a la negociación y adopción en el año 2004 de un nuevo Tratado dirigido a establecer una Constitución para Europa⁵. En el campo de la expansión territorial, el quinto proceso de ampliación se saldaría con la adhesión el mismo año de nada menos que diez nuevos Estados⁶, principalmente repúblicas situadas en su día tras el telón de acero. Se extendía así relevantemente hacia el este el territorio de la Unión, legitimando su aspiración de reunir en su seno a todas las naciones de Europa hasta la frontera rusa, y no solo las de su vertiente occidental⁷. El fracaso del llamado «Tratado Constitucional», tras el resultado negativo en 2005 de sendos referendos celebrados en

³ Nos hacemos eco aquí de la conocidísima metáfora de Jacques Delors, Presidente de la Comisión Europea entre los años de 1985 y 1995, quien atribuía a Europa la misma necesidad de seguir avanzando que la de una bicicleta, como el único medio para mantenerse en pie.

⁴ Si bien el impulso para la creación de la moneda única partió del Tratado de Maastricht, la adopción definitiva de dicha divisa por los primeros doce Estados miembros tomaría forma a través del Reglamento (CE) n.º 974/98 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, publicado el siguiente día 11 de mayo y que entraría en vigor el 1 de enero de 1999.

⁵ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

⁶ La República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca se adhirieron a la Unión Europea el día 1 de enero de 2004, por medio del Tratado de adhesión suscrito al efecto y celebrado el 16 de abril de 2003, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 23 de septiembre de 2003 (L 236).

⁷ En este sentido se pronuncia la Declaración Conjunta «Una sola Europa», incorporada al Tratado de Adhesión de, en que expresamente se consigna que «[l]os Estados miembros actuales y adherentes declaramos nuestro total apoyo al proceso continuo, integrador e irreversible de ampliación (...). [E]l objetivo es acoger a Bulgaria y a Rumanía como nuevos miembros de la Unión Europea en el año 2007. (...) Es nuestra voluntad común hacer de Europa un continente de democracia, libertad, paz y progreso. La Unión seguirá esforzándose por evitar nuevas líneas divisorias en Europa y fomentar la estabilidad y la prosperidad aquende y allende las nuevas fronteras de la Unión. Anhelamos trabajar juntos en nuestro empeño común por alcanzar ese objetivo. Nuestra meta es una sola Europa». De hecho, esta aspiración se deja asimismo entrever con claridad en el propio «Tratado Constitucional», negociado por los nuevos 25 países miembros tras la adhesión, cuya denominación es la de Tratado por el que se establece una Constitución para «Europa», y no para la «Unión Europea».

la República Francesa y el Reino de los Países Bajos, no impediría la incorporación en la práctica del contenido sustancial de dicho tratado, comoquiera que recurriendo a denominaciones dotadas de un menor simbolismo «federalista»⁸, en el hoy vigente Tratado de Lisboa⁹.

El nuevo siglo traería consigo a su vez importantes cambios en la proyección externa de la Unión (esto es, en su relación con el resto de actores a escala global), escenario en que la Comunidad se desenvolvía a comienzos de siglo, dentro del margen de sus competencias de acción exterior, como el mayor actor en términos económicos, en cuanto la primera potencia exportadora e importadora del orbe y con el mayor PIB a nivel global¹⁰.

Por esta razón, la llamada «Estrategia de Lisboa»¹¹, adoptada en los albores del nuevo siglo con la mirada puesta en el incremento de la competitividad y la consolidación del crecimiento económico en el Continente¹², se revelaba inescindible del necesario avance paralelo de la agenda externa de la Unión. Una acción exterior enfocada primordialmente, a comienzos de siglo, a través de las ambiciosas iniciativas multilaterales desarrolladas en el marco de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), dirigidas a la promoción de la apertura de mercados y la liberalización del comercio global de bienes y servicios mediante instrumentos basados en normas; muy particular, a través de la llamada Ronda de Doha iniciada en 2001¹³.

Sin embargo, el estancamiento en el año 2006 de la vía multilateral de la OMC, como fruto del fracaso de la Ronda de Doha¹⁴, daría lugar a un nuevo

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 12.ª ed., Madrid, 2017, vol. II, pág. 207.

⁹ Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2007 (2007/C 306/01).

¹⁰ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/160/la-union-europea-y-sus-socios-comerciales>.

¹¹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, tras la reunión celebrada en Lisboa los días 23 y 24 de marzo del año 2000.

¹² Estrategia que, como exponía con claridad su reforma y «relanzamiento» en el año 2005, se fundaba en la existencia en un mercado interno abierto y con normas de elevada calidad, realmente aplicables en ámbitos como la competencia, la innovación, la educación, la investigación y el desarrollo, el empleo y la política social y de cohesión. Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, tras la reunión celebrada en Bruselas los días 22 y 23 de marzo de 2005 (7619/1/05 REV 1).

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países», *LA LEY Unión Europea*, núm. 68, marzo 2019, pág. 3.

¹⁴ El 24 de julio de 2006, Pascal Lamy, Director General de la OMC, reconoció el fracaso de las negociaciones iniciadas en 2001, dando por finalizadas las mismas como

panorama en el contexto exterior que precisaba de una readaptación urgente de la estrategia de la Unión en este ámbito¹⁵. Una respuesta que no tardaría en tomar forma, con toda probabilidad como fruto de la creciente previsibilidad del fracaso en las negociaciones de Doha, siendo así que la evolución de las conversaciones iba revelando con mayor claridad la existencia de dificultades insalvables para conducir a buen puerto acuerdos quizá excesivamente ambiciosos para ser acordados entre más de 150 países, a la vista de las profundas discrepancias de las partes en torno a temas sensibles como las ayudas de estado o la agricultura¹⁶.

En efecto, tan solo unos meses con posterioridad al anuncio de la suspensión de las negociaciones en el seno de la OMC, concretamente el 4 de octubre de 2006, la Comisión emitiría una relevantísima Comunicación denominada «*una Europa global: competir en el mundo. Una contribución a la Estrategia de crecimiento y empleo de la UE*». En la misma, asimilada la parálisis de los avances a través del multilateralismo, se proponía una apuesta firme y decidida por la persecución de los mismos objetivos de apertura de mercados y liberalización del comercio a través de la negociación y firma de nuevos Tratados o Acuerdos de Libre Comercio (en adelante, ALC) y la actualización de los ya existentes, desde una perspectiva bilateral o «birregional»^{17 18}.

En fin, y en los estrictos términos de las conclusiones del referido documento, la Comisión proponía la puesta en marcha de los procesos dirigidos a la negociación, celebración y ratificación de «*una nueva generación de ALC*»¹⁹ dirigida a «*construir una política de comercio exterior más global, integrada y*

fruto de la manifiesta incapacidad de las partes para avanzar en la promoción de los acuerdos.

¹⁵ IRURETAGOENA AGIRREZABALAGA, I., «La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos», en ÁLVAREZ RUBIO, J. J.; DE CASTRO RUANO, J. L., y SOROETA LICERAS, J., *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz-2017*, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, pág. 128.

¹⁶ Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 5.

¹⁷ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Acuerdos comerciales UE de «Nueva Generación»: origen, rasgos y valoración», *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, Documentos de Trabajo del Real Instituto de Estudios Europeos, CEU Ediciones, Madrid, núm. 110/2021, pág. 5.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 2006 «Una Europa global: competir en el mundo» [COM(2006) 567 final – no publicada en el Diario Oficial].

¹⁹ Apartado 5.

orientada al futuro»²⁰, como fundamento de una mayor competitividad y crecimiento económico, lo cual se conseguiría a través de la adaptación de «*los instrumentos de la política comercial de la UE a nuevos desafíos y nuevos socios a fin de garantizar que Europa siga estando abierta al mundo y que otros mercados sigan abiertos a nosotros*»²¹.

En realidad, como la propia Comunicación se encargaba de resaltar, este nuevo enfoque no suponía un rechazo a la vía multilateral a través de la OMC, con la que expresamente se reafirmaba el compromiso futuro de la Unión²² como la mejor vía hacia un comercio global abierto y basado en reglas²³.

Sin embargo, desde un punto de vista cualitativo, se reconocían las dificultades para avanzar en ciertos ámbitos que no estaban listos para el debate multilateral²⁴, y que trascendían de la mera eliminación de barreras arancelarias a la importación de bienes que había caracterizado el núcleo de los anteriores ALC. Así, se defendía por la comunicación, un tratamiento adecuado de los ALC podía contribuir relevantemente a los fines del multilateralismo a través de la promoción con mayor rapidez, pero especialmente con mayor intensidad, de la apertura y la integración²⁵. De esta forma, por ejemplo, la incorporación en estos ALC de cuestiones relevantes como la inversión, la contratación pública, la competencia o los derechos de propiedad industrial podría allanar el terreno a futuros avances del multilateralismo en estos campos²⁶.

Por su parte, desde una perspectiva cuantitativa, se advertía de los efectos adversos que una aproximación restringida a este tipo de instrumentos bilaterales podría producir —como, por ejemplo, la exclusión de las economías más débiles— siendo recomendable, por este preciso motivo, la inserción de los mismos en una estrategia de amplio alcance general, dirigida, por tanto, al fin de liberalizar en la práctica todo el comercio global posible²⁷. Se manifestaba a través de este argumento, teniendo en cuenta lo expuesto, la intención de la Comisión de poner en marcha un ambicioso programa de negociación para la suscripción de ALC con un número sustancial de países o, preferen-

²⁰ Apartado 1.

²¹ *Idem.*

²² Es más, en los estrictos términos de la Comunicación, la Comisión aseguraba que la Unión trabajaría intensamente con el objetivo de reiniciar las negociaciones tan pronto como así lo permitieran las circunstancias de otros países. Apartado 4.2.i).

²³ Apartado 4.2.i).

²⁴ Apartado 4.2.ii).

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

temente, con organizaciones regionales. Y ello, sin perjuicio de que el propio documento se encargaba de prever —por motivos lógicos— los criterios para el establecimiento de las prioridades de la Unión en orden a la selección de los socios preferentes para la negociación y suscripción de estos Tratados (como el potencial del mercado, el nivel de protección frente a los intereses europeos o las negociaciones de posibles competidores), así como de ofrecer ejemplos concretos de mercados prioritarios para la negociación (Estados Unidos, Canadá, ASEAN, Corea, MERCOSUR, India, Rusia, el Consejo de Cooperación del Golfo o China).

En definitiva, la Comunicación «Una Europa global: competir en el mundo» establecía una hoja de ruta definida en la nueva política comercial exterior de la Unión Europea, caracterizada por el afán de suplir las oportunidades perdidas en el naufragio del multilateralismo²⁸ a través una intensa agenda bilateral de negociación de una «nueva generación» de ALC con un mayor número de socios y una mayor ambición en los compromisos a adquirir. En fin, un ambicioso *iter* marcado por sendos objetivos, cualitativo y cuantitativo, dirigido a configurar una extensa —e intensa— red de tratados de «nueva generación» llamados a fomentar normativamente la apertura de los mercados, la liberalización del comercio de bienes y servicios y la regulación estandarizada de un nutrido elenco materias relevantes entre las cuales cabe citar, entre otras, la inversión, la competencia o los derechos de propiedad intelectual.

Instalada la vía, tan solo era cuestión de tiempo la puesta en marcha de la locomotora comunitaria, lo que acontecería significativamente, por motivos evidentes, tras la materialización de la esperada expansión de la Política Comercial Común acometida por el Tratado de Lisboa, cuya entrada en vigor se produjo el día 1 de diciembre de 2009. A partir de dicho momento, la Unión Europea se vería inmersa en un «frenético»²⁹ impulso de negociación, celebración y ratificación de un relevante número de Tratados de libre comercio de «Nueva Generación» (en adelante, TTNG o, en singular TNG), que abarcarían tanto la suscripción de acuerdos con nuevos socios comerciales como la renegociación de anteriores ALC con socios existentes. En este sentido, y desde un punto de vista cronológico pueden citarse en esta línea los TTNG celebrados con Corea del Sur, en el año 2010³⁰,

²⁸ O, quizá más correctamente, el encallamiento.

²⁹ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Acuerdos comerciales UE de «Nueva...», *op. cit.*, pág. 9.

³⁰ Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, firmado en Bruselas el 6 de octubre

Colombia y Perú, en el año 2012³¹ (Tratado al que se uniría en 2016 Ecuador³²), Centroamérica, también en 2012³³, Canadá (CETA), en 2016³⁴, Japón³⁵ y Singapur³⁶, ambos en 2018, Vietnam en 2019³⁷ y, en último térmi-

de 2010, publicado en el DOUE el 14 de mayo de 2011 (L 127). La Unión Europea lo considera indudablemente el primer exponente de los acuerdos de «nueva generación» (véase, en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*», de 14 de octubre de 2015 —COM(2015) 497 final—, aptdo 1.2). Pese a ello, y en parte como consecuencia precisamente de su mayor antigüedad, algunas de las características de este acuerdo son menos ambiciosas que las de otros TTNG. Por ejemplo, y habiendo sido negociado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Acuerdo no abarca a la protección de inversiones.

³¹ Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, firmado en Bruselas el 26 de junio de 2012, publicado en el DOUE el 21 de diciembre de 2012 (L 354).

³² Protocolo de adhesión del acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador, firmado en Bruselas el 11 de noviembre de 2016, publicado en el DOUE el 24 de diciembre de 2016 (L 356/10).

³³ Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, firmado el 29 de junio de 2012, publicado en el DOUE el 15 de diciembre de 2012 (DO L 346). El acuerdo incluye a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Panamá.

³⁴ Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016, publicado en el DOUE el 14 de diciembre de 2017 (L 11/196).

³⁵ Decisión (UE) 2018/1907 del Consejo, de 20 de diciembre de 2018, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una Asociación Económica, firmado el 17 de julio de 2018 en Tokio, publicada en el DOUE el 27 de diciembre de 2018 (L 330/171), produciéndose su entrada en vigor el 1 de febrero de 2019.

³⁶ El Tratado se compone de dos Acuerdos, con muy distinto ritmo de aprobación y entrada en vigor. Por un lado, la Decisión (UE) 2019/1875 del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, firmado el 19 de octubre de 2018, publicada en el DOUE el 14 de noviembre de 2019 (L 294/1). Por el otro, la Decisión (UE) 2018/1676 del Consejo, de 15 de octubre de 2018, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra, publicada en el DOUE el 9 de noviembre de 2018 (L 279/1).

³⁷ Decisión (UE) 2020/753 del Consejo, de 30 de marzo de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, firmado el 30 de junio de 2019 en Hanoi, publicada en el DOUE el día 12 de junio de 2020 (L 186/162), produciéndose su entrada en vigor el 1 de agosto de 2020.

no, sin que se haya producido todavía su entrada en vigor, Nueva Zelanda³⁸ y Chile³⁹ en 2023.

Asimismo, y en adición a los anteriores, existen algunos acuerdos cuyas negociaciones han concluido a la fecha, pendiente la celebración, como el TNG con México, en 2020⁴⁰, o el más temprano acuerdo con MERCOSUR, cuyas negociaciones concluyeron inicialmente en 2019⁴¹, sin perjuicio de lo cual —y pese a ciertos avances— el proceso negociador continúa en curso⁴². Por su parte, en este campo merece una mención explícita, si bien con un ámbito sensiblemente más limitado, el Acuerdo Global de Inversiones con China, cuyas negociaciones concluyeron en 2020⁴³. En adición a lo anterior, en la actualidad se mantienen negociaciones con un relevante número de países, pudiendo destacarse las existentes con Australia, Indonesia o incluso con la India, que han sido finalmente reabiertas en el año 2022⁴⁴ tras el fracaso del anterior

³⁸ Decisión (UE) 2023/1323 del Consejo de 27 de junio de 2023 relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda.

³⁹ Decisión (UE) 2023/2761 del Consejo, de 4 de diciembre de 2023, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Interino de Comercio entre la Unión Europea y la República de Chile.

⁴⁰ El 28 de abril de 2020 concluyeron las negociaciones del Acuerdo Global UE-México, como se anunció por nota de prensa de la Comisión Europea de 28/04/2020. Consultable en inglés a través del siguiente enlace web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_756.

⁴¹ Tras casi dos décadas, el 28 de junio de 2019 concluyeron las negociaciones del Acuerdo de Comercio UE-Mercosur, como se anunció por nota de prensa de la Comisión Europea de 28/06/2019. Consultable a través del siguiente enlace web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_3396. Véase, para más información SANAHUJA, J. A., y DAMIÁN RODRÍGUEZ, J., «Veinte años de negociaciones Unión Europea-Mercosur: Del interregionalismo a la crisis de la globalización», *Documentos de Trabajo*, n° 13 (2ª Época), septiembre de 2019, Fundación Carolina, Madrid.

⁴² En efecto, el proceso de negociación ha sido reabierto en parte en los últimos años, manteniendo el optimismo las partes sobre una cercana conclusión definitiva del texto. En este sentido, el Comunicado de Prensa conjunto del pasado 7 de diciembre de 2023, consultable a través del siguiente enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/news/eu-mercosur-joint-press-statement-2023-12-07_en.

⁴³ El 30 de diciembre de 2020 concluyeron las negociaciones del llamado Acuerdo Global de Inversiones (CAI por sus siglas en inglés, Comprehensive Agreement on Investment), como se anunció por nota de prensa de la Comisión Europea de 30/12/2020. Consultable a través del siguiente enlace web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2542.

⁴⁴ Puede consultarse en inglés la comunicación de la Dirección General de Comercio, de 17 de junio de 2022, a través del siguiente enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/news/eu-and-india-kick-start-ambitious-trade-agenda-2022-06-17_en.

proceso negociador, y ello sin perjuicio de las negociaciones actualmente en suspenso con algunos Estados (Tailandia, Filipinas o Malasia) o el malogrado proceso de negociación con un socio tan trascendental como EE.UU. (TTIP), que la Unión espera retomar tan pronto como las circunstancias lo permitan⁴⁵.

Se ha desplegado por tanto, desde hace algo más de una década, un inmenso esfuerzo por las instituciones de la Unión Europea dirigido al establecimiento de una vasta red de TTNG en todos los continentes, en coherencia con su fin esencial de promoción del «comercio libre y justo» (art. 3.5 TUE)⁴⁶ y del objetivo de su acción exterior de «fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional» (art. 21.2.e TUE). En fin, resulta evidente la voluntad de la Unión de liderar un cambio de paradigma a escala global⁴⁷, en lo que la Comisión ha reconocido como «el programa comercial más ambicioso del mundo»⁴⁸, indudablemente orientado a hacer realidad la predicción de Lester C. Thurow⁴⁹ cuando afirmó, en 1992:

«Gran Bretaña definió las reglas del comercio mundial durante el siglo XIX. Estados Unidos lo hizo durante el siglo XX. En su condición de principal mercado mundial, la Casa de Europa definirá las reglas del comercio mundial durante el siglo XXI, y el resto del mundo sencillamente tendrá que aprender a jugar ese juego económico»⁵⁰.

Como tendremos ocasión de comprobar en mayor detalle, los referidos TTNG ofrecen variaciones relevantes en cuanto a su contenido, lo que deriva de diferentes aspectos como la relación comercial preexistente entre las partes, el momento temporal en que los tratados se negociaron o, por supuesto, las par-

⁴⁵ Véase, MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Acuerdos comerciales UE de «Nueva...», *op. cit.*, pág. 9.

⁴⁶ Artículo 3.5 del Tratado de la Unión Europea.

⁴⁷ IRURETAGOYIENA AGIRREZABALAGA, I., «La política de inversiones internacionales de la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 131.

⁴⁸ Apartado 1.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable», de 14 de octubre de 2015, (COM(2015) 497 final).

⁴⁹ Lester C. Thurow fue un prestigioso economista, Decano de la MIT Sloan School of Management del Instituto Tecnológico de Massachusetts (más conocido como MIT, por sus siglas en inglés *Massachusetts Institute of Technology*) y autor de reconocidas publicaciones en materia de Economía política.

⁵⁰ THUROW, L. C., *Head to Head: The Economic Battle Among Japan, Europe, and America*, Ed. New York Morrow, 1992. Véase DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 5.ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 1125.

particularidades de la negociación individualizada de la que cada específico TNG es fruto⁵¹. Sin embargo, las diferencias entre los TTNG no impiden apreciar elementos comunes entre los mismos, que constituyen, sin lugar a dudas, una «nueva generación» de ALC. En particular, por cuanto su objeto regulador, más «holístico»⁵² u «omnicomprensivo»⁵³ en línea con la hoja de ruta sentada por la Comisión en 2006, desborda indudablemente el de los ALC «clásicos»⁵⁴, escapando de la mera reducción de barreras arancelarias al comercio de bienes para, incidiendo también sobre las barreras de carácter regulatorio o administrativo⁵⁵, adentrarse en el terreno de la regulación de los servicios, la inversión, la eliminación de barreras no arancelarias, la competencia, la propiedad intelectual, la contratación pública o los objetivos de desarrollo sostenible (entre los cuales cabe citar los compromisos adquiridos en materia medioambiental o de condiciones laborales mínimas) a los que ha ido añadiéndose crecientemente otros fines de interés público (protección de los consumidores, buena gobernanza, lucha contra la corrupción, igualdad de género, etcétera). Y ello a la par que incorporan con frecuencia una cierta arquitectura institucional o de gobernanza económica, capaz de producir Derecho vinculante para las partes (son, en este sentido, acuerdos «vivos»⁵⁶), así como, a menudo, un capítulo dedicado a la resolución de controversias⁵⁷. En definitiva, elementos todos ellos

⁵¹ En este sentido la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*», de 7 de julio de 2010 (COM(2010)343 final), apartado 3, expone que un único modelo de acuerdo de inversión con terceros países «no es evidentemente ni viable ni deseable. La Unión tendrá que tener en cuenta cada contexto específico de negociación». Similarmente, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 15, MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Acuerdos comerciales UE de «Nueva Generación...», *op. cit.*, pp. 11, 15 y 18.

⁵² Apartado 2.1 de la Comunicación de la Comisión «*Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*», de 14 de octubre de 2015 (COM(2015) 497 final).

⁵³ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Acuerdos comerciales UE de «Nueva...», *op. cit.*, pág. 6.

⁵⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea...», *op. cit.*, págs. 15-16.

⁵⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. p.3.

⁵⁶ Véase, en este sentido, MENDES, J., «La dimensión administrativa externa del procedimiento normativo de la Unión Europea», en ARROYO JIMÉNEZ, L.; MARTÍN DELGADO, I., y MEIZ CERECEDA, P., *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, pág. 206.

⁵⁷ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Acuerdos comerciales UE de «Nueva ...», *op. cit.*, pág. 10.

que informan la práctica habitual de estos TTNG, pese a la constante revisión y actualización de los criterios generales y particulares a seguir por las instituciones europeas en este campo⁵⁸.

En fin, no resulta descabellado atribuir a la intensa agenda negociadora de la Unión Europea cierta «ansia» hacia la firma de estos TTNG⁵⁹, lo que ha redundado, poco más de una década tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en la confección de una nutrida red de ambiciosos acuerdos de libre comercio de «Nueva Generación». Un entramado de instrumentos convencionales cuyo impacto combinado en el Derecho de la Unión Europea, tanto atendiendo a su número como a su extenso objeto regulador y, en fin, a su capacidad de crear Derecho vinculante, sencillamente no puede ser menospreciado.

Del mismo modo, y aproximándonos ya al objeto de estudio, no parece prudente subestimar el impacto que dicha red de TTNG tendrá en el propio Derecho interno de los Estados miembros (o, más correctamente, en su Derecho «de producción interna»⁶⁰). Y ello tanto de forma indirecta, atendiendo al efecto de los referidos instrumentos sobre el Derecho de la Unión —que,

⁵⁸ Véanse, a este respecto, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*», de 7 de julio de 2010 (COM(2010)343 final); la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*», de 14 de octubre de 2015 (COM(2015) 497 final); la Estrategia global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea, hecha pública bajo el nombre «*Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte*», presentada por la Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y de Seguridad, en el Consejo Europeo celebrado los días 28 y 29 de junio de 2016; el «Documento de Reflexión sobre el Encauzamiento de la Globalización», de la Comisión Europea, de 10 de mayo de 2017 COM(2017) 240; el Documento de Reflexión, de naturaleza sensiblemente más específica que otros documentos examinados, denominado «*Para Una Europa Sostenible De Aquí A 2030*», de la Comisión Europea, de 30 de enero de 2019 (COM (2019) 22) y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 18 de febrero de 2021, denominada «*Revisión de la política comercial - Una política comercial abierta, sostenible y firme*» —COM(2021) 66 final—.

⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 8.

⁶⁰ Siguiendo a TORRES DEL MORAL, cuando se contraponen Derecho comunitario y Derecho «nacional» o «interno», es más adecuada la terminología «Derecho de producción interna» en ya que es tan parte de nuestro ordenamiento jurídico interno el Derecho de la Unión Europea como el Derecho creado por las instituciones nacionales. TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 5.ª ed., Madrid, 2004, Tomo I, pág. 275.

como es lógico, derivará en obligaciones concretas de los Estados miembros—, como, por supuesto, en su proyección directa sobre el propio ordenamiento interno⁶¹, con especial incidencia en el ejercicio nacional de las competencias compartidas en materia de inversiones indirectas y resolución de controversias⁶². Y ello a pesar de que, hasta la fecha, tan solo algunos de los TTNG celebrados han entrado en vigor en su integridad, aplicándose la mayor parte de estos de forma provisional en relación con aquellos ámbitos sometidos a la competencia exclusiva de la Unión Europea⁶³.

Por ese mismo motivo, constatado el indudable impacto de los TTNG sobre el Derecho interno, no cabe descartar *a priori* una posibilidad que, pese a haber pasado relativamente desapercibida —al menos hasta la fecha— en el debate sobre estos formidables instrumentos de Derecho convencional, resulta trascendental. Se trata de la potencial afectación por dichos TTNG a alguno de los principios o preceptos incardinados en la norma suprema de nuestro ordenamiento interno: la Constitución española. Una posibilidad que adquiere una relevancia mayúscula, en particular, donde dicha afectación pueda cristalizar en una antinomia entre un TNG y la Carta Magna.

⁶¹ Téngase en cuenta a este respecto el inequívoco tenor del artículo 216.2 TFUE, que establece que «[l]os acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros».

⁶² Competencias estas últimas que, como hemos visto, exigen la «mixicidad» de los acuerdos atendiendo a lo sentado por el TJUE en su Dictamen 2/15 del TJUE (Pleno), de 16 de mayo 2017.

⁶³ En particular, siguiendo la línea divisoria sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, en que, desde un punto de vista estrictamente competencial, situaría únicamente en el marco de las competencias compartidas por la Unión y los Estados miembros (y, por tanto, demandantes de un acuerdo «mixto» ratificado por los parlamentos nacionales) la regulación de las inversiones «en cartera» o indirectas —que escapaba a la política comercial común ex art. 206 TFUE— y el régimen de resolución de controversias, en este último caso por afectar a las competencias jurisdiccionales de los Estados miembros. En un primer momento, la integridad de los Tratados se negociaba y celebraba de modo conjunto en la modalidad de acuerdo «mixto», lo que habilitaba la aplicación provisional de la sección del Tratado integrada en las competencias exclusivas de la Unión, retrasándose la entrada en vigor de aquellas partes que exigían la ratificación por los Estados miembros (verbigracia, en el caso del CETA suscrito con Canadá). Sin embargo, como se examinará en mayor detalle más adelante, esta línea divisoria provocaría, tras el Dictamen 2/15 emitido en 2017, la disección de los TTNG en dos Tratados separados, lo que aceleraría el proceso de celebración y entrada en vigor de los acuerdos en torno a las competencias exclusivas de la Unión Europea, asumiéndose un ritmo más pausado —en especial, en cuanto se refiere a la ratificación— en relación con los Tratados mixtos a celebrar para la regulación de las inversiones indirectas y los mecanismos de resolución de controversias (es el caso de los TTNG celebrados con Singapur, Vietnam o Japón).

Lo remoto de este escenario, que podemos considerar casi «de laboratorio», no impide imaginar *prima facie* las complejíssimas consecuencias que del mismo se deducirían, y que derivan fundamentalmente de la superación por estos instrumentos convencionales del elenco estrictamente interno de fuentes del Derecho, pero también de la especial posición de los TTNG en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en tanto que normas pertenecientes al Derecho de la Unión. ¿Es posible resolver, en Derecho, un escenario como el que acaba de describirse? ¿Qué papel juega en ello el principio de primacía, en su condición de límite —conforme a la jurisprudencia del TC— al principio de supremacía constitucional como presupuesto esencial habilitante del control de constitucionalidad?

2. La potencial colisión entre los Tratados de «Nueva Generación» y la Constitución Española: ¿un escenario imposible?

1. Pese a su ambicioso objeto regulador, una aproximación prudente a los TTNG permite anticipar que el relevante impacto que los mismos producirán, directa o indirectamente, en el Derecho de producción interna se circunscribirá, por norma, a cuestiones tocantes a la legalidad ordinaria⁶⁴. En otros términos, no es probable *a priori* la afectación por los mismos a la Constitución española, dirigiéndose su objeto —como lo hace— al establecimiento de estándares mínimos en materias de legalidad ordinaria como pueden ser el régimen de aranceles, las barreras no arancelarias, el Derecho de competencia, la propiedad intelectual, la contratación pública, el régimen de protección de datos o ciertos elementos de desarrollo sostenible como los compromisos con el medio ambiente y la defensa de unas condiciones laborales mínimas entre las partes.

2. Sin embargo, la potencial existencia de una antinomia entre los numerosos TTNG⁶⁵ y la Carta Magna no es, en modo alguno, al menos desde un punto

⁶⁴ En este sentido, y como el Dictamen del Consejo de Estado sobre el CETA reconoce expresamente, demandando por tanto la celebración del Tratado por los cauces del artículo 94.1 CE, la suscripción del Tratado afectaría, entre otras, a las siguientes materias reguladas por ley: derechos de aduanas, contratación pública, telecomunicaciones y el régimen de propiedad intelectual. Nada se anticipa, en cambio, respecto de una potencial afectación constitucional que el Consejo de Estado en modo alguno se plantea. Dictamen n.º 9/2017, adoptado por la Comisión Permanente del Consejo de Estado el día 9 de febrero de 2017, apartado «Tercero».

⁶⁵ Debiendo incluirse en tal concepto, claro está, tanto los Tratados ya celebrados como también aquellos en proceso de negociación o que eventualmente puedan tomar forma en el futuro.

de vista potencial, imposible. Aspectos como el vasto régimen regulatorio abarcado, su establecimiento de una arquitectura institucional capaz de crear Derecho e, incluso, el anticipable desarrollo por el Derecho comunitario derivado de las obligaciones derivadas de estos TTNG impiden descartar, a cualquier observador prudente, la eventual aparición de conflictos entre la respuesta exigible conforme a alguno de los TTNG y la letra y espíritu de nuestra Constitución. Y ello, merced tanto a la afectación potencial por estos instrumentos a materias y ámbitos con capacidad potencial de incidir, siquiera tangencialmente, sobre el régimen de derechos fundamentales de los ciudadanos⁶⁶, como, llegado el caso, sobre otros principios o normas constitucionalmente reconocidos. Aspectos a los que podría añadirse llegado el caso, desde una perspectiva formal, el eventual cuestionamiento de la adecuación del cauce escogido para la celebración del Tratado (en el caso de los acuerdos «mixtos» celebrados en el marco de los TTNG) a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución española.

3. Una aproximación superficial a la cuestión podría confiar su solución a la prudente previsión del artículo 95.2 CE que, con buen criterio, introdujo el procedimiento de control previo de los tratados internacionales con el fin de evitar precisamente el que, una vez celebrado, ratificado y en vigor un tratado internacional, pudiese apreciarse su incompatibilidad con la Constitución, evitando así los riesgos innecesarios de una declaración posterior de incompatibilidad con la Constitución española, particularmente en la forma de la responsabilidad internacional del Estado⁶⁷. De esta forma, tomando en consideración el más ambicioso TNG celebrado hasta la fecha (es decir, el CETA suscrito con Canadá)⁶⁸

⁶⁶ En este sentido, como veremos más adelante, la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, pecó quizá de un excesivo optimismo al desechar la posibilidad de una contradicción entre Constitución española y Derecho de la Unión, como acabaría demostrando el Caso *Melloni*, donde una determinada interpretación por el Tribunal Constitucional de uno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española sería revisada para alinearse con el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 26/2014, de 13 de febrero).

⁶⁷ Esa y no otra es la principal función que, junto a la salvaguarda de la supremacía constitucional, el artículo 95.2 CE otorga al Tribunal Constitucional al objeto de evitar, en los propios términos del mismo, «*la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración del inconstitucionalidad de una norma pactada*» (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 1) si el juicio de contraste se verificase una vez que hubiera sido incorporada a nuestro Ordenamiento» (Declaración de inconstitucionalidad n.º 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 1º). En el mismo sentido se pronunció con anterioridad el Dictamen del Consejo de Estado n.º 2544/2004, de 21 de octubre, pág. 28.

⁶⁸ Esto es, desde una perspectiva estrictamente jurídica —y no económica, donde el TNG celebrado con Japón aventaja relevantemente al CETA—, en la medida en que el

las Cortes Generales podrían, de forma previa a la autorización al Gobierno para celebrar el Tratado⁶⁹, solicitar del Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la compatibilidad del acuerdo con la Constitución española, reduciendo por tanto el riesgo de una eventual declaración de inconstitucionalidad *ex post*.

Sin embargo, un análisis más exhaustivo impide confiar, en exclusiva, al artículo 95.2 CE la evitación de los eventuales problemas derivados de la incompatibilidad entre un TNG y la *Norma Normarum*.

En primer lugar, porque la práctica ha demostrado que las Cortes Generales y el Gobierno, lejos de utilizar este cauce para minimizar el riesgo de una declaración de inconstitucionalidad *ex post*, precisamente han optado por evitar el mismo hasta la fecha⁷⁰.

En segundo lugar, dado que incluso de existir la voluntad de los poderes políticos del Estado de recurrir prudentemente a este procedimiento —como es evidente que no ha ocurrido—, tres argumentos revelan la insuficiencia de tal voluntad para garantizar la evitación de antinomias futuras:

- (i) El primero es la constatación de que el control *ex ante* no impide, llegado el caso, la existencia de un control *ex post* de constitucionalidad —a través del recurso de inconstitucionalidad e, incluso superado el plazo para el planteamiento del mismo, a través de la cuestión de inconstitucionalidad—⁷¹.

Comprehensive Economic and Trade Agreement alcanzado con Canadá supone el ejemplo más completo de TNG celebrado hasta la fecha. En este sentido, el CETA se definiría como el «acuerdo más completo de la UE hasta la fecha» en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Comercio para todos Hacia una política de comercio e inversión más responsable», de 14 de octubre de 2015 (COM(2015) 497 final), aptdo. 5.2.1.

⁶⁹ Como veremos, tras el Dictamen n.º 9/2017, adoptado por la Comisión Permanente del Consejo de Estado el día 9 de febrero de 2017, el procedimiento de celebración fue aquel del artículo 94.1 CE.

⁷⁰ En efecto, no solo ninguno de los acuerdos de autorización para la celebración de TTNG han sido precedidos de la correspondiente solicitud al Tribunal Constitucional de declaración de compatibilidad del Tratado *ex art.* 95.2 CE, sino que, incluso, en el caso del CETA celebrado con Canadá, el Pleno del Congreso de los Diputados expresamente desechó el planteamiento de dicho procedimiento en la Sesión Plenaria n.º 53 de la XII Legislatura, celebrada el día 18 de mayo de 2017, rechazando la solicitud en este sentido formulada por el Grupo Parlamentario Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea el 3 de abril de 2017 (Diario de Sesiones n.º 55/2017, pág. 32).

⁷¹ MATÍA PORTILLA, F. J., «Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del estado español en la Unión Europea (comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, mayo-agosto (2005),

- (ii) El segundo es que, incluso si el contenido convencional del TNG no produce la antinomia, el Derecho susceptible de emerger del Tratado a través de sus órganos institucionales podría resultar, en sí mismo, el origen de la antinomia con la Constitución. Estas normas y actos derivados de los TTNG no pueden ignorarse, por tanto, y es por ello que nos referiremos bajo la fórmula de «Derecho TTNG» a todo el universo de normas y actos dictados en aplicación, desarrollo o ejecución de los tratados de «nueva generación», incluyendo los acuerdos internacionales *stricto sensu*, los actos y normas adoptados por los organismos creados en dichos tratados y el Derecho derivado europeo producido en aplicación de ambos.
- (iii) El tercero, trascendental en conjunción con los anteriores, es que, consolidada en la actualidad —tras el Dictamen 2/15 del TJUE— la práctica de segmentar en una estructura «dual» la celebración de los TTNG, arrebatando por tanto a los Estados miembros y sus parlamentos nacionales toda participación respecto de aquellos capítulos de los TTNG relativos a competencias exclusivas de la Unión⁷², en adelante podría resultar imposible recurrir al artículo 95.2 CE para someter a control de constitucionalidad la integridad de futuros TTNG, incluso si existiese voluntad política para ello⁷³. Y es que la vasta mayoría de las previsiones generalmente incluidas en los TTNG, atribuibles conforme al TJUE a competencias exclusivas de la Unión, se insertarían en nuestro ordenamiento jurídico sin intervención alguna de los poderes del Estado, incardinándose en el Derecho de la Unión y gozando de primacía una vez en vigor.

4. No siendo posible, en definitiva, descartar la eventual existencia de una antinomia entre Constitución y TTNG⁷⁴, es inevitable preguntarse cómo

pág. 354, RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 2016, pp. 242 y 244.

⁷² Esto es, en puridad y conforme al TJUE, la abrumadora mayoría de las previsiones de los Tratados, con la única excepción de las relativas a las llamadas inversiones indirectas o «en cartera» y los mecanismos de resolución de controversias.

⁷³ Llama la atención a este respecto, poniendo por ejemplo el TNG celebrado con Japón, ningún Gobierno de los Estados miembros haya solicitado en el seno del Consejo que dicho instrumento fuese celebrado con carácter «mixto», aceptándose por unanimidad la estructura «dual» del acuerdo. En este sentido, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., en «Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 25.

⁷⁴ O, en su caso, entre Constitución y el Derecho derivado de dichos TTNG.

resolver, llegado el caso, el complejísimo escenario que se abriría en caso de una colisión normativa de esta índole. Una complejidad que, muy especialmente, deriva de la naturaleza de estos Tratados de «Nueva Generación» como Derecho de la Unión Europea, naturaleza compartida con los actos y normas emanados de los órganos creados por dichos TTNG, lo que determina a la postre que todo este entramado de normas y actos goce en términos generales, por tanto, de primacía. Y es que dicha constatación nos revela un elemento trascendental de nuestro estudio: en la práctica, el control de constitucionalidad de los TTNG y su Derecho derivado no puede esquivar las dificultades que informan la complejísima relación entre el principio de primacía del Derecho de la Unión y el principio de supremacía constitucional. A la hora de resolver un eventual conflicto normativo, múltiples interrogantes emergen como consecuencia de la entrada en escena del principio de primacía, frente a las pocas respuestas que en contrapartida parece ofrecer, al menos con claridad, el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, resulta en la práctica desaconsejable —por inabarcable— pretender abordar en un único estudio como el presente todas y cada una de las relevantes incógnitas que un escenario de antinomia entre el Derecho TTNG y la Constitución plantearía, algunas de las cuales podrían ocupar, en sí mismas, estudios de similar extensión al presente. Entre otras, puede aludirse al régimen de control de validez de estos instrumentos, o de sus actos derivados, desde un plano estrictamente europeo, materia en la que convendría abordar los retos que esta materia plantea desde la perspectiva de los principios de efecto directo y de autonomía del Derecho de la Unión.

Otro estudio de similar complejidad y extensión podría abarcar, ya en el plano interno, los innumerables interrogantes que emergen en torno a las posibilidades de control de constitucionalidad de estos instrumentos —o de sus actos derivados— desde un punto de vista estrictamente procesal: ¿qué procedimientos, y de qué modo —directo o indirecto—, podrían canalizar un control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con este tipo de instrumentos y su Derecho derivado? Una materia compleja que en este libro se aborda tan solo de forma superficial⁷⁵, y en que, como trataremos sucintamente con ocasión de su relación tangencial con el objeto de estudio aquí concernido, resulta particularmente relevante la posterior y ya comentada apuesta de la Comisión y el Consejo por una estructural «dual» de los acuerdos, que no solo afecta al control de constitucionalidad *ex ante* sino también al control *ex post*, pues respecto de las competencias exclusivas no

⁷⁵ Véase el apartado 3.2.e del Capítulo Cuarto de la Parte Segunda.

sometidas a acuerdos «mixtos» —y por contraste, por ejemplo, con el caso del CETA— no existirá un instrumento de ratificación nacional a través del cual encauzar de forma directa el control de constitucionalidad de estos acuerdos⁷⁶.

5. Así, pues, entre todos estos interrogantes, este libro aspira a ofrecer respuestas respecto del que puede considerarse el principal problema ante el excepcional y extraordinario supuesto propuesto. Sentado que, como veremos en la Parte Primera⁷⁷, los TTNG se incardinan en el Derecho de la Unión y gozan, por tanto, de primacía⁷⁸, ¿es posible aún el control de constitucionalidad en aquellos casos, comoquiera que absolutamente extraordinarios, en que los mismos incurran en una antinomia con la Constitución no remediada por el propio Derecho de la Unión?

6. Un enfoque excesivamente reduccionista respecto de la cuestión planteada (como por ejemplo pudiera ser aquel que limitase su análisis a aquellas antinomias producidas directamente por las previsiones de los tratados celebrados, obviando por tanto su Derecho derivado propio), renunciaría a explicar suficientemente el modo en que nuestro Derecho constitucional se relacionará con dichos instrumentos, así como el impacto futuro que los mismos producirán en nuestro ordenamiento jurídico. Metafóricamente, podríamos decir que una aproximación semejante no sería muy distinta de aquel estudio del «iceberg» que limitase su objeto a la masa superficial del mismo, obviando la masa sumergida que, como es sabido, es muy superior. Y es que la naturaleza de los referidos TTNG de «acuerdos vivos»⁷⁹ se caracteriza por no confiar en exclusiva el cumplimiento de sus objetivos al texto convencional (esto es, entendiendo el tratado como una estación «de llegada») sino precisamente por su pretensión de servir de marco jurídico básico (estación «de partida») para el desarrollo normativo y ejecutivo posterior, tanto por las partes como por las instituciones creadas por el tratado. Desarrollo que permitirá alcanzar y mantener los objetivos del Tratado, y en el que podría residir, por supuesto, la siempre potencial contravención de la Constitución que justificase el ejercicio del control de constitucionalidad.

Es imprescindible no excluir la posibilidad de que una antinomia tenga origen, además de en los TTNG de forma directa, también, potencialmente,

⁷⁶ Véase al respecto el Apartado 2.3 del Capítulo Tercero de la Parte Primera.

⁷⁷ Capítulo Tercero.

⁷⁸ Esto es, a excepción de aquellas previsiones relativas a competencias compartidas incluidas en acuerdos «mixtos» que, por no haber sido ratificados por todos los Estados miembros, no hayan entrado en vigor (momento a partir del cual adquirirían, como veremos y atendiendo a la doctrina *Demirel* del TJUE, naturaleza de Derecho de la Unión).

⁷⁹ MENDES, J., «La dimensión administrativa externa...», *op. cit.*, pág. 206.

en el Derecho derivado de los mismos. Consecuentemente, el presente estudio sobre el principio de primacía en el control de constitucionalidad de los TTNG no puede obviar aquellos actos o normas dictados en aplicación o ejecución del Tratado, bien por la Unión Europea, por nuestro Derecho interno o, en fin, incluso, por los órganos o instituciones creados por los propios TTNG, al que ya hemos denominado «Derecho TTNG». Lo anterior, por lo demás, no genera excesivas complejidades, siendo así que, como se examina en la Parte Primera, este Derecho derivado se inserta también en el Derecho de la Unión, gozando, por tanto, «*cualquiera que sea su rango*»⁸⁰, de primacía en los mismos términos que los propios TTNG.

7. Naturalmente, las dificultades en el acomodo entre la primacía de estos TTNG y la supremacía de la Constitución no son sino una manifestación más de los problemas que emergen inevitablemente en el actual contexto de la Unión Europea donde, ciertamente, existe un proceso de integración inacabado. Y es que, siguiendo a Balaguer Callejón, el ordenamiento jurídico de la Unión no es todavía —ni, puede añadirse, parece que vaya a serlo pronto— un Derecho originario del que derive la validez de los ordenamientos nacionales, como tampoco estos últimos retienen en plenitud su condición de ordenamientos originarios o, en definitiva, su soberanía. De ello deriva el que no exista, en suma, «*una jurisdicción a la que le sea reconocida la competencia para determinar, de manera definitiva, una solución a los problemas jurídicos que se planteen entre los ordenamientos*»⁸¹. Es este, ciertamente, un eterno dilema⁸² de difícil solución⁸³, y que obliga a «reescribir el guión» continuamente⁸⁴, pero cierto es también que en este delicado equilibrio reside, en nuestro tiempo, una integración europea hoy más necesaria que nunca.

⁸⁰ Véase RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica de Derecho constitucional*, Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 2016, pág. 260.

⁸¹ BALAGUER CALLEJÓN, F., en AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 13.

⁸² MATÍA PORTILLA, F. J., Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pág. 483

⁸³ E incluso imposible, siguiendo a AZPITARTE, en tanto no los europeos no identifiquen en la Constitución europea la legitimidad política de la que emerge la primacía. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Nacional: su relación con el Tribunal de Justicia», en CARMONA CONTRERAS, A. M. (coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 203.

⁸⁴ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Diálogo entre jurisdicciones, ultra vires y rabinetas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, enero-abril (2013), pág. 395.

Procederá por tanto navegar las dos aguas del llamado «diálogo entre tribunales», en la búsqueda de respuestas a las principales cuestiones que emergen en torno al supuesto planteado, siempre bajo la conciencia de que cualquier visión del Derecho constitucional orientada hacia el futuro debe persistir en el empeño de hacer realidad sendos grandes proyectos con que el final del siglo xx nos obsequió a los europeos: la democracia y la construcción de Europa⁸⁵.

3. Principales interrogantes en torno a una eventual antinomia entre el «Derecho TTNG» y la Constitución española: control de constitucionalidad, primacía del Derecho de la Unión y supremacía constitucional

Sentada la posibilidad —por remota que esta pueda considerarse— de una futura antinomia entre el Derecho TTNG y la Constitución española, emergen como se ha anticipado numerosos interrogantes en torno a dicho escenario, dotados todos de indudable relevancia; y ello por cuanto el carácter improbable de este fenómeno no conjura las notables dificultades susceptibles de producirse, desde una perspectiva jurídico-constitucional, en tal escenario. Puede fácilmente anticiparse, en fin, que cualquier aproximación al control de constitucionalidad⁸⁶ ante este escenario proporciona, por sí mismo, un buen número de interrogantes de difícil respuesta.

En cambio, como tendremos ocasión de comprobar, entre todos ellos emerge como reto fundamental para este control de constitucionalidad la naturaleza de estos TTNG —y también de su Derecho derivado— de Derecho de la Unión Europea, lo que irremediamente precipita la entrada

⁸⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., en AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁸⁶ Deberá entenderse por lo general, en el marco de este libro, por «control de constitucionalidad» la general acción y efecto del control de adecuación a la Constitución por el Tribunal Constitucional, entendiéndose por tanto incardinado en el mismo también el recurso de amparo u otros, y no debiendo entenderse limitado de forma exclusiva a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad para el control objetivo y concentrado de las normas con rango de ley previstos en el Título II de la LOTC. No debe confundirse, por otro lado, con el «control de constitucionalidad» con que algunos autores han calificado el control por el Tribunal de Justicia de los tratados internacionales suscritos por la Unión. Véase, por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A. (dir.), y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coord.), *«Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo»*, Fundación BBVA, 1.ª ed., 2008, pág. 569.

en juego del principio de primacía del Derecho comunitario y, con él, de las limitaciones que este introduce en el principio de supremacía constitucional. Y es que, ciertamente, donde el objeto de control se inserte, como así sucede con el Derecho TTNG, en el Derecho de la Unión Europea, el principio de supremacía no es ya suficiente, en sí mismo, para informar la delicadísima operación dirigida a determinar los efectos que, en nuestro ordenamiento jurídico, produciría la antinomia entre dicho Derecho y la Constitución. En particular, cabe señalar, tras el giro en la doctrina del Tribunal Constitucional introducido en la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, que acepta la vertiente *supra constitutionis* de dicho principio comunitario y que, como se analizará en detalle, indudablemente condiciona la posibilidad del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad —siquiera mediata— de normas o actos integrados en el Derecho de la Unión. Un escenario o que hace natural preguntarse, siguiendo a Canosa Usera, si «*la apertura constitucional a Europa [y más concretamente, dentro de la misma, a la acción exterior de la Unión Europea] podría conllevar el riesgo de destruir el mismo derecho constitucional que la autoriza*»⁸⁷. Ante esta tesitura, advertida la potencial producción de una antinomia, cabe plantearse si es posible desplegar, en determinados «casos límite», un cierto control de constitucionalidad de este Derecho TTNG, susceptible de restablecer la prevalencia de la Constitución española sobre el instrumento convencional —o su Derecho derivado— potencialmente inconstitucional.

La siguiente pregunta que emerge de modo natural, y que se ha anticipado anteriormente, es aquella a la que se trata de ofrecer, en la medida de lo posible, respuesta: es decir, la de si constituye la primacía del Derecho de la Unión un límite infranqueable para la supremacía constitucional —y, por tanto, también para el control de constitucionalidad de los TTNG— o existe en cambio, en determinados «casos-límite», la posibilidad de vencer su vertiente supraconstitucional para garantizar en último término, donde las instituciones de la Unión no lo hayan hecho previamente, el respeto por el Derecho TTNG a la normatividad de la Constitución.

Así, este libro examina el concreto impacto que el principio de primacía produce en el marco de las posibilidades de control del Derecho TTNG, tratando de ofrecer respuestas a las principales dudas que esta cuestión plantea, sin

⁸⁷ CANOSA USERA, R., «Integración europea y fórmula política de la Constitución», en MORODO LEONCIO, R., y de VEGA GARCÍA, P. (coords.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2001, pág. 836.

perjuicio de aquellas otros múltiples interrogantes que emergen en torno a este control de constitucionalidad y que, por la imposibilidad de ser abordados con suficiente detalle en la presente obra, se reservarán para investigaciones futuras.

En todo caso, y como es lógico, este estudio parte de la Constitución en su contenido y tenor vigente, evitando extenderse sobre eventuales reformas que pertenecen al ámbito de lo futurible y, por tanto, inexistente. Ello no obsta, sin embargo, a que en la reflexión final de esta obra se proponga una reforma de la Carta Magna dirigida a mejorar y clarificar la función de cláusula europea del artículo 93 CE, en los términos que entonces se desarrollarán.

4. Estructura del libro: Tratados de «Nueva Generación», supremacía y primacía supraconstitucional como elementos de imprescindible estudio previo al examen del escenario propuesto

La estructura del presente libro consiste de tres partes diferenciadas, todas ellas imprescindibles para abordar los interrogantes que ofrece el escenario planteado, en que se entremezclan los Tratados de «Nueva Generación», la primacía del Derecho europeo —en su vertiente supraconstitucional— y la supremacía.

Como presupuesto básico del estudio, la Parte Primera aborda el origen, la evolución y los elementos característicos de este los tratados de «nueva generación» como fenómeno específico en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión. Particular atención merece el estudio de la naturaleza de estos instrumentos como Derecho de la Unión Europea, así como de los actos y normas emanados de los órganos creados por los TTNG, lo que determina a la postre que todo este «Derecho TTNG» goce en términos generales, por tanto, de primacía. Lo anterior nos revela una realidad que este estudio no puede obviar, y que influye de modo determinante en el mismo: en la práctica, el control de constitucionalidad de los TTNG y su Derecho derivado debe enfrentarse a las dificultades que informan la complejísima relación entre el principio de primacía del Derecho de la Unión y el principio de supremacía constitucional.

Tratada ya la naturaleza de los TTNG y su Derecho derivado, la Parte Segunda del libro se dirige, tras un breve examen del principio de supremacía constitucional como presupuesto habilitante del control de constitucionalidad, al estudio del principio de primacía del Derecho de la Unión y su compleja relación con el principio de supremacía constitucional. Comenzando por