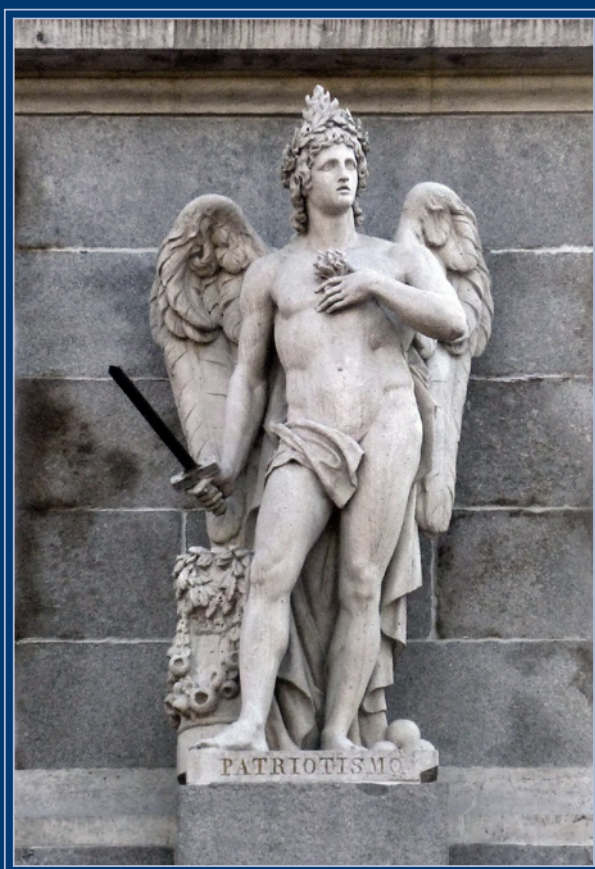


# La vertebración territorial de España

## en la Doctrina del Consejo de Estado



Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Madrid, 2021

Primera edición: julio de 2021

En sobrecubierta: Estatua del Patriotismo, de Francisco Pérez del Valle (1804-1884), perteneciente al *Monumento a los Héroes del dos de mayo*, Madrid.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los diferentes trabajos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO AEBOE:

en papel: 090-21-126-4

en línea, PDF: 090-21-125-9

en línea ePUB: 090-21-124-3

ISBN: 978-84-340-2754-1

Depósito legal: M-21094-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

# EL TERRITORIO NACIONAL SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

ARACELI MANGAS MARTÍN<sup>1</sup>

Catedrática de Derecho Internacional Público de la UCM

## 1. INTRODUCCIÓN

En definiciones ya clásicas –como la del presidente de la Corte Internacional de Justicia, Jiménez de Aréchaga– se describía el territorio de un Estado como una porción definida de la superficie de la tierra que está sujeta a su soberanía y ejerce en ella su jurisdicción con las limitaciones establecidas por el Derecho Internacional sobre las personas y cosas. Desde luego, la soberanía estatal se manifiesta en la territorialidad y en la exclusividad.

No tiene sentido, hoy, referirse a las teorías o doctrinas sobre el territorio-objeto y el territorio-sujeto que tanto gustaron en siglos pasados hasta la primera mitad del siglo xx. La doctrina patrimonialista (representada por Oppenheim y Lauterpacht) tuvo su contexto varios siglos atrás; aceptaba la asimilación entre la propiedad y la soberanía, como sucede en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, o en antiguas expresiones, por ejemplo, como la de «rey o reina propietaria de Castilla», en el sentido de soberano. Es claro que el

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho e Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI), Universidad Complutense de Madrid; Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

reemplazo del concepto del monarca por el del Estado, al menos desde el siglo XVIII, clarifica también que el Estado tiene un derecho eminente sobre el territorio distinto de los derechos de propiedad particulares.

La doctrina del territorio sujeto (Jellinek, Hauriou, Carré de Malberg) tiene algunas derivaciones actuales en la medida en que se centra en el territorio como elemento de la personalidad del Estado. Y es cierto en la medida en que no hay estatalidad sin territorio en exclusividad.

Por ello, desde el siglo XX se han ido abandonando esas concepciones, poco realistas, en favor de la teoría de la competencia (Kelsen, Verdross, Basdevant, Scelle). Desde esta perspectiva, el territorio del Estado es el espacio físico (terrestre, aéreo y marino) donde se ejercen las competencias y funciones del Estado, con exclusión de análogos poderes por parte de otro Estado o sujetos internacionales. El territorio es una realidad física y jurídica.

A tenor de la sentencia internacional clásica en esta materia, poseer un territorio sobre el que se ejerce la competencia con exclusividad es el punto de partida de la estatalidad, de la existencia del Estado; un Estado no existe, no puede existir sin un territorio sobre el que ejerza su potestad con exclusividad. Decía el Tribunal arbitral que «para que un Estado exista y pueda ser reconocido como tal con un territorio sin el cual no podría existir... es suficiente que este territorio tenga una consistencia suficientemente cierta», aunque las fronteras no estén suficientemente delimitadas o ni tan siquiera demarcadas o incluso sean controvertidas y disputadas (Sentencia *Deutsche Kontinental Gesellschaft*, 1929, II, 2.<sup>a</sup> parte, p. 23).

El territorio posee unos límites en cuyo interior se ejercen las competencias del Estado. La delimitación completa y acabada del territorio no es imprescindible para la estatalidad.

Desde luego, la soberanía territorial y su respeto es el punto de partida de las relaciones internacionales, tal como lo señalara otra sentencia clásica de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) en el asunto de la navegación por el estrecho de Corfú: «entre estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases principales esenciales de las relaciones internacionales» (CIJ, *Corfu Channel case*, 9.04.1949, *Reports*, 1949, p. 35).

El poder público se ejerce desde base física del territorio y en el marco de la competencia territorial. La soberanía territorial es el derecho de un Estado de ejercer jurisdicción exclusiva sobre las personas y cosas dentro de su territorio. Conlleva el derecho de un Estado de excluir de su territorio la actividad de cualquier poder público extranjero. Dos antiguas sentencias (*Lotus* de 1927, *Isla de Palmas* de 1928), pero muy vivas en las relaciones internacionales, sitúan la soberanía en el derecho de ejercer en su territorio, con exclusión de

cualquier otro, las funciones propias de un Estado. Cualquier excepción deberá fundarse sobre un título particular.

## 2. EL TERRITORIO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES Y DERECHOS

Además de una competencia del Estado, el territorio es también una fuente de obligaciones. La idea misma de la responsabilidad internacional del Estado está vinculada a la soberanía territorial. Esas obligaciones son no solo internacionales, frente a otros sujetos internacionales, sino también, y no menos fundamentales, internas para con su población, con gran relevancia para la seguridad y estabilidad de los Estados vecinos y de la Comunidad internacional. Dicho de otro modo, no es irrelevante cómo un Estado ejerza sus competencias exclusivas sobre el territorio.

Ejercer funciones y poderes exclusivos conlleva la obligación del Estado de desarrollarlos y ejercerlos en relación con la población allí situada, incluidas sus obligaciones generales de protección de las personas, tanto de los nacionales como de los extranjeros en relación con obligaciones del estándar mínimo y convencionales de respeto a los derechos humanos.

La inhibición del Estado en el ejercicio de políticas públicas sobre su territorio, sin garantizar los servicios mínimos, lleva a situaciones que preocupan a la Comunidad Internacional, cuando ello acaba derivando hacia una situación de Estado desestructurado (deterioro político, económico y social o no desarrolla políticas de seguridad, sanidad, educación, etc.) o, incluso, todavía más grave de Estado fallido (incapaz del control efectivo del territorio y de proveer de servicios básicos), ha llevado a la distinción, por un lado, entre es-  
 tructurados o sostenibles y de otro, Estados desestructurados o débiles, incluso de Estados fracasados.

Además, el moderno concepto de seguridad contemporáneo no se centra solo en las amenazas militares. Hoy la defensa del territorio no se asegura con análisis que aíslen a nuestros Estados de la estabilidad social, económica, política y ecológica de los Estados vecinos. Si falla el Estado en el control de su territorio, tiene consecuencias para sus vecinos y los colindantes de estos, toda la comunidad internacional en su conjunto se debilita.

La Sociedad Internacional institucionalizada ha tenido que intervenir en el ejercicio de los poderes soberanos de un Estado debido a su incapacidad para controlar su territorio y asumir la gobernabilidad. Son las situaciones de «soberanía suspendida» a las que me referiré más adelante (apartado 6). Cabe aludir que, incluso en circunstancias graves, con consentimiento (y en ocasio-

nes sin él) Naciones Unidas apela a la responsabilidad de proteger de esa población en condiciones y procedimientos controlados por el Consejo de Seguridad.

Ahora bien, para los Estados vecinos y para el conjunto de la Comunidad internacional y organizaciones internacionales, el territorio del Estado debe ser respetado con independencia de la situación que padezca el Estado en cuestión, con régimen democrático o autocrático, Estados bien organizados o desestructurados, o en guerra civil, etc. Independientemente de sus precarias estructuras estatales, son Estados formalmente soberanos y tienen derecho a exigir que su soberanía territorial sea respetada, rechazando la Corte Internacional de Justicia la invasión por Estados vecinos tentados de ocupar los vacíos de poder [por ejemplo, CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19.12.2005, *Reports* 2005].

El Estado contemporáneo debe ejercer su competencia territorial para asegurar bienes y servicios; es un proveedor de servicios públicos en el territorio por lo que debe desplegar una multiplicidad de políticas relacionadas con el territorio (algunas de ellas, objeto de este ciclo en el Consejo de Estado). Los Estados no se dividen en Estados ricos y pobres sino en Estados bien organizados y mal organizados (estructurados y desestructurados, incluso, en situación de fracaso y debilidad). El abismo hoy en día está originado en la fortaleza organizativa y los que no tienen organizado el territorio. De ahí la fe misionera de Naciones Unidas (objetivo 16 de la Agenda 2030) por extender buenas formas de gobierno y políticas de cohesión. Garantizar la estabilidad interna con un uso coherente de las políticas públicas es una elemental obligación.

Claro que esa plenitud y exclusividad del Estado territorial conlleva en compensación el deber de proteger en su territorio los derechos de los Estados extranjeros y otros sujetos internacionales relacionados con su territorio. El Estado territorial tiene el deber de asegurar la integridad y seguridad de los agentes diplomáticos extranjeros en su territorio.

El Estado no responde por actos ilícitos cometidos por otros Estados en su territorio, pero como tiene exclusividad, debe tener el control efectivo sobre el territorio por lo que tiene una obligación de diligencia para prevenirlos y, llegado el caso, sancionarlos.

Además de las concretas obligaciones que un Estado haya podido asumir en tratados bilaterales o multilaterales, hay una obligación de Derecho Internacional General, cual es el *principio de utilización no perjudicial del territorio y obligación de vigilancia* sobre el territorio. Es jurisprudencia bien asentada de la Corte Internacional de Justicia la obligación de los Estados de *no permitir*,

a sabiendas, que se utilice el territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados (sentencia citada sobre el Estrecho de Corfú). Un Estado no puede permitir que se utilice ni puede consentir que se utilice su territorio de forma que esa utilización tenga por finalidad o por efecto atentar contra los derechos de otros Estado de forma no permitida por el Derecho Internacional.

Este principio, tan afirmado en la jurisprudencia internacional estaba en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y en toda la normativa posterior de protección del medio humano, así como en la Carta de Derechos y Deberes de los Estados (art. 30). Es un principio válido y aplicado tanto en materia de ensayos nucleares, cursos de agua internacionales, relaciones de vecindad, actividades empresariales con alto riesgo de contaminación como las celulosas, empresas químicas, etc.

### 3. LA PROTECCIÓN DEL TERRITORIO

El principio de inviolabilidad de las fronteras protege el territorio estatal frente a interferencias por parte de actividades estatales extranjeras. El Derecho Internacional protege la competencia territorial del Estado al excluir todo ejercicio de poder por parte de otros Estados. Es una competencia exclusiva y excluyente.

Además, la gran aportación del derecho internacional en el siglo xx fue la norma imperativa contenida en el *principio de prohibición del uso o amenaza de fuerza contra el territorio, la independencia de un Estado o en cualquier otra forma contraria a la Carta de la ONU* (art. 2.4). La Resolución 2625 (1970) afirma, entre otras precisiones, que «La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables». Otro gran texto europeo como el Acta de Helsinki asimilaba ese principio como fundamental.

Resulta obvio y coherente con la exclusividad de la competencia estatal sobre su territorio que los demás Estados, los terceros Estados, tienen la obligación de abstenerse de ejercer cualquier poder sobre el territorio de otros Estados, salvo que haya consentido el Estado territorial (como las instalaciones de apoyo o autorizaciones de uso en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa de 1988, *BOE* de 6 de mayo de 1989).

La exclusión de la autoridad de terceros sujetos sobre el territorio nacional conlleva que un Estado, mediante su policía, o sus servicios de inteligencia, o sus jueces, *no* pueden ejercer actos de autoridad en el territorio de otros

Estado (salvo casos excepcionales consentidos por acuerdo internacional de cooperación específica o asistencia judicial). En consecuencia, salvo que se pruebe que existe un acuerdo que lo permita, el Estado no podrá ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado.

Luego, la autoridad policial no puede llevar a cabo una detención en el extranjero o balizar un coche en el extranjero, o ejecutar un embargo o cualquier actuación judicial, salvo por los cauces jurídicos internacionales convenidos. Las competencias legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales se limitan al territorio. Para ejercerlas más allá se precisa un concreto título jurídico como es el principio de personalidad, aunque no el único al que me referiré más adelante.

La soberanía territorial se ejerce en plenitud y exclusividad por lo que toda limitación a la soberanía territorial debe fundarse en un título jurídico específico y la carga de la prueba incumbe a la parte que la invoca.

#### 4. LAS DIMENSIONES DEL TERRITORIO

El espacio físico sometido a la soberanía territorial ha variado mucho con los siglos como consecuencia de la evolución de la proyección *horizontal* del territorio sobre los espacios marítimos y la proyección *vertical* sobre el espacio aéreo.

El territorio en su calidad de superficie terrestre suele gozar de estabilidad, si bien caben variaciones a lo largo de la historia del Estado; hay Estados que han perdido territorio en distintos momentos de su historia o lo incrementan sin que ello afecte a su subjetividad, tal como prevé el principio de continuidad del Estado.

Hasta hace poco más de dos siglos todavía se hablaba de territorios no pertenecientes a ningún Estado, *terra nullius*, *res nullius*. Pero ya hace mucho que, entre los descubridores, primero, y los exploradores, después, y además la voracidad territorial de los Estados, ya no hay un palmo en la tierra que no esté bajo la jurisdicción territorial de algún Estado.

Hay territorios discutidos, bajo controversia, o territorios con las pretensiones congeladas como en el Tratado Antártico de 1959.

Claro que, aunque desapareció ese concepto de *terra nullius* por agotamiento, la sociedad internacional contemporánea se redimió asignando la noción de *res communis* en interés de la humanidad (el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes) o erigiendo a la Humanidad como titular de espacios nuevos y recursos (Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos).



El territorio de un Estado comprende la superficie terrestre dentro de sus fronteras en la que quedan incluidos canales, lagos y ríos. Y los espacios marítimos, si el Estado tuviera litoral, como es el caso de España. Y la tercera dimensión que interesa, es la prolongación vertical, el espacio aéreo.

#### A) **Superficie terrestre. Algunas peculiaridades: Misiones diplomáticas y aeropuertos**

La soberanía terrestre incluye el subsuelo, los canales y las superficies fluviales y lacustres comprendidas dentro de las fronteras del Estado. A la superficie terrestre hay que añadir su prolongación terrestre sumergida a lo largo de toda la costa, denominada plataforma continental.

Incluso las embajadas y otros locales con estatuto de inviolabilidad diplomática forman parte del territorio del Estado receptor, si bien escapan a la ley territorial del Estado receptor (en el que se encuentra la Embajada) debido a la inviolabilidad protegida por el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1963 en favor del Estado acreditante (titular de la Embajada). Pero no son «territorio extranjero» ni gozan de extraterritorialidad, como fascina decir a periodistas y gran público. El Convenio expresa que el fundamento de la inviolabilidad es proteger la *función* de representación de un Estado soberano e independiente descartando la fantasía decimonónica de la extraterritorialidad.

La inviolabilidad de las Misiones diplomáticas consiste en abstenerse de realizar actos de fuerza en el recinto de la misión y lugares protegidos por el Convenio (tales como vivienda, automóvil oficial, locales anexos de la Misión). Esa inviolabilidad protegerá, llegado el caso, a cualquier persona que irrumpa en los locales de la Misión o en las residencias del personal diplomático o que es admitido con el consentimiento del Jefe de la Misión. Un hecho es que las personas y cosas en su interior no se someten a la autoridad judicial y policial territorial del Estado receptor, pero no es territorio extranjero. No hay una frontera ni hay que pedir extradición en el caso de nacionales o extranjeros que se internen en una misión diplomática.

Precisamente, el asilo diplomático –salvo una decena de repúblicas hispanoamericanas– es rechazado por la gran mayoría de Estados, incluida España, porque «entraña derogaciones de la soberanía» del Estado territorial y «constituye una intervención en asuntos internos que caen exclusivamente dentro de la competencia del Estado territorial. Tal derogación de la soberanía territorial no puede reconocerse, salvo que su base jurídica sea establecida en

cada caso particular» (CIJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, 20.11.1950, *Reports 1951*: 274-275).

La inviolabilidad de las Misiones diplomáticas garantiza, en cualquier Estado, a cualquier persona que, mientras se encuentre en el interior de una Misión diplomática y no porque sea territorio extranjero sino para proteger la función diplomática, está a salvo de actos coercitivos –de las autoridades policiales, judiciales o militares del Estado receptor, o de masas o grupos incontrolados–. Sin embargo, queda bajo la autoridad del Jefe de la Misión, quien decidirá discrecionalmente sobre la concesión del refugio temporal o sobre la conveniencia del abandono voluntario de los locales protegidos y, si fuera necesario, apelando a la fuerza pública territorial para proceder a su expulsión.

También el territorio nacional comprende todo el espacio ocupado por un aeropuerto internacional o la zona de control de fronteras en los puertos de tráfico internacional. Los aeropuertos (como las zonas portuarias) son territorio del Estado. En los aeropuertos (como en los puertos) no hay ninguna 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 español. Ciertamente, los periodistas, los políticos y muchas personas fantasean con una inexistente «zona internacional» al margen del territorio nacional en un aeropuerto internacional.

Es falsa e inaceptable la denominación de «zona internacional» de un aeropuerto, pues tales zonas no gozan de estatuto internacional. Esa 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 española; no es una *terra nullius*, o sin soberano.

El Tribunal Supremo, en el «asunto Ábalos-Delcy Rodríguez», 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». Afirma el TS que entró en el territorio español al cruzar el espacio aéreo español; y constata lo evidente «el Aeropuerto de Barajas está enclavado en territorio español y sobre él ejercen soberanía las autoridades españolas», precisando que estuvo en territorio español «con absoluta independencia de la terminal a la que se dirigiera y de la zona del

aeropuerto por la que la dirigente bolivariana transitara» (TS, Auto 10453/2020 de 26.11.2020, Sala de lo Penal, ECLI:ES:TS:2020:10453A).

Esas zonas son técnicamente *zona de tránsito* dentro del territorio nacional a fin de ejercer la función soberana de control fronterizo que es imposible hacer en el aire en el preciso momento del cruce de la frontera aérea (o para los buques entre el alta mar y mar territorial), o dentro de la aeronave al aterrizar, o cuando bajan la escalera o salen del *finger* (o en el mar territorial o en la instalación portuaria internacional para los buques). Si una persona 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, hasta que se resuelva su devolución, o su detención, o solicite asilo.

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. El desembarco de personas o mercancías no está permitido. En escala técnica siguen estando en territorio español, si bien en una zona acotada.

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» (4.05.2017, C-17/16, ECLI:EU:C:2017:341, ap. 25 y 41). También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 1996, *Amuur c. Francia*, n.º 19776/92) 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» (Auto 55/1996 de 6 de marzo, ECLI:ES:TC:1996:55A). Es irrelevante que se pase o no por el control fronterizo. Cruzar positivamente ese control (reunir los requisitos para la admisión) lo que permite es la libertad de deambulación por el territorio nacional de un Estado.

## B) **Expansión horizontal: los espacios marítimos**

El territorio se prolonga horizontalmente hacia los espacios marítimos de soberanía como son las aguas interiores y el mar territorial; precisamente, en la línea exterior del mar territorial se encontraría verticalmente la frontera aérea. La zona económica exclusiva no forma parte del territorio nacional, si

bien se ejercen en esa zona derechos económicos y jurisdicción sobre las actividades económicas, la exploración e investigación sobre los recursos.

En el pasado, el mar –como espacio– apenas interesaba; solo las aguas adyacentes para garantizar la seguridad. En el siglo XVIII, sin interés especial en los espacios marinos, empieza a regularse el ejercicio de los derechos de control fiscal sobre las mercaderías que entraban en los puertos. El mar no era un objetivo territorial en sí mismo sino un medio para la expansión territorial.

La práctica española (y, en general, de los Estados de la época) sobre delimitación de espacios marítimos no se remonta más allá del siglo XVIII. Buena prueba es que la primera norma española reguladora de espacios marinos de soberanía es la Real Cédula de 17 de diciembre de 1760, muy posterior al Tratado de Utrecht. Antes, sólo interesaban las actividades (noción instrumental del derecho del mar) y no el espacio en sí (visión finalista, más contemporánea desde el siglo XX).

El mar en sí no fue objeto de codicia y apropiación hasta el siglo XX. La evolución del Derecho de Mar en las conferencias y convenios de 1958 y de 1982 ha multiplicado el espacio marítimo de soberanía de los Estados al estabilizarse un *mar territorial* de 12 millas (situándose en su límite exterior la frontera marítima –horizontal– y en su verticalidad la aérea), una *zona contigua* hasta 24 millas, una *zona económica exclusiva* hasta 200 millas y un territorio sumergido en la plataforma continental –real o ficticio– coincidente con la zona económica, es decir, hasta 370 km de territorio sumergido siempre que no haya costas frente a frente o adyacentes (la plataforma continental española es muy poco extensa no superando los 50 km).

En un Estado como España con más de 6.000 kilómetros de costa, el espacio marítimo de soberanía supera ampliamente a la superficie terrestre (506.030 kilómetros cuadrados <https://www.lamoncloa.gob.es/>). Esa amplitud se debe en buena medida a que el Estado español optó en el siglo pasado, sin mucho fundamento, pero tampoco con protestas invalidantes de otros Estados, por la *línea recta* que une los puntos extremos de las costas como línea de base para la mediciones (frente a la *línea normal* o de bajamar que deja mucho menos espacio de soberanía). La delimitación de la línea interior del mar territorial, a partir de la que se miden las 12 millas de mar territorial, con líneas rectas sin seguir la configuración de la costa, ha encerrado grandes espacios como aguas interiores de soberanía; se exceptúa la línea recta en favor de la normal o de bajamar para no chocar con los derechos de Estados terceros en la bahía de Algeciras (Reino Unido) y los territorios españoles en África (Marruecos), a tenor de la Ley 22/1988, de Costas y la Ley 41/2010, de protección del medio marino. Puede entenderse así la magnitud de espacio marítimo que ha sido

incorporado a la jurisdicción territorial, además de la zona económica exclusiva española.

Claro que otros Estados nos superan, ya que hay Estados que tienen más agua que tierra por territorio (hasta nueve partes de agua por una de tierra, como es el caso de los Estados archipelágicos) abandonando la concepción tolemeica o geocéntrica por una definitiva concepción talasocéntrica.

### C) **La prolongación vertical: el espacio aéreo**

La otra evolución espectacular del territorio ha sido la del espacio aéreo. Desde que aparecieron los primeros aeroplanos («aquellos chالados con sus locos cacharros»), los Estados de forma clara e indiscutible han proclamado el ejercicio incondicional de la soberanía exclusiva y absoluta sobre el espacio aéreo, sin las servidumbres del paso inocente civil y militar aceptados en el mar territorial u otras concesiones normales sobre el paso de vehículos civiles extranjeros sobre la superficie terrestre.

La razón de la exclusividad absoluta, sin concesiones que no deriven del consentimiento mediante específico acuerdo, no era y no es otra que la seguridad nacional que la aviación extranjera puede poner en peligro. Triunfaba desde 1919 la idea proveniente del derecho romano de quien es dueño del suelo es dueño del vuelo por lo que no se hizo de rogar la convicción de que el espacio aéreo es una irradiación de la soberanía (Giuliano), un accesorio indispensable y automático del territorio «terrestre» del Estado con una extensión vertical. Al margen de diversas propuestas y teorías, se ha afianzado la delimitación funcional, como propusiera Charles Chaumont, ligada a las actividades aéreas, frente al espacio ultraterrestre donde se producen las actividades espaciales (satélites y otros objetos espaciales).

El espacio aéreo comprende toda la columna de aire sobre la superficie terrestre (lacustre y fluvial) y sobre los espacios marítimos de soberanía. En el espacio aéreo la soberanía se ejerce con exclusividad y plenitud (sin servidumbres, salvo las admitidas voluntariamente en convenios en vigor).

En resumen, el espacio terrestre es condición necesaria para la estatalidad; puede tener o no tener espacios marítimos adyacentes (Estados sin litoral que, no obstante, pueden tener flotas navales, pesqueras y comerciales) y siempre tendrá espacio aéreo sobre su superficie terrestre y eventuales espacios marítimos de soberanía.

## 5. DIMENSIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA SOBERANÍA

El territorio no es un límite infranqueable a la soberanía territorial. Dado que un segundo elemento de la estatalidad es la *población*, en su gran mayoría unida al Estado con un vínculo de nacionalidad, el derecho del Estado se proyecta sobre los nacionales cuando se encuentran fuera de su territorio.

Es la dimensión extraterritorial de la soberanía. El principio de personalidad o nacionalidad que el Estado atribuye a las personas físicas y jurídicas, buques y aeronaves permite en determinadas circunstancias proyectar la soberanía más allá del territorio para legislar sobre el estatuto personal y las propiedades de personas y empresas fuera del territorio nacional.

En efecto, los Estados, y España así lo hace, pueden tipificar y perseguir conductas habidas fuera del territorio nacional (arts. 177 bis, 575, 611, 613 del Código penal, y, en especial, el art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Así pues, el territorio es el espacio natural que limita la esfera del poder del Estado si bien no impide que sus actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales se ejerzan sobre personas y bienes fuera del territorio nacional en determinadas circunstancias. Así, el Estado puede exigir el respeto a normas del estatuto civil a sus nacionales residentes en el extranjero, o la jurisdicción sobre buques que enarbolan su pabellón en espacios no sujetos a la soberanía territorial, como el alta mar y la zona económica exclusiva de terceros Estados –donde se despliega el poder estatal sobre los buques de Estado y los privados que enarbolan pabellón español– o el derecho a inspeccionar y sancionar en puertos de terceros Estados a buques de pabellón español o la aplicación plena del Derecho español a los nacionales que se encuentren en la Antártida o que se pudieran encontrar en el espacio ultraterrestre o en la estación espacial internacional...

Por tanto, no hay incompatibilidad entre la soberanía territorial y el efecto extraterritorial de algunas leyes estatales, sin que ello en ningún caso pueda derivar en el ejercicio de poder coercitivo de un Estado en el territorio de otro, lo que está prohibido por el Derecho Internacional.

Además de los efectos penales y jurisdiccionales, el Derecho internacional reconoce, por ejemplo, a los Jefes del Estado desde el extranjero el derecho a promulgar y sancionar leyes, hacer nombramientos, conceder indultos, en definitiva, tomar cualquier decisión que le competa. Desde tiempo inmemorial, sólo se acepta este «privilegio» (genéricamente así reconocido por Convenio sobre las misiones especiales de 1969, art. 21) exclusivo de los jefes de Estado, de cualquier Estado, de poder seguir ejerciendo las funciones propias

de su rango y cargo desde el extranjero con plena validez –salvo eventuales y muy raras limitaciones constitucionales de su Estado–.

El resto de poderes públicos españoles sólo pueden ejercer sus poderes constitucionales y estatutarios desde el territorio español. Ningún acto individual ejerciendo poder público por parte de miembros de un Ejecutivo o Legislativo estatal o autonómico tendría validez jurídica si se realiza en el extranjero.

Otras actividades extraterritoriales atribuidas a los Estados y protegidas por el DI son la interceptación de buques de terceros Estados y ejercicio de jurisdicción penal sobre personas –cualquiera que sea su nacionalidad o pudiera ser destino dentro de la UE– fuera de los espacios marítimos de soberanía nacional. Esta actividad excepcional para luchar contra el tráfico ilegal de migrantes está prevista en la Convención de las NNUU contra la delincuencia organizada transnacional y su protocolo adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire –Nueva York de 15 de noviembre de 2000– y en la Ley Orgánica 13/2007 para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, *BOE* de 20 de noviembre de 2007.

En consecuencia, el territorio supone una limitación reguladora para el Estado, pero no exclusiva de la validez de su ordenamiento que puede tener efectos más allá del territorio nacional.

## 6. ALGUNOS REGÍMENES ESPECÍFICOS EN LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Me voy a referir a algunas situaciones especiales en la medida en que han afectado o afectan a España. Una excepción o limitación histórica de la potestad soberana territorial es el *condominio*, caracterizado por el ejercicio conjunto de la autoridad pública sobre una porción de territorio determinado en pie de igualdad por dos Estados.

Esa cosoberanía, como la que existe desde 1659 –Tratado de los Pirineos–, la siguen ejerciendo España y Francia en la *Isla de los Faisanes* o isla fluvial de la Conferencia, en la desembocadura del río Bidasoa. Es un caso histórico de indivisión territorial que impide el exclusivismo territorial de uno u otro Estado (confirmada por tratados posteriores de 1857 y 1901). Durante seis meses se ejerce la soberanía por España (de febrero a julio) y los otros seis meses por Francia.

Tampoco es imprescindible la *contigüidad* territorial para ejercer legítima soberanía territorial como en el enclave pirinaico español de Llívia en Francia.

Claro que el triunfo de la igualdad soberana y la libre determinación de los pueblos en la segunda mitad del siglo xx no ha impedido que, en ocasiones, la Sociedad internacional institucionalizada ha tenido que intervenir en el ejercicio de los poderes soberanos de un Estado cuando éstos faltan a las obligaciones inherentes al ejercicio del poder. La soberanía territorial de algunos Estados se puede ver suspendida debido a su incapacidad para ejercer su soberanía, su incapacidad para organizar el territorio y las relaciones entre o con sus ciudadanos. La «soberanía suspendida» da lugar a la asunción de la «*administración internacional del territorio del Estado*» como sucedió, por ejemplo, en Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Macedonia, Afganistán o Iraq. Operaciones integrales llevadas a cabo por la ONU o por la OTAN con autorización de la ONU, o por la UE. Cada uno con una motivación y contexto específico; la mayoría relacionadas con situaciones de conflicto interno o internacional y que han sido ejemplo relevante de la diplomacia transformadora de Naciones Unidas. España (a través de sus diplomáticos y Fuerzas Armadas) estuvo implicada muy activamente en la administración internacional de Bosnia-Herzegovina bajo control internacional en nombre de la comunidad internacional.

## 7. EFECTO DE LA MEMBRESÍA DE LA UE SOBRE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Las competencias estatales sobre el territorio se han visto afectadas para los miembros de la UE. Cuando un Estado se adhiere a la UE ingresa con todo su territorio reconocido internacionalmente en el momento de la adhesión, salvo que las Partes establezcan otra cosa (art. 52 TUE; art. 29 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

El territorio de cada Estado miembro no está delimitado o descrito por los Tratados de la UE sino por sus normas internas y por los tratados con Estados vecinos, sean o no miembros de la UE. Por ello, ningún Tratado de la integración ha regulado ni necesita regular el territorio de sus Estados. Es un asunto interno de cada Estado miembro, aunque con relevancia jurídica para la UE.

Para la UE el territorio es un elemento constitutivo de la existencia del Estado miembro y forma parte de la identidad nacional que merece ser respe-



tada por la UE. El territorio estatal es un hecho objetivo y externo a la UE, aunque de ese hecho se deriven *consecuencias directas* para la Organización al ser el territorio estatal el espacio en el que son exigibles los Tratados y el derecho derivado.

Las fronteras siguen siendo un elemento que delimita la jurisdicción de cada Estado de la UE, signo de su independencia y un elemento de seguridad, incluso entre los Estados miembros.

Las fronteras entre Estados miembros (interiores) no han desaparecido, así como las fronteras con terceros Estados (exteriores) siguen cumpliendo sus cometidos esenciales. Hablar de fronteras interiores y exteriores, hay que reconocerlo, es el resultado de reconocer que la integración, al lograr un espacio interno para el libre movimiento de personas, difumina los efectos de las fronteras de los Estados en las relaciones mutuas. La relativización del régimen de fronteras es tal que han desaparecido de forma habitual las actividades tradicionales de control y vigilancia estatales entre los Estados miembros (en las interiores).

Las fronteras son de los Estados miembros y no de la UE. Lo que se regula es *uniformidad* de los controles para su acceso desde Estados terceros y la *ausencia* o disolución de los controles internos en el espacio unificado.

La Unión no tiene territorio; tiene *un ámbito espacial de aplicación de sus normas* ligado al territorio de sus Estados miembros. Los dos grandes tratados (Tratado de la UE y Tratado de Funcionamiento de la UE, en adelante TUE y TFUE) se refieren siempre al territorio de los Estados miembros o a su integridad territorial, salvo dos excepciones contextualizadas.

Por tanto, las expresiones populares sobre «territorio de la UE» y «fronteras de la UE» deben ser siempre utilizadas con el valor convenido de que el territorio de la Unión no es otro que el territorio de *cada Estado miembro* en el que se aplican los Tratados (en consonancia con los art. 52 TUE y 355 TFUE). Para establecer el ámbito de aplicación territorial de los Tratados y del derecho derivado, desde la fundación en 1951-1957, se enuncia *eo nomine* a cada Estado miembro (art. 52 TUE).

Siendo el territorio un elemento específico de los Estados miembros, éstos disponen libremente en su territorio de los derechos propios o inherentes a su condición de Estados (TJCE, sentencia de 10.10.1978, *Hansen/Hauptzollamt Flensburg*, 148/77), como es el aumentar o perder territorio *de conformidad con el Derecho Internacional* (incluido el principio de efectividad, la fuerza de los hechos); es un asunto que no es de competencia de la UE.

La UE no puede llevar a cabo actuaciones políticas o normativas que puedan perjudicar la integridad territorial. No puede haber ninguna injerencia

de la UE en la conformación del territorio legal de sus miembros. El artículo 4.2 TUE muestra el respeto de la Unión al territorio de cada Estado como elemento de identidad y a su responsabilidad exclusiva sobre el mismo. La UE no absorbe ni disuelve las capacidades estatales sobre el territorio.

En coherencia con el Derecho internacional, el Derecho de la UE establece que es función esencial del Estado miembro «garantizar su integridad territorial». Territorio e integridad territorial son bienes de la exclusiva competencia del Estado, si bien un ataque a la integridad territorial de un Estado miembro suscitará la solidaridad de los miembros de la UE y la acción colectiva de legítima defensa (art. 42.7 TUE y 222 TFUE). En conclusión, el respeto al territorio y a la seguridad interna y externa del Estado miembro es un *a priori* del sistema jurídico-político de la Unión.

El Derecho internacional y europeo se remiten pues al derecho interno para la defensa del territorio. Examinaré el territorio y su protección constitucional.

## 8. EL TERRITORIO DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 se sumó a la tradición constitucional española en el silencio sobre la determinación del territorio del Estado, es decir, no explícita en qué espacio físico se ejerce la soberanía. Ese silencio fue roto en algunos textos constitucionales españoles que delimitaron el territorio de soberanía, como fue la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 10), el proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873 (art. 1º) y la Constitución de la Segunda República de 1931 (art. 8).

Hay que reconocer que *no* es cometido de las constituciones definir el territorio. Ahora bien, las constituciones de Estados federales o Estados complejos suelen definir las regiones o partes que lo forman. Así, Alemania incluye el nombre de todos los *länder* en el preámbulo: «los alemanes de» [... lista de los *länder*...] y cierra ese párrafo de la lista así: «...han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán». Una fórmula ejemplar a tener en cuenta en España.

Francia incluye la lista completa, en el articulado mismo, de los territorios extra-europeos, de todos, no oculta ningún territorio de soberanía. Austria también enumera sus *länder* (art. 2). Bélgica describe su pequeño pero complejo territorio en los artículos 2 a 5; e Italia enumera sus regiones en el artículo 131 de su Constitución.

También aluden al territorio las constituciones que reclaman la recuperación de territorios que consideran propios, pero sometidos a un soberano extranjero por un hecho colonial o de guerra (Gibraltar). Nuestra constitución no se adscribe dentro del movimiento constitucional irredentista que reivindican los territorios de la integridad territorial perdida. Por tanto, España se encontraba en esas circunstancias que hubieran aconsejado incluir referencias nominativas a la composición del territorio al tener un Estado fundado en la autonomía de las «nacionalidades y regiones» y un territorio ocupado y reivindicado desde 1704.

Amén de no olvidar que el territorio de España ha sufrido desde el siglo XIX importantes reducciones y no siempre conformes al Derecho interno e internacional y, sobre todo y más importante, que España tiene particulares problemas que afectan a nuestra integridad territorial debido a que presentamos reivindicaciones por activa y por pasiva: reivindicamos territorio (Gibraltar) que está bajo soberanía de otro Estado (Reino Unido). Nos reivindicamos (Marruecos) territorio que nos pertenece de forma indubitada en Derecho (Ceuta, Melilla, Chafarinas, Perejil y los peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas). Como decía Remiro Brotóns en 1978 «[E]xplicitar la vocación de permanencia en un territorio no es superfluo cuando aquella es desafiada» (*Territorio nacional y Constitución de 1978*, Madrid, 1978, p. 139).

La Constitución se refiere en varias ocasiones al «territorio español» (art. 138.1; 139.2; 158.1 y 161.1), en una ocasión al «territorio de España» (art. 68.5), en otra al «territorio nacional» (art. 19) y al «territorio del Estado» (art. 139.1). No son del todo incorrectas esas fórmulas variadas, aunque en un mismo texto jurídico se debe evitar una pluralidad de términos para un mismo concepto.

La Constitución contiene varias afirmaciones fundamentales: las relativas a que la soberanía nacional reside en el pueblo español (art. 1.2) y a la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2). Pero en estos dos preceptos fundamentales no hay referencias expresas a la «integridad territorial».

Solo en dos preceptos constitucionales se menciona la integridad territorial. En el capital artículo 8 se encomienda a las Fuerzas Armadas garantizar la soberanía e independencia, defender la integridad territorial (contexto, frente a terceros), y el ordenamiento constitucional (contexto, interno), si nos dieran *jaque*. La otra mención es en el artículo 94.1, c) para ceder territorio, para entregar parte de la soberanía territorial –si nos llegaran a dar *mate*– al permitir celebrar tratados que afecten a la integridad territorial; es decir, ceder territorio por *mayoría simple* (relación entre art. 94.1 y 74.2). La consecuencia de esa situación, como señala Antonio Remiro, es que estos tratados de cesión territorial serían «el epílogo forzoso de una situación patológica irreversible: la

derrota militar» (*Derecho Internacional Público. I. Principios Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 159). Preocupante.

Declarar «la indisoluble unidad de la Nación española» en el artículo 2.1 es encomiable, o encomendar la defensa de la integridad territorial a las FFAA tan encomiable como imprescindible, pero quizás es retórico... pues la misma Constitución permite en un caso extremo desenganchar territorio nacional por la mera mayoría parlamentaria si el Gobierno de España –débil o clientelar– recurre a un tratado internacional para ceder territorio nacional a un tercer Estado.

No se debe ni se puede permitir la cesión de territorio o cualquier acción que afecte a la integridad territorial y menos aún mediante Tratado cuya aprobación se hace por mayoría simple de cada Cámara. Tampoco aunque fuera por mayoría absoluta. No se debe prever, bajo ningún concepto, la posibilidad de afectar a la integridad territorial. Una constitución no puede prever ni regular la cesión de territorio de soberanía; es de una debilidad extrema frente a terceros.

No sé si el constituyente español se encontraba todavía bajo el «síndrome de Almanzor», y quizás les movió al redactar esas concesiones el deseo de evitar el drama de las pasadas guerras africanas del siglo XIX y XX. En fin, si, para un caso límite, se admite la previsión de ceder territorio a terceros, debería hacerse con una mayoría cualificada similar a la revisión de la Constitución misma.

Si constara el nombre de las nacionalidades y regiones cualquier pretensión de secesión o la cesión de territorios a terceros Estados exigirían la reforma de la Constitución y, con ello, una amplia mayoría. Más razones para abordar la reforma constitucional e incluir, hoy, el nombre de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas. Hay tres menciones a Ceuta y Melilla en la Constitución, pero ninguna a Gibraltar. Es conveniente, y estamos a tiempo en la soñada reforma de la Constitución española, de proclamar la *irreductibilidad* del territorio español bajo soberanía y precisar, sin temor, qué «nacionalidades y regiones» conforman el territorio peninsular e insular y las ciudades autónomas.

Autónoma consulte al Consejo de Estado, sino que lo normal es que lo haga el Gobierno; y el Gobierno mismo, o sus ministros, consultan normalmente porque no tienen más remedio que hacerlo (en cuanto que la validez de las decisiones depende de la tramitación correcta del expediente el cual debe figurar un dictamen preceptivo del Consejo de Estado), pero también, a veces, de manera potestativa.

Las materias sobre las que el Consejo de Estado dictamina de manera preceptiva en el ámbito educativo han tenido un alcance, sobre todo en los últimos años, limitado porque las competencias sobre educación se han asumido por las Administraciones autonómicas, tanto en cuanto a gestión como incluso normativas, lo que ha hecho que el Consejo de Estado haya intervenido menos.

La gestión de la educación ha dado lugar a pocos dictámenes, si acaso algunos sobre recursos administrativos de revisión en cuanto a becas, o sobre contratación —muy esporádico—, afectantes a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que es de lo poco que le queda al Estado sobre gestión educativa. Se han emitido asimismo algunos dictámenes sobre reclamaciones de daños y perjuicios singulares; ha habido algunas consultas significativas que se plantearon en el año 2006 por entidades editoriales de libros de texto, en base al principio de confianza legítima, con motivo de las sucesivas reformas de la legislación educativa y subsiguientes alteraciones de los calendarios de implantación de las reformas, lo que hacía inútiles los libros producidos (los dictámenes fueron desfavorables a dichas reclamaciones al haberse considerado que no llegaba a darse el caso de tener que indemnizar por ello).

Pero la función del Consejo de Estado en materia educativa se centra más en el aspecto normativo de la cuestión educativa, es decir, en emitir dictámenes sobre disposiciones con rango de Ley o reglamentarias. En lo referente a disposiciones en rango de Ley es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado cuando se trata de aprobar Decretos Legislativos, pero en materia de educación no ha existido ningún Decreto Legislativo, lo que no quiere decir que no lo vaya a haber en un futuro, pero no se ha dado el caso hasta ahora.

Han sido muchos, sin embargo, los dictámenes que se han emitido en materia de reglamentos de desarrollo normativo tanto en materia universitaria como respecto a la educación en general, pues es preceptivo el dictamen respecto a los reglamentos ejecutivos; han sido muchos los dictámenes, y los reglamentos, estatales en los que el Consejo de Estado ha intervenido, y no solo en los expedientes de elaboración de los mismos, sino también cada vez que se ha producido alguna modificación parcial, y ha habido muchas.

Hay desde luego una motorización normativa extraordinaria en materia reglamentaria en cuanto a legislación educativa, y eso que estamos hablando

Este libro tiene su origen en las lecciones impartidas en 2019 por el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado en el Curso organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y este mismo Cuerpo. Las recogidas en este volumen versan sobre la doctrina del Consejo de Estado en relación con el territorio nacional. Esta doctrina, establecida a lo largo de los años en dictámenes sobre variados temas, tiene un rasgo principal: el mantenimiento de la propia identidad territorial. El Consejo de Estado actúa siempre en atención al caso concreto. Su doctrina está hecha, más que con base en grandes principios y declaraciones, al hilo de distintos y variados supuestos. Por tanto, está formada de modo casuístico, basándose en la naturaleza de las cosas, lo que le da unas características propias: economía de las formas jurídicas, ahorro en las figuras jurídicas aplicadas, empleo de formas técnicas variadas para situaciones económicas muy distintas y, sobre todo, reticencia y cautela contra todo lo que sea abstracción, definición, construcción y sistematización. Se tiende a huir de las construcciones y gusta atenerse más bien al precedente lo cual no es obstáculo para que ese informar numerosos asuntos permita apreciar la existencia de unas reglas y principios jurídicos, de gran fuerza expansiva. En estos términos se desenvuelve la Doctrina del Consejo de Estado en la materia, que entiende que el mantenimiento de la identidad territorial ha de iluminar el recto entendimiento del artículo 2 de la Constitución Española, que dispone: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*

