

**SOBRE LA VINCULATORIEDAD DE LA PESC Y EL ESPACIO AEREO COMO
TERRITORIO DE UN ESTADO (COMENTARIO AL AUTO DEL TS ESPAÑOL
DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2020, SALA DE LO PENAL)**

Por

ARACELI MANGAS MARTIN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad Complutense de Madrid
Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Europeo 53 (2021)

RESUMEN: El Tribunal Supremo español ha confirmado que el espacio aéreo de un Estado forma parte del territorio e incluye los aeropuertos y zonas de tránsito. En todo ese territorio deben cumplirse las normas de la UE. Sin embargo, el Tribunal Supremo hace una afirmación censurable: excluye la Decisión adoptada en el marco de la PESC de las fuentes obligatorias de derecho derivado de la UE. El TS español califica las obligaciones PESC como políticas (cumplimiento voluntario).

PALABRAS CLAVE: Decisión UE, Obligatoriedad PESC, control de la PESC, territorio de un Estado miembro, espacio aéreo, zonas de tránsito aeroportuarias.

SUMARIO: I.- CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO. II.- ESPACIO AÉREO Y AEROPUERTOS: TERRITORIO NACIONAL. III.- VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES PESC Y CONSECUENCIAS. 1. Alcance de la prohibición de entrada en la Decisión de 2017. 2. La obligatoriedad de los actos de la PESC. IV.- BREVES CONCLUSIONES.

**ON THE BINDABILITY OF CFSP AND STATE'S AIRSPACE AS NATIONAL
TERRITORY (A COMMENTARY ON THE SPANISH SUPREME COURT
ORDER OF 26 NOVEMBER 2020, CHAMBER FOR CRIMINAL MATTERS)**

ABSTRACT: The Spanish Supreme Court has confirmed that the airspace of a State is part of the territory and includes airports and transit areas. The EU rules must be complied with throughout this territory. However, the Supreme Court makes a reprehensible assertion: it excludes the Decision taken under the CFSP framework from mandatory sources of EU secondary law. The Spanish Supreme Court qualifies the CFSP obligations as political (voluntary compliance).

KEYWORDS: EU Decision, CFSP mandatory, CFSP control, territory of a Member State, airspace, airport transit zones.

Fecha de recepción: 18.1.2021.

Fecha de aceptación: 22.01.2021.

I. CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO

La Decisión PESC 2017/2074 del Consejo de la Unión Europea ordenaba sanciones diversas acordadas en relación con la situación política en Venezuela¹.

Eran restricciones de exportación de bienes que pudieran utilizarse en la represión de la población (embargo de armas y de equipos para represión interna), restricciones de admisión (prohibición de viajar) en los Estados miembros de la UE de dirigentes políticos identificados en una lista (anexo I) e inmovilización de activos económicos de propiedad, titularidad, tenencia o control de responsables políticos enumeradas en la lista. A las personas sancionadas se les comunica el contenido y la posibilidad de hacer observaciones, además de poder impugnar la Decisión ante el Tribunal de Justicia de la UE. Sin embargo, entonces, no incluyó nombres de personas físicas ni jurídicas.

En enero de 2018 se incluyó a siete personas; y tras el fraude masivo en las elecciones presidenciales, la UE añadió once sancionados más en el anexo I. El Consejo reconoció “que las elecciones celebradas en Venezuela el 20 de mayo de 2018 no habían sido ni libres ni justas, y que tanto las elecciones como sus resultados carecían de credibilidad, ya que el proceso electoral no había contado con las garantías necesarias para unas elecciones integradoras y democráticas”. Por ello, ordenó incluir a once personas en la lista de personas físicas y jurídicas, entidades y organismos sujetos a medidas restrictivas, entre las que se encontraba Dña. Delcy Eloína Rodríguez, vicepresidenta de la República Bolivariana de Venezuela².

La Decisión de base de 2017 ha sido sucesivamente prorrogada en 2019 y 2020 ante la persistencia de la “crisis política, económica, social y humanitaria en Venezuela y las acciones persistentes que socavan la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos”. Los abusos de poder del gobierno y dirigentes venezolanos, las violaciones masivas y graves de los derechos humanos en forma de asesinatos, torturas, detenciones ilegales, represión de los indígenas y toda suerte de privación de derechos a la población³, la extracción de los recursos públicos y la violación sistemática de la propia Constitución venezolana -marginación y suplantación de su Parlamento elegido-

¹ Decisión (PESC) 2017/2074 del Consejo, de 13 de noviembre de 2017, relativa a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela (DO L 295 de 14.11.2017).

² Decisión (PESC) 2018/901 del Consejo de 25 de junio de 2018 (DO L 160 de 25.06.2018). En la motivación se señala: “Es vicepresidenta de Venezuela, fue presidenta de la Asamblea Constituyente ilegítima y fue miembro de la Comisión Presidencial para dicha Asamblea. Sus acciones en el marco de la Comisión Presidencial y, a continuación, como presidenta de la Asamblea Constituyente ilegítima han menoscabado la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela, en particular mediante la usurpación de las competencias de la Asamblea Nacional y su utilización para atacar a la oposición e impedirle su participación en el proceso político.”

³ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, A/HR/41/18.

por el gobierno de Maduro eran hechos notorios que fundaban las sanciones de la UE contra concretos responsables políticos venezolanos.

Varios partidos políticos españoles presentaron querrela contra el ministro español de Fomento, José Luis Ábalos, por prevaricación y otros delitos al haber admitido su presencia en el espacio aéreo español y en la tierra firme del aeropuerto de Barajas violando normas en vigor en España. El asunto fue visto, por distintos motivos, por un juez de primera instancia y por el Tribunal Supremo⁴, en el que se centra mi análisis.

En relación con este caso interesa abordar dos grandes cuestiones jurídicas. Una, que acaparó la polémica en los medios de comunicación y se aborda por el Auto del Tribunal Supremo, sobre si entró o no la vicepresidenta en territorio español al no salir del aeropuerto “Adolfo Suárez” de Madrid-Barajas. Y la segunda, suscitada por el Auto, sobre el carácter político o no vinculante de las normas de la Política Exterior y de Seguridad de la Unión (PESC).

II. ESPACIO AÉREO Y AEROPUERTOS: TERRITORIO NACIONAL

La polémica se disparó en España debido a que el ministro de Fomento (el socialista José Luis Ábalos), sorprendentemente designado para ir a recibir a la vicepresidenta venezolana sancionada, negó en media docena de ocasiones -como recoge el Auto del Tribunal Supremo, fund. 3- haber estado con la vicepresidenta. Ante las pruebas evidentes dadas por los medios de comunicación, finalmente reconoció que era cierto; y entonces pasó a negar que el aeropuerto de Barajas fuera territorio español, dado -según aseguraba- que la persona sancionada nunca salió de la zona de tránsito ni pasó por control de pasaportes de la Policía Nacional. Que nunca estuvo en España la vicepresidenta venezolana, aunque transcurrieran más de 20 horas entre el tiempo pasado en el espacio aéreo español y la tediosa espera en la Sala VIP de Barajas.

Sin embargo, la errónea e interesada calificación de ministro Ábalos del aeropuerto y su zona de tránsito como espacio no español, fue seguida por una parte de la prensa y lo que es más grave por un juez de Primera instancia que tuvo que pronunciarse unos meses después sobre una querrela por estos hechos contra diversos funcionarios. El titular del juzgado de instrucción núm. 31 de Madrid, Antonio Serrano Arnal -famoso en la prensa *rosa* y por sus controvertidas actuaciones judiciales-, dictó el 11 de noviembre de 2020 un auto por el que sobreseía el procedimiento. Basaba su decisión en una disposición administrativa (Real Decreto 557/2011 que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) que describe que “se encuentra

⁴ Causa especial núm.20084/2020, Ponente, D. Manuel Marchena Gómez; ATS 10453/2020 - ECLI: ES:TS:2020:10453A.

en tránsito aeroportuario aquel extranjero habilitado para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español sin acceder al territorio nacional durante las escalas o enlaces de vuelo”. Deduce de esa ficción legal para el tránsito legal y los puntos fronterizos aeroportuarios la disparatada consecuencia de que tales zonas no son parte del territorio de España. Lo grave es que el fiscal compartió la aberrante idea con el juez. Juez y fiscalía optaron por no tener en cuenta a la ley española⁵, los convenios que obligan a España⁶, el derecho europeo y la clara y expresa jurisprudencia constitucional y europea.

Afortunadamente el Tribunal Supremo, en el Auto que comentamos, corrigió ese error mayúsculo del juez de Madrid que había mermado la soberanía territorial española.

Es de manual en los estudios de Derecho que el territorio de un Estado comprende la superficie terrestre -con su prolongación sumergida, la plataforma continental-, también sus espacios marítimos de soberanía (aguas interiores y mar territorial) y, sobre todo, su prolongación vertical, el espacio aéreo. Desde el solar común de civilización que es el Derecho Romano, *quien es dueño del suelo es dueño del vuelo*.

El espacio aéreo comprende toda la columna de aire sobre la superficie terrestre (lacustre y fluvial) y sobre los espacios marítimos de soberanía de un Estado. En el espacio aéreo la soberanía se ejerce con exclusividad y plenitud (sin servidumbres, salvo las admitidas voluntariamente en convenios en vigor). El TS afirma que “la vicepresidenta venezolana entró en territorio español y se mantuvo en él mientras duró su estancia en España... a partir de la simple constatación de que la frontera de un Estado, conforme a categorías históricas no discutidas en la dogmática del derecho internacional, puede ser terrestre, aérea, marítima, fluvial y lacustre, sin que pueda afirmarse la existencia de *terras nullius*, ajenas a cualquier jurisdicción” (fund. jurídico 3.2).

Por tanto, desde que el avión privado -fletado expresamente por el Gobierno venezolano para esa entrevista- cruzó la frontera aérea española, el TS estima correctamente que “el acceso al territorio español -y, por consiguiente, al de la Unión Europea- se produjo desde el momento en que la aeronave sobrevoló espacio aéreo español” (fund. 3.2). El Auto del Tribunal Supremo señala con precisión que un

⁵ Ley 48/1960 sobre navegación aérea: “El espacio aéreo situado sobre el territorio español y el mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español” (art. 1, *BOE* de 23 de julio de 1960).

⁶ El Convenio de Chicago de 1944 de aviación civil establece que “Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio (art. 1, *BOE* de 29.12.1969).

La Convención de Montego-Bay de 1982 sobre Derecho del Mar reconoce que “la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores” a su mar territorial y “esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar” (art. 2, *BOE* de 14.2.1982).

aeropuerto como el de Madrid-Barajas “representa la base física sobre la que se proyecta el ejercicio de la función jurisdiccional”.

Sin mencionar el disparatado Auto del Juzgado de Instrucción núm. 31 de Madrid, declara que la zona de tránsito “se trata, en fin, de una zona funcionalmente habilitada para permanecer en el aeropuerto sin cumplimentar las exigencias administrativas de entrada que se impone a cualquier extranjero que desea superar un punto fronterizo de nuestro territorio”. Afirma que entró en el territorio español al cruzar el espacio aéreo español; también las horas pasadas en Barajas son incluidas por el TS. Fueron muchas horas, durante el sobrevuelo al entrar y salir de España, y mientras deambuló por la zona de tránsito del aeropuerto de Madrid. Impecable la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Precisamente, el Reglamento 2017/2063 del Consejo -que desarrolla las sanciones por tráficos ilícitos militares e informáticos con Venezuela⁷- define que el “territorio de la Unión”, al que se refieren las prohibiciones, son “los territorios de los Estados miembros, incluido su espacio aéreo”. Tampoco hay ambigüedad en el Derecho de la Unión sobre el espacio aéreo nacional como parte del territorio del Estado miembro.

En los aeropuertos (como en los puertos) no hay ninguna zona neutral o frontera o línea fronteriza y no hay ninguna “tierra de nadie” (*No man's land*). No hay espacios muertos. En instalaciones próximas a las pistas de aterrizaje (o en las de desembarco portuario) se ejerce la función soberana del control fronterizo. Ahora bien, hasta llegar a esa zona donde los viajeros son identificados, todo su terreno es territorio nacional.

Es errónea la denominación de *zona internacional* de un aeropuerto, pues no goza de estatuto internacional. La denominación da a entender algo falso, que escapa a la soberanía y al ordenamiento territorial. Cualquier conducta o acto delictivo cometido en esa zona se somete a la ley y jurisdicción nacional; no es una *terra nullius* o sin soberano.

Esas zonas son técnicamente zona de tránsito dentro del territorio nacional a fin de ejercer la función de control fronterizo que es imposible hacer en el aire en el preciso momento del cruce de la frontera aérea, o dentro de la aeronave al aterrizar, o cuando bajan la escalera o salen del *finger*. Si una persona está en tránsito o no reúne las condiciones para la admisión se queda en las salas próximas dentro de las zonas de tránsito, espacio previo o liminar al cruce formal del puesto fronterizo que permite la plena deambulación por el territorio nacional, hasta que haga su tránsito, se resuelva su devolución, o su detención, o solicite asilo.

⁷ Reglamento (UE) 2017/2063 del Consejo de 13 de noviembre de 2017 relativo a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela (DO L 295, 14.11.2017).

El TS confirma que “el Aeropuerto de Barajas está enclavado en territorio español y sobre él ejercen soberanía las autoridades españolas”, precisando que “con absoluta independencia de la terminal a la que se dirigiera y de la zona del aeropuerto por la que la dirigente bolivariana transitara, la vulneración del mandato emanado del Consejo ya se había consumado”.

Al referirse a personas físicas, la Decisión 2017/2074 del Consejo de 13 de noviembre de 2017 explicita que a los sancionados venezolanos no se les puede permitir que entren ni en zonas de tránsito. La prohibición para el ingreso es en la totalidad del territorio de soberanía. No pueden entrar en el espacio aéreo ni para escala técnica.

Se llegó a decir que fue escala técnica del avión. Si un vuelo o personas dentro de la aeronave no pueden entrar en el espacio aéreo tampoco pueden entrar para escala técnica. La escala técnica, según las normas de la OACI, solo se permite para repostar o reparar daños graves en la aeronave o atender a personas en extrema gravedad. Al desembarcar personas (como el ministro venezolano de Turismo -no sujeto a sanción- que viajaba junto a la vicepresidenta venezolana) ya fue una escala ordinaria. Pero en escala técnica siguen estando en territorio español.

El Tribunal de Justicia de la UE ha afirmado que “las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los Estados miembros no deben excluirse” del ámbito de aplicación territorial de los Tratados, “ni prevén excepciones relativas a ellas”⁸.

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ y del Tribunal Constitucional no dejan dudas: “no cabe, sin embargo, deducir que la llamada ‘zona internacional’ del aeropuerto... no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española”¹⁰. Es irrelevante que se pase o no por el control fronterizo. Cruzar positivamente ese control (reunir los requisitos para la admisión) es lo que permite a un extranjero la libertad de deambulación por el territorio nacional de un Estado.

III. VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES PESC Y CONSECUENCIAS

1. Alcance de la prohibición de entrada en la Decisión de 2017

Ya he señalado que una de las sanciones incluidas en la Decisión de la UE es la prohibición de admisión en el territorio de los Estados miembros. No es una sugerencia o recomendación o un consejo o una orientación. La Decisión de 2017/2074 ordena que,

⁸ TJUE, sentencia de 4.05.2017, *Oussama El Dakkak*, C-17/16, ECLI:EU:C:2017:341, ap. 25 y 41.

⁹ TEDH, sentencia de 1996, *Amuur c. Francia*, nº 19776/92.

¹⁰ Auto 55/1996 de 6 de marzo, ECLI:ES:TC:1996:55ª.

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir que entren en su territorio o transiten por él: a) las personas físicas responsables de violaciones o abusos graves de los derechos humanos o de la represión de la sociedad civil y la oposición democrática en Venezuela, b) las personas físicas cuya actuación, políticas o actividades menoscaban de otro modo la democracia o el Estado de Derecho en Venezuela, enumeradas en el anexo I” (art. 6).

La prohibición de viaje a la vicepresidenta venezolana es de junio de 2018; desde entonces su nombre estaba en el sistema informático de la UE. La Administración aeroportuaria de destino tiene siempre información exacta de todo avión público o privado o comercial extranjero que solicita autorización para aterrizar y de las personas que viajan en él. El Ministerio del Interior sabía quién viajaba a España. Todo ingreso en el territorio español, como en toda la UE, requiere controles cruzados con sistemas electrónicos (Sistema de Información Schengen, SIS II) con descripción de nacionales de terceros países a efectos de denegación de entrada o de estancia. El Ministerio del Interior debió haber comunicado que no autorizaba el aterrizaje y, por tanto, no debió despegar con destino Madrid o ser desviado a un tercer Estado (o por el corredor del Estrecho).

El Gobierno de España aceptó violar una norma europea que imponía una determinada conducta; norma europea que forma parte de nuestro Estado de Derecho. El Gobierno de España, al autorizar su ingreso, sabía que violaba la prorrogada Decisión 2017/2074 y la Decisión 2018/901 que le prohíbe expresamente a la citada vicepresidenta la entrada en la UE. Así lo reconoce el TS: “Descartada cualquier duda acerca del hecho de que Dña. Delcy Rodríguez accedió a territorio español y vulneró así la decisión PESC 2017/2074” (fund. 3.2) .

Ahora bien, el Tribunal Supremo parece que limita la ilicitud a la actitud de la vicepresidenta venezolana y no enjuicia la conducta gubernamental ni la actividad anfitriona del ministro si era conforme a lo que de ella se esperaba según el mandato de la norma europea. Ese era el objetivo legítimo de los querellantes. A éstos les importaba tanto confirmar la entrada ilícita de la vicepresidenta como constatar quien o quienes lo consintieron intencionadamente a sabiendas de su ilicitud (prevaricación) y cooperaron en el ilícito comunitario. El TS excluye toda responsabilidad penal de la violación intencionada de esa norma de la UE.

Tales consideraciones, acertadas o no, quedan fuera del análisis a la luz del derecho internacional y de la UE que limitan este análisis. El TS asegura que enjuiciar el respeto de las normas de la UE no le incumbe pues afirma que “el control de su vigencia y su fiscalización incumbe al propio Consejo” (fund. 3.2.2). Abordamos, entonces, el examen de la obligatoriedad o no de las Decisiones PESC y de su control.

2. La obligatoriedad de los actos de la PESc

El Tribunal Supremo hace una afirmación sin razonarla o fundamentarla: “Las obligaciones derivadas de las decisiones PESc tienen una naturaleza esencialmente política. Su incumplimiento implica la vulneración de una obligación en el ámbito de la política exterior de la Unión Europea” (fund. 3.2.3). Estima su naturaleza no normativa (“política”) al tiempo que reconoce que su incumplimiento vulnera una obligación, aunque en ese ámbito de la PESc. Reconoce que el Gobierno de España no se acogió al par de excepciones en las que cabría admitir la entrada de una persona sancionada. Las excepciones, bien delimitadas, no debilitan el carácter normativo de una norma.

Es sensato “sostener que cualquier vulneración por una autoridad española de una decisión PESc ha de ser calificada como constitutiva de un delito de prevaricación”; no obstante, lo que no está justificado es que deduzca que no hay delito por “la propia naturaleza del mandato incumplido”. Vuelve a excluir el carácter vinculante u obligatorio de las decisiones PESc. Y es curioso que concluye que las decisiones son una “una obligación singular”, que no se encuentran entre las “obligaciones formales derivadas de la aplicación de reglamentos, directivas, recomendaciones y dictámenes” (fund. 3.2.2). Craso error.

El TS no se molestó en leer el capital precepto sobre los actos derivados obligatorios: reglamentos, directivas y decisiones (art. 288 TFUE). Y allí se califica a la decisión como “obligatoria en todos sus elementos” para sus destinatarios. Y otro error sorprendente es que el TS, tras esconder las decisiones como acto típico vinculante, incluye a recomendaciones y dictámenes como “obligaciones formales” de la UE. Justamente, el art. 288 TFUE expresamente excluye que recomendaciones y dictámenes “no serán vinculantes”. Todo al revés de lo previsto por el art. 288 TFUE.

Tras esas correcciones técnicas, concluye el TS que una obligación de carácter político no admite, en caso de incumplimiento, otra responsabilidad que la que se dirime en ese ámbito. No sé qué consecuencia hubiera tenido para las querellas si hubiera apreciado correctamente que las Decisiones no son obligaciones políticas sino normativas.

Su fiscalización incumbe al Consejo, según el TS. El Tribunal Supremo parece deducir -no lo dice expresamente- que como la Comisión no puede demandar a un Estado por incumplimiento, tampoco los tribunales internos pueden enjuiciar a los Estados destinatarios de las normas PESc.

Es bien sabido que la competencia en materia de PESc de la UE es muy peculiar y no encaja en la tipología general por sus caracteres tan distintos (art. 2.4 TFUE). Se rige por sus bases propias (“por reglas y procedimientos específicos”, art. 24.1 TUE)

alterando el ejercicio del alcance de las competencias de las Instituciones (en especial de los dos guardianas de los Tratados como son la Comisión y el TJUE).

Así, sobre las decisiones sobre materia de PESC no cabe demanda por infracción de la Comisión contra un Estado miembro ante el TJUE ni por parte de otro Estado miembro (art. 275 TFUE y 24.1 TUE)¹¹. Y tampoco cabe interponer cuestiones prejudiciales sobre disposiciones de la PESC y su aplicación (interpretación o apreciación de validez)¹². Sobre las decisiones PESC de la UE solo cabe el recurso de anulación por parte de las personas y entidades sancionadas a las que se restringen sus derechos¹³, pero no cabe acción judicial europea por su violación contra las autoridades nacionales infractoras.

La exención del control jurisdiccional no significa que tales actos no sean vinculantes y puedan no ser respetados e incumplidos. Los Estados conservan la obligación de no hacer o de abstención de actos que impidan su respeto, así como la obligación de hacer lo necesario para asegurar su cumplimiento.

El art. 28.2 TUE proclama que en el marco de la PESC “las decisiones... serán vinculantes para los Estados miembros en las posiciones que adopten y en el desarrollo de su acción”. Es claro.

Y buena prueba es que la Decisión 2017/2074 proclama que “Queda prohibido participar, de manera consciente y deliberada, en actividades cuyo objeto o efecto sea eludir las medidas establecidas en la presente Decisión” (art. 10). La obligación de respeto es clara y los destinatarios de esta Decisión son los Estados miembros, todas las autoridades implicadas en su aplicación, incluidos los jueces nacionales. También el art. 6 citado abona el carácter vinculante de las decisiones PESC para sus destinatarios: los poderes públicos estatales de la UE.

Es claro que algunos poderes generales de la Comisión y del TJUE se ven limitados en el campo de la PESC. Las instituciones tienen competencias de atribución, tal como proclama el artículo 13.2 TUE desde la fundación en los años cincuenta: “Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos condiciones y fines establecidos en los mismos”. No pueden, pues, ampliar su competencia más allá de lo que establece el tenor de éstos.

¹¹ “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas” (art. 275 TFUE). Sin embargo, sí cabe recurso de nulidad para Decisiones PESC que contengan la manifestación del consentimiento a un tratado internacional.

¹² Aunque esta posición tiene matices si se trata de controlar la legalidad que afecte a personas físicas y jurídicas (TJUE, 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236).

¹³ Tal como confirman los arts. 24 TUE y 275 TFUE, solo cabe el “control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas”.

Sin embargo, los Estados no tienen limitados sus poderes para ejecutar las obligaciones contraídas en la UE.

Hace ya tiempo que el TJUE alertó de que “los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan en materia de política exterior y de seguridad respetando el Derecho comunitario...”¹⁴.

Y el artículo 24.3 del TUE establece una obligación general de los Estados miembros de “apoyo activo y sin reservas” a la PESC. Claro que otros deberes generales de los Estados establecidos en los tratados desde su fundación en los años cincuenta rigen plenamente para los Estados miembros; el artículo 24.3 TUE recuerda “el espíritu de lealtad y solidaridad”, “respetar la acción de la Unión”, “Se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales”..., son obligaciones para clarificar que lo que se acuerda válidamente en la PESC es *vinculante para los Estados miembros, al margen de la fragilidad de los medios de control de la aplicación*. Y ese mismo artículo 24.3 TUE se cierra con un encargo de vigilancia: “El Consejo y el Alto Representante velarán por que se respeten estos principios”. Si el Consejo tiene el poder de decisión en PESC, al Alto Representante le corresponde la ejecución (art. 24.1 TUE). Es cierto que se desconoce si otros Estados miembros se interesaron por esta peculiar vulneración española. Lo que sí sabemos es que el Alto Representante no se sintió motivado a requerir explicaciones a un gobierno del que había formado parte poco antes.

Luego, la PESC no queda descontrolada en su aplicación. Los Tratados designan al Consejo y a la Comisión, de forma muy concreta a su vicepresidente y Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, como las instituciones encargadas de velar por la coherencia de la acción exterior de la UE y por el respeto a sus principios (art. 16.6 y 18.4 TUE). Otra cosa es que la exclusión de los poderes de control de la Comisión y del TJUE en las decisiones PESC las deja en una zona más propia del derecho internacional y las relaciones políticas internacionales.

Una cosa es que no cabe el procedimiento por infracción y otra que el Alto Representante no deba velar por el respeto de las normas PESC¹⁵. No solo debe ser imparcial sino parecerlo. No parece que velara por la coherencia y principios de la política exterior.

¹⁴ TJUE, 14 de enero de 1997, *Centro-Com*, C-124/95, ECLI:EU:C:1997:8.

¹⁵ 10 de febrero de 2020, P9_PV(2020)02-10, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2020-02-10-INT-1-031-0000_ES.html. Como dijo después el eurodiputado interpelante (Jordi Cañas, Cs): “Me habría gustado que hubiera actuado como alto representante y no como exministro de Asuntos Exteriores del señor Sánchez”. Por el contrario, los grupos socialista y de Podemos estimaron que no era una cuestión de la UE la aplicación de una norma europea sino una cuestión interna.

El Parlamento Europeo al menos conserva su derecho a interponer preguntas orales, escritas y debates sobre la PESC. Hubo un número importante de preguntas escritas sobre el viaje a España de la vicepresidenta sancionada por la UE. La contestación fue correcta por parte del Alto Representante, eludiendo su responsabilidad de vigilancia, pero contextualizando mejor la peculiar situación de la PESC: "...es importante recordar que la responsabilidad última de la correcta aplicación y ejecución de las medidas restrictivas de la UE corresponde a los Estados miembros", limitándose la Comisión "concretamente a una función de control para garantizar la aplicación uniforme de las medidas restrictivas en determinados ámbitos".

Frente a la errónea calificación del TS español de la Decisión 2074/2017 como "política" o no vinculante, el Alto Representante califica de forma correcta "la prohibición de viajar se establece únicamente en la Decisión (PESC) 2017/2074 del Consejo, que es vinculante para los Estados miembros... Por consiguiente, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para impedir la entrada o el tránsito en su territorio de las personas sujetas a las medidas restrictivas"¹⁶.

No obstante, esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, apartado 3, del TUE, según el cual "los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y respetarán la acción de la Unión en este ámbito [...]". Sin embargo, estima que no está facultado para realizar una investigación sobre posibles infracciones de las sanciones de la UE establecidas en las Decisiones del Consejo.

Dado que la prohibición de viajar no se contempla en el Reglamento (UE) 2017/2063 del Consejo, la Comisión no puede, por lo tanto, incoar un procedimiento de infracción contra España. En PESC no caben reglamentos, pero sí decisiones. El Reglamento (UE) 2017 /2063 se sitúa en la frontera, pero se basa en el art. 215, a propuesta de la Comisión y del Alto Representante y su contenido sí es susceptible de procedimiento judicial por incumplimiento, mientras que la Decisión que contiene la prohibición de entrada de personas es puramente de PESC, excluida de control jurisdiccional,

Entre numerosas preguntas escritas planteadas por eurodiputados, cabe destacar también la presentada por un nutrido grupo de eurodiputados del PP enfocada al Consejo por su deber de "recabar toda la información disponible sobre presuntas elusiones de medidas restrictivas de la UE (...) por parte de Estados, personas y entidades concretas", y porque entendían que el Consejo tiene la obligación de investigar hechos así. La respuesta del Consejo (de Asuntos Exteriores), que preside J Borrell,

¹⁶ Referencias de las preguntas E-000421/2020, P-000458/2020 (Jordi Cañas, Cs), Respuesta conjunta del alto representante y vicepresidente Borrell en nombre de la Comisión Europea, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-000458-ASW_ES.html.

reconoce que “los Estados miembros deben velar por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones de la Unión... Corresponde a cada Estado miembro interesado velar por que dichas medidas se apliquen correctamente en cada caso concreto”¹⁷. En su opinión, no es competencia del Consejo y en puridad es así.

Tras el Auto que comentamos, de nuevo han hecho preguntas sobre la constatación por el TS de la vulneración de la Decisión y las opciones para el Consejo que lógicamente no tienen respuesta aún¹⁸.

IV. BREVES CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo acierta plenamente en la calificación del espacio aéreo y de los aeropuertos como parte del espacio de soberanía territorial, sin restricciones, sobre el que se proyecta la aplicación de las leyes internas y obligaciones europeas e internacionales del Estado sobrevolado. Clarifica razonadamente que los aeropuertos en su totalidad, sin espacios de exclusión para la soberanía nacional, sobre todos ellos se extiende el control judicial de todos los actos internos, internacionales y europeos que deban aplicarse en los aeropuertos sin excluir las zonas de tránsito. Su Auto pone sensatez y sentido común frente a la posición del ministro de Fomento y de una aislada resolución judicial inferior que estimaba que los aeropuertos y sus zonas de tránsito escapaban a la ley y competencia de los tribunales españoles.

El Tribunal Supremo constata la vulneración de la Decisión de la UE, pero no deduce de ello la comisión de un delito al calificar incorrectamente a la Decisión PESC como mera posición política sin necesidad de hacerla cumplir. Que el TS deduzca que no hay delito de la vulneración intencionada no compete a este análisis. Lo que, sin embargo, merece una abierta crítica es la exclusión de las decisiones de las fuentes del derecho derivado y la calificación de las obligaciones en materia PESC como meramente políticas al albur de la voluntad de cada Estado miembro sin obligación interna de ejecutar las normas PESC.

¹⁷ Referencia de la pregunta: [E-001024/2020](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-001024-ASW_ES.html), 8 de junio de 2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-001024-ASW_ES.html.

¹⁸ Pregunta con solicitud de respuesta escrita, 2 de diciembre de 2020, E-006575/2020 (Jordi Cañas, Cs), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006575_ES.html.