

El *Brexit* y sus consecuencias

Ana M. Badia Martí
Laura Huici Sancho (Dirs.)



EL *BREXIT* Y SUS CONSECUENCIAS

ANA M. BADIA MARTÍ
LAURA HUICI SANCHO
(Dirs.)

EL *BREXIT* Y SUS CONSECUENCIAS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2022

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Ana M. Badia Martí y Laura Huici Sancho (dirs.)

© Colegio Notarial de Cataluña

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-369-1

Depósito legal: M. 10.501-2022

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2022



Índice

	Pág.
PRESENTACIÓN	11
UNA REFLEXIÓN EN TORNO A LA ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE MIEMBRO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL, por Ana M.^a Badia Martí	15
1. INTRODUCCIÓN	15
2. EL DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES....	16
3. «VOLUNTARIEDAD» DE LA PARTICIPACIÓN CON LA CONDICIÓN DE MIEMBRO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.....	17
4. CONSIDERACIÓN FINAL.....	20
EL TORTUOSO CAMINO JURÍDICO HACIA EL ACUERDO DE RETIRADA Y EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA, por Laura Huici Sancho ...	21
1. INTRODUCCIÓN	21
2. EL ART. 50 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	22
2.1. La discrecionalidad de los Estados miembros para iniciar la retirada	24
2.2. El procedimiento de retirada	27
3. EL ACUERDO DE RETIRADA Y EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA.....	31
3.1. La complejidad en las negociaciones y en el procedimiento de conclusión del Acuerdo de retirada	33
3.2. El Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea: un difícil comienzo para las relaciones futuras.	38
4. CONSIDERACIONES FINALES	41

	Pág.
BREXIT, THE «UNWRITTEN» CONSTITUTION AND THE POPULIST POLICY AGENDA OF THE ELECTIVE DICTATORSHIP, por Mel Kenny y Antonio Cardesa-Salzmán	45
1. INTRODUCTION: «BREXIT», THE «UNWRITTEN» CONSTITUTION AND THE ELECTIVE DICTATORSHIP.....	46
2. POST-BREXIT UK GOVERNANCE ARCHITECTURE: SHIFTING ROLES OF EXECUTIVE, GOVERNANCE ARCHITECTURE: SHIFTING ROLES OF EXECUTIVE, PARLIAMENT AND JUDICIARY	47
2.1. Judicial Review: <i>Miller I</i>	47
2.2. Judicial Review: <i>Miller II</i>	49
2.3. Provisional Conclusions	50
3. INSTRUMENTALISATION OF EU/UK NEGOTIATIONS: AGREEING TO [AND THEN RESILING FROM (?)] THE WITHDRAWAL ARRANGEMENTS	50
3.1. Withdrawal Agreement 2019-20: Shift from Backstop to Frontstop	50
3.2. Internal Market Bill 2020: Resiling from the <i>Withdrawal Agreement?</i>	52
3.3. The Trade and Cooperation Agreement 2020.....	54
3.4. Trade Turbulence as Grounds for Resiling from the TCA?	56
3.5. Shifting Focus to the <i>Culture Wars'</i> Agenda.....	57
4. TERRITORIAL POLICY CONTESTATION AND INTEGRITY OF THE UK: THE UK WITHDRAWAL FROM THE EUROPEAN UNION (CONTINUITY) (SCOTLAND) ACT 2021	57
5. CONCLUSIONS.....	61
UK CONSUMER LAW AFTER WITHDRAWAL FROM THE EUROPEAN UNION («BREXIT»), por Christian Twigg-Flesner	63
1. INTRODUCTION.....	63
2. UK CONSUMER LAW AT THE TIME OF WITHDRAWAL FROM THE EU.....	64
3. DEALING WITH WITHDRAWAL: THE 2018 ACT.....	67
4. IMMEDIATE CHANGES MADE TO UK CONSUMER LAW.....	69
5. THE TRADE AND CO-OPERATION AGREEMENT AND CONSUMER LAW.....	71
6. FUTURE DEVELOPMENT OF UK CONSUMER LAW	77
7. CONCLUSIONS.....	79

	Pág.
EL IMPACTO DEL <i>BREXIT</i> EN LOS SERVICIOS: EL CASO DE LA INDUSTRIA CREATIVA EN REINO UNIDO, por Claudia Manrique Carpio	81
1. INTRODUCCIÓN	82
2. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS FRENTE AL <i>BREXIT</i>	83
3. EL NUEVO RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS EN LAS RELACIONES POS <i>BREXIT</i>	86
3.1. El resultado ambiguo del comercio internacional de servicios en el Acuerdo de comercio y cooperación.....	86
3.2. Las particularidades del Acuerdo de comercio y cooperación en sectores claves del comercio internacional de servicios.....	89
4. LA INDUSTRIA CREATIVA Y LA MOVILIDAD DE PERSONAS FÍSICAS CON EL <i>BREXIT</i>	91
4.1. La industria creativa y la situación del sector en Reino Unido ...	91
4.2. El movimiento temporal de personas físicas en el Acuerdo de comercio y cooperación y la industria creativa	94
5. CONSECUENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES PARA LA INDUSTRIA CREATIVA Y LAS GIRAS MUSICALES DE REINO UNIDO	97
6. REFLEXIONES FINALES.....	102
EL IMPACTO DEL <i>BREXIT</i> EN LOS CONTROLES DE EXPORTACIONES ESTRATÉGICAS, por Ana Sánchez Cobaleda	105
1. INTRODUCCIÓN	105
2. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE COMERCIO	107
2.1. Exportaciones desde Reino Unido tras el <i>Brexit</i>	108
2.2. Exportaciones desde la UE tras el <i>Brexit</i>	111
3. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD.....	112
3.1. Divergencias en el ámbito de aplicación de los controles	114
3.2. Aplicación de sanciones	116
4. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PODER E INFLUENCIA.....	118
4.1. Consecuencias para la UE en materia de influencia	118
4.2. Consecuencias para Reino Unido en materia de influencia.....	120
5. CONCLUSIÓN	121
LA UNIÓN EUROPEA COMO ACTOR GLOBAL TRAS EL <i>BREXIT</i>: EL GIRO GEOPOLÍTICO, por Leire Moure	123
1. INTRODUCCIÓN	123
2. LA POTENCIA NORMATIVA CUESTIONADA.....	126

	Pág.
3. LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL RETORNO DE LA GEOPOLÍTICA...	130
4. LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO RELATO TRAS EL <i>BREXIT</i> : DANDO FORMA AL GIRO GEOPOLÍTICO	133
4.1. Una estrategia global para la Unión Europea	134
4.2. La idea de soberanía europea	135
4.3. La autonomía estratégica	139
5. BREVE REFLEXIÓN FINAL	143
 LA <i>COMMONWEALTH</i>: APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA <i>SUI</i> <i>GENERIS DE LA COMMONWEALTH</i>, por María Mut Bosque	 145
1. INTRODUCCIÓN.....	146
2. MARCO HISTÓRICO	147
3. MARCO ACTUAL.....	150
4. LA NATURALEZA <i>SUI GENERIS DE LA COMMONWEALTH</i>	151
5. REQUISITOS PARA SER UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.	152
5.1. Primer requisito esencial: instrumento constitutivo	154
5.2. Segundo requisito esencial: doble requisito de propósitos y miembros.....	156
5.3. Tercer requisito esencial: estructura orgánica permanente	157
6. LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL EN LA <i>COM-</i> <i>MONWEALTH</i>	160
7. LA SECRETARÍA BICÉFALA DE LA <i>COMMONWEALTH</i>	160
8. LA COMPLEJA ESTRUCTURA DE LA <i>COMMONWEALTH</i>	161
9. REFLEXIÓN FINAL: LA <i>COMMONWEALTH</i> COMO ALTERNATIVA A LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL <i>BREXIT</i>	164
10. CONCLUSIONES	167

Presentación

La decisión de Reino Unido de abandonar la Unión Europea (UE), conocida popularmente con el nombre de BREXIT (acrónimo a partir de *Britain & Exit*), se produce tras el referéndum, celebrado el 26 de junio de 2016, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en Gibraltar¹. El referéndum contó con una participación del 72,2 por 100 del electorado, resultando un 51,9 por 100 a favor de abandonar la Unión y un 48,1 por 100 a favor de permanecer en la UE². Son, pues, los ciudadanos los que expresan su voluntad de abandonar la Unión y ello pese a las concesiones que David Cameron, entonces primer ministro de Reino Unido, había obtenido en el seno del Consejo Europeo de febrero de 2016, precisamente para realizar campaña a favor del *remain* y convencer a los ciudadanos británicos escépticos con la evolución del proceso de integración europea³. El resultado del referéndum fue una sorpresa para la mayoría de analistas, siendo muchas las preguntas que se suscitaron y las incógnitas que surgieron en los meses y años posteriores hasta que se logró pactar un acuerdo de retirada y un acuerdo de comercio y cooperación para definir las condiciones en las que Reino Unido dejaba de ser miembro de la UE y se le concedía un estatuto específico de Estado asociado.

En el curso académico del Máster en Estudios Internacionales que transcurrió de octubre de 2020 a junio de 2021, al cumplirse un año desde que Reino Unido abandonara la UE, el 1 de febrero de 2020, acercarse el final del periodo transitorio, el 31 de diciembre de 2020, en el que el

¹ El Parlamento británico aprobó la *European Union referendum Act* en 2015 para regular los términos en los que se produciría el referéndum (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/section/2>).

² Los resultados se encuentran disponibles en <https://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information> (consultado por última vez el 14 de septiembre de 2018).

³ Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para Reino Unido en la UE, que figura como Anexo a las Conclusiones del Consejo Europeo de 18-19 de febrero de 2016, *DOUE* C 69 I/01, de 23 de febrero de 2016. Entre las particularidades de este nuevo régimen destaca, por ejemplo, la aclaración de que «las referencias a una unión cada vez más estrecha no se aplican a Reino Unido».

Derecho de la Unión aún era aplicable en Reino Unido y en un momento en que los debates en torno a la adopción y entrada en vigor del Acuerdo de comercio y cooperación (adoptado en diciembre de 2020 y en vigor a partir del 1 de mayo de 2021) ocupaban las primeras páginas de la actualidad internacional, nos pareció interesante abordar monográficamente este proceso de retirada como caso de estudio directamente relacionado con los contenidos del programa. En ello coincidió el interés y apoyo de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona, de la que es titular la catedrática de Derecho Civil, Dra. Esther Arroyo, y en la que la que escribe estas líneas participa como miembro del equipo de investigación.

Las dificultades logísticas planteadas por la pandemia causada por la covid-19, que dificultaban los viajes e impedían las actividades docentes presenciales, nos hicieron descartar el formato de jornada y sustituirlo por un ciclo de conferencias *online* que, con el título *Entendiendo el Brexit y sus consecuencias*, se fueron ofreciendo a lo largo del curso contando con la participación tanto de expertos vinculados al programa como invitados especiales para esta actividad.

El interés de las presentaciones y del tema en sí mismo, de gran complejidad y con un carácter multifacético, convenció a la dirección del Máster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona del interés de organizar esta publicación para profundizar en el análisis de los temas presentados en el seminario, e incluir algunos estudios adicionales para evaluar las consecuencias del *Brexit*, en el momento en que se cumplen dos años de la retirada. Para ello, nuevamente contamos con el apoyo y colaboración de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona. El presente libro colectivo continúa así los tres anteriormente publicados, también con la editorial Marcial Pons, sobre *El agua, recurso natural limitado* (2018), *Nuevos planteamientos en diplomacia: la diplomacia humanitaria* (2020) y *Las Organizaciones internacionales en el siglo XXI* (2021).

Esta nueva publicación se compone de siete contribuciones. El punto de partida es el análisis general del Derecho de las Organizaciones Internacionales, en particular, el relativo a la posibilidad de retirada de los Estados miembros de la Organización, que realiza la Dra. Ana M.^a Badia Martí, directora del Máster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona. El segundo trabajo es un estudio realizado por quien escribe estas líneas, Dra. Laura Huici Sancho, directora adjunta del Máster en Estudios internacionales de la UB. Constituye un análisis del art. 50 TUE, su interpretación y aplicación en el caso concreto de la retirada de Reino Unido. Estos dos primeros trabajos de naturaleza introductoria se continúan con la aportación de los profesores doctores Mel Kenny y Antonio Cardesa-Salzmann, de la Universidad de Strathclyde, que analizan el *Brexit* y la conclusión de los Acuerdos

de retirada y de comercio y cooperación desde la perspectiva jurídica interna de Reino Unido, planteando un interesante y agudo estudio de su impacto sobre el sistema constitucional y reparto de competencias en ese Estado.

Los tres trabajos siguientes analizan las consecuencias del *Brexit* sobre ámbitos materiales objeto de regulación concretos. El profesor Christian Twigg-Flesner, de la Universidad de *Warwick*, aborda el impacto del *Brexit* sobre el derecho de protección de los consumidores en Reino Unido, planteando, entre otras cuestiones de gran interés, las dificultades que derivan de la noción de «*retained EU law*», esto es, del Derecho de la UE que seguirá siendo aplicable en Reino Unido mientras no se adopten normas internas que lo modifiquen. La doctora Claudia Manrique, repórter del CELIS Institute, examina cómo ha afectado la retirada de Reino Unido al sector de los servicios a partir del caso concreto de la industria creativa. Entre otros aspectos, su contribución incide en cómo las restricciones relativas a la libre circulación de personas afectan particularmente a las restricciones de movilidad que sufre la industria creativa tras el *Brexit*. El tercer trabajo que se aproxima al *Brexit* con el enfoque en un ámbito material concreto es de la profesora Ana Sánchez Cobaleda, de la Universidad de Barcelona. El ámbito escogido en este caso es el de los bienes de doble uso, lo que permite analizar el impacto del *Brexit* sobre la circulación de un tipo de bienes vinculados estrechamente a cuestiones de seguridad y defensa, poniendo de manifiesto su incidencia en el papel que corresponde a la UE en el mundo en esta materia.

En estrecha conexión, con esto último, el libro finaliza con dos trabajos planteados desde la perspectiva de las relaciones exteriores de la Unión. La profesora Leire Moure, de la Universidad del País Vasco, se pregunta por el giro geopolítico que la retirada de Reino Unido supone para la UE como actor global. Libre de uno de los Estados más reticentes para avanzar en el proceso de integración política, la autora analiza las nuevas tendencias en el seno de la Unión, destacando las prioridades que fija Francia, país que ostenta la presidencia en el momento en el que se culmina esta publicación, y cuyo presidente ha defendido abiertamente la necesidad de una UE con mayor «soberanía» y, sobre todo, mayor «autonomía estratégica». La profesora María Mut, de la Universidad Internacional de Cataluña, concluye la publicación presentando un análisis diferente, dirigido a los cambios en la política exterior de Reino Unido y centrado, en este caso, en sus relaciones con la Commonwealth. El objetivo es analizar qué impacto tiene la retirada de Reino Unido sobre esta organización internacional de naturaleza jurídica singular, históricamente vinculada a la desmembración del imperio británico.

No quiero finalizar esta presentación sin agradecer a todos los autores su disponibilidad para compartir este proyecto común, que nos permite

acercarnos al *Brexit* con más profundidad apenas dos años después de la entrada en vigor del Acuerdo de retirada y tras un año de aplicación del Acuerdo de comercio y cooperación entre la UE y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra.

Laura HUICI SANCHO

Una reflexión en torno a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de una organización internacional

Dra. Ana M.^a BADIA MARTÍ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.—3. «VOLUNTARIEDAD» DE LA PARTICIPACIÓN CON LA CONDICIÓN DE MIEMBRO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.—4. CONSIDERACIÓN FINAL.

RESUMEN: Se señala la importancia de acudir al Derecho de las Organizaciones internacionales para el estudio del caso concreto del *Brexit*, poniendo especial énfasis en el carácter voluntario de la condición de miembro, voluntariedad vinculada a los objetivos de la Organización internacional. No puede desvincularse la retirada de una Organización internacional del contenido jurídico de la condición de miembro.

ABSTRACT: *The importance of resorting to the law of international organisations for the study of the specific case of Brexit is pointed out, placing special emphasis on the voluntary nature of membership, which is linked to the objectives of the international organisation. Withdrawal from an international organisation cannot be dissociated from the legal content of membership.*

1. INTRODUCCIÓN

La contribución que me propongo desarrollar en esta obra, sobre lo que significa el *Brexit* y los distintos ámbitos en que ha incidido e incide, tiene por objeto contextualizar este hecho concreto: la pérdida de la condición de miembro de una organización internacional, en este caso de integración, desde la perspectiva del Derecho de las organizaciones internacionales. Esta es, a mi juicio, una de las perspectivas que debe

* Catedrática de Derecho Internacional, directora del Máster en Estudios Internacionales de la UB.

tenerse en cuenta partiendo del hecho de que la Unión Europea (UE) es una organización internacional; al margen de opiniones totalmente unilaterales, despreciando esta rama del Derecho; aproximación que ayuda a objetivar el *Brexit* en concreto y centrarnos en las cuestiones jurídicas de fondo. En este planteamiento, se obvian las consideraciones políticas que acompañan a este desencuentro.

Una vez delimitada la perspectiva jurídica que se adopta me centraré, en esta breve aportación, en un elemento concreto: la expresión de la voluntad del Estado de ser miembro de una organización internacional, decisión obligatoria, para el caso concreto de pérdida de la condición de miembro.

2. EL DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

El Derecho de las organizaciones internacionales es parte del ordenamiento jurídico internacional y se ha fraguado a través de la casuística que aporta cada una de las organizaciones. Hoy se considera que existe una teoría general sobre organizaciones internacionales, respetuosa con su variedad, y que tiene su fundamento en la práctica internacional. Afirmación que encuentra su punto de partida en el pronunciamiento de la Corte sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas¹, que les reconoce personalidad jurídica internacional y por tanto la consideración de sujetos de Derecho internacional². A los pronunciamientos de la Corte, han de sumarse los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su tarea de codificación y desarrollo progresivo, con el objetivo de dar contenido jurídico a aspectos generales y comunes a todas las organizaciones internacionales: la representación de los Estados ante las organizaciones internacionales de carácter universal³, tratados concluidos entre Estados y organizaciones internacionales y de estas entre sí⁴, estatus, privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, sus agentes y expertos en misión⁵, responsabilidad de las organizaciones internacionales, entre 2002 y 2011⁶, y, por último, las no despreciables aportaciones de la doctrina autorizada en la mate-

¹ Corte internacional de Justicia, asunto sobre la reparación de ciertos daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, *ICJ Rep* 174, 11 de abril de 1949.

² Al dictamen citado le seguirán una serie de pronunciamientos, básicamente en relación con Naciones Unidas, sobre la condición de miembro, competencias de la Asamblea General, sobre inmunidad de los agentes internacionales, sobre la partición con el estatus de observador entre otros. Para un trabajo de síntesis sobre las aportaciones de la Corte al Derecho de las organizaciones internacionales, *vid.* M. I. TORRES CAZORLA, «Las aportaciones de la Corte Internacional de justicia al concepto (y elementos conformadores) de las Organizaciones Internacionales», en A. BADIA MARTÍ y L. HUICI SANCHO (dirs.), *Las Organizaciones Internacionales en el siglo XXI*, Marcial Pons, 2021, pp. 75-101.

³ Convenio de Viena de 1975.

⁴ Convenio de Viena de 1986.

⁵ Tema que se trató entre 1976 y 1992 y se decidió aparcar su estudio (A/RES/47/33).

⁶ Que terminó con un proyecto de artículos sobre la materia (A/RES/ 66/100).

ria⁷. Elementos de la práctica que permiten considerar, sin equívocos, la existencia del Derecho de las organizaciones internacionales que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico internacional.

El Derecho de las organizaciones es parte de ordenamiento jurídico internacional y comprende las partes correspondientes del citado ordenamiento del que forman parte dichas organizaciones internacionales (fuentes, subjetividad, competencias, responsabilidad, representación...). En cada uno de los temas tratados de teoría general, deben añadirse las «reglas de la organización» que comprenden «los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la organización internacional adoptados de conformidad con esos instrumentos, y la práctica bien establecida de la organización»⁸.

Dentro de este Derecho de las organizaciones internacionales, encontramos el contenido jurídico de la condición de miembro (derechos y obligaciones) y la pérdida de esta condición que, además de ser voluntaria, puede ser impuesta, por violar las normas de la organización internacional o como sanción prevista por el ordenamiento jurídico internacional⁹.

3. «VOLUNTARIEDAD» DE LA PARTICIPACIÓN CON LA CONDICIÓN DE MIEMBRO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Delimitado el marco normativo, las reflexiones que orientan este breve escrito se concretan en llamar la atención sobre la decisión de un Estado de obtener la condición de miembro de una organización internacional, que enunciamos como «voluntariedad» de participación¹⁰.

No existe norma alguna, ni internacional ni interna, que imponga a un Estado el formar parte de una organización internacional, ello es así y no admite consideraciones en sentido contrario, ya que se atentaría al principio de igualdad soberana de los Estados y al Derecho de los tratados que rige la materia¹¹. El nacimiento de una organización internacio-

⁷ Sirva de ejemplo el tradicional manual, en lengua española, sobre *Organizaciones Internacionales* del profesor DÍEZ DE VELASCO (16.ª ed. coordinada por J. M. SOBRINO HEREDIA, Tecnos, 2010) o, en inglés, *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford University Press, 2016, con un enfoque distinto de la citada anteriormente.

⁸ Art. 2.b) del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (A/RES/66/100).

⁹ Junto a la condición de miembro, el Derecho de las organizaciones internacionales se ocupa de: los órganos de las organizaciones y sus competencias, los actos, la financiación, estatuto de los agentes, responsabilidad; así como de las funciones que cumplen en la sociedad internacional

¹⁰ La condición de miembro es la forma con contenido pleno en la vida de la organización internacional, sin perder de vista que cada vez se prevé con mayor frecuencia otras formas de participar, condicionado a los objetivos de la organización internacional.

¹¹ Convenio de Viena de 1969, art. 5.

nal responde a un proceso de negociación de un tratado constitutivo de la futura organización¹².

Cosa distinta es que, ante la existencia de bienes públicos globales y la exigencia de gobernanza global, ante diferentes retos, pueda prescindirse de la conveniencia y oportunidad de organizar las relaciones internacionales de forma institucionalizada, es decir, a través de organizaciones internacionales; aun así, la composición de la organización internacional queda al albedrío del llamado a ser parte.

La voluntariedad de la participación de los Estados en la creación de una organización internacional forma parte de su concepto: «Asociaciones Voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente de la de sus miembros»¹³. Voluntariedad, que forma parte del concepto como sujeto de Derecho internacional.

Junto a ello, ha de tenerse en cuenta en los criterios de clasificación de las organizaciones internacionales. Efectivamente, si es una organización internacional abierta o cerrada, de integración o cooperación, se diseña en el momento de negociación del tratado constitutivo. Así nos encontramos que la opción a ser miembro o no de la organización internacional es previa a la existencia de la misma, y se tendrá o no se tendrá la posibilidad de ejercer esta decisión unilateral (de ser parte o no de la organización internacional), dependiendo del diseño de los objetivos por parte de los que lideran la constitución de la organización. Abundando en esta idea, creo que existen distintos supuestos en que esta libertad de acción tiene claramente un carácter funcional, es decir, basado en los objetivos.

El primer ejemplo, a tener en cuenta, es la condición de miembro en la Organización Meteorológica Mundial (OMM), organización internacional de vocación universal, por tanto abierta y de fines específicos: la cooperación en materia de meteorología; en este caso se requiere que el Estado para ser miembro o bien haya participado en la Conferencia de Directores de la Organización Meteorológica Internacional, celebrada en Washington D. C., el 22 de septiembre de 1947, o bien ostente la condición determinante de disponer de un Servicio meteorológico y ser responsable de él, lo que va más allá de la condición de Estados y permite que se admita a territorios no autónomos y territorios dependientes¹⁴.

Otros ejemplos en el mismo sentido, atendiendo a los objetivos de la organización internacional, son las siguientes clases de OOII: las que

¹² L. GASBARRI, *The Concept of an International Organization in International Law*, Oxford University Press, 2021.

¹³ J. M. DÍEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 43. En términos parecidos el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (<https://dpej.rae.es/lema/organizaci%C3%B3n-internacional>, consultada el 18 de noviembre de 2021).

¹⁴ Art. 3 del Tratado constitutivo de la OMM y Anexos 1 y 2 de dicho Tratado.

se dedican a la gestión de un espacio geográfico (la Organización del tratado de cooperación amazónica); organizaciones cerradas atendiendo a diferentes criterios: por pertenecer a un área geográfica determinada (UA, OEA), por diseñar un tipo de defensa concreta (OTAN), por afinidades religiosas y culturales (Conferencia islámica); probablemente podríamos perfilar otros criterios, pero los expuestos ejemplarizan el objetivo propuesto. Dentro de este apartado de identificar organizaciones de tipo cerrado, como elemento delimitador de la «voluntariedad» de las organizaciones internacionales, es oportuno referirnos al reparto de competencias entre los Estados miembros y la organización, distinguiendo entre organizaciones internacionales de cooperación y de integración. En las primeras no hay cesión de competencias de los Estados a las organizaciones internacionales. En las segundas sí hay cesión de competencias, atendiendo a la noción de supranacionalidad, y su integración se realiza a través de normas jurídicas. Así, para el caso de la UE se requiere ser un Estado del continente europeo y compartir los valores de la Organización¹⁵. De reunir estas condiciones, existe la posibilidad de solicitar el ingreso y adquirir la condición de miembro¹⁶, mediante un tratado de adhesión que deberá ratificarse por todos los Estados miembros de la UE¹⁷.

Así, debe tenerse en cuenta el carácter de voluntariedad, tanto en el diseño de la organización internacional como cuando esta ya existe y opera como sujeto de Derecho internacional, en cuyo caso, estamos ante miembros admitidos¹⁸ y debe de acudir a las ya citadas «reglas de la organización», que establecerán el proceso a seguir, en el seno de la organización internacional, para obtener la condición de miembro y las condiciones que deben concurrir en el candidato.

Aquí, como la organización opera a través de los órganos, cabe prestar atención a los reglamentos de los órganos que participan en el proceso de admisión de nuevos miembros. En este caso, los reglamentos, puede considerarse que desarrollan las líneas que establecen los tratados constitutivos para obtener la condición de miembro. Entiendo que es así, ya que se trata de una cuestión vinculada a los objetivos de la organización internacional, como se ha indicado en los párrafos precedentes y, por tanto, son estos los que la concretan¹⁹.

¹⁵ Art. 2 TFUE.

¹⁶ Art. 49 TFUE.

¹⁷ Sobre la relación entre la condición de miembro y clases de organizaciones internacionales, *vid.* S. MATHIAS y S. TRENGOVE, «Membership and Representation», *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, University Press, 2016, pp. 962-984 (en concreto, pp. 963-967).

¹⁸ Capítulo aparte y específico es los supuestos de sucesión de Estados y que repercuten en la condición de miembro de las organizaciones internacionales. Sobre esta cuestión, *vid.* la completa obra de G. A. OANTA, *La sucesión de Estados en las Organizaciones internacionales: examen de la práctica internacional*, Bosch Editor, 2020.

¹⁹ L'Institut de Droit Internationales adoptó el 4 de septiembre de 2021 una Resolución referente a los límites de la interpretación de los tratados constitutivos por la práctica, cuyos párrafos 3.º y 6.º recuerdan los objetivos de las organizaciones internacionales; aunque se refiere

La participación en la vida de la organización internacional está presidida por dos principios jurídicos: el de buena fe y el de cooperación. Como derechos derivados de la condición de miembro, se identifican con carácter general: la acreditación de los representantes de los que tienen la condición de miembro ante la organización internacional, la participación en el proceso de adopción de los actos de la organización internacional, incluyendo el derecho de voto, y presentar candidatos para ser agentes internacionales. La condición jurídica de miembro comporta obligaciones, como la contribución a los gastos de la organización.

En el momento de considerar la retirada de su condición de miembro de una organización internacional, el Estado no puede hacerlo de forma unilateral, es decir, no puede ejercerse al margen de la vida del sujeto creado: la organización internacional. Esta tiene sus funciones y está obligada a ejercerlas así manteniendo la voluntariedad del Estado miembro. Este al tener esta condición, debe respetar, y por tanto está sometido a las «reglas de la organización», en caso contrario se incurriría en responsabilidad internacional. Como tampoco puede retirarse, sin tener en cuenta la condición de miembro y su contenido jurídico, que como mínimo exige contemplar las normas del Derecho de la organización de buena fe y de acuerdo con el principio de cooperación.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Concluimos que la decisión de ser miembro de la organización internacional es un acto voluntario condicionado a los objetivos de la misma.

Afirmación que se desprende de la categorización de una organización internacional de sujeto de Derecho internacional que requiere de la libre voluntad del Estado llamado a ser miembro; llamamiento y ejercicio del derecho a alcanzar la condición de miembros condicionado a los objetivos de la organización internacional. Así, las organizaciones internacionales, sujeto de Derecho internacional derivado y de carácter funcional, operan en la obtención de la condición de miembro y la pérdida de la misma. Siempre estamos en el binomio Estado/organización internacional.

al Sistema de Naciones Unidas, a mi juicio es operativo para todas las organizaciones internacionales (vid. *Resolution: limits to evolutive interpretation of the constituent instruments of the Organizations within the United National System by their internal organs*, disponible en https://www.idi-ii.org/app/uploads/2021/09/2021_online_07_en.pdf).

El tortuoso camino jurídico hacia el Acuerdo de retirada y el Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea

Dra. Laura HUICI SANCHO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ART. 50 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: 2.1. La discrecionalidad de los Estados miembros para iniciar la retirada. 2.2. El procedimiento de retirada.—3. EL ACUERDO DE RETIRADA Y EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA: 3.1. La complejidad en las negociaciones y en el procedimiento de conclusión del Acuerdo de retirada. 3.2. El Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea: un difícil comienzo para las relaciones futuras.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Este trabajo se centra en analizar el contenido del art. 50 TUE y su aplicación en el proceso de retirada de Reino Unido. También se examina, con carácter general, cómo se ha abordado, en el seno de la Unión Europea, el proceso de negociación y adopción de los diferentes acuerdos adoptados como consecuencia de esta retirada.

ABSTRACT: *This paper focuses on analysing the content of Article 50 TEU and its application in the UK's withdrawal process. It also examines, in general terms, how the process of negotiation and adoption of the different agreements adopted as a consequence of this withdrawal has been approached within the EU.*

1. INTRODUCCIÓN

Hasta el año 2017, la Unión Europea (UE) solo había sufrido ampliaciones aumentando progresivamente su número de miembros desde los seis originales hasta un total de 28, con la última adhesión de Croacia en el año 2013. La expansión de la Unión era uno de los aspectos que, cuando menos implícitamente, constituía buena prueba del éxito del

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.

proceso de integración. Era un claro argumento de los partidarios de la integración europea frente a las voces críticas y los fracasos que, a lo largo de los años, se han ido sucediendo en el seno de este proceso. Frente a ello, la salida de Reino Unido (RU) constituye un desafío sin precedentes para la UE pero, como se verá en las páginas de este trabajo y los otros publicados en esta obra colectiva, no cabe duda de que lo ha sido para ambas partes.

El *Brexit* ha evidenciado la complejidad del proceso de retirada de la UE y los problemas de aplicación que, en la práctica, suscita el contenido del art. 50 TUE. Es de especial interés que la agenda de las negociaciones se organizara en dos fases, siguiendo la posición defendida por el Parlamento Europeo¹. Primero, se abordaron las negociaciones sobre la retirada propiamente dicha y, cuando los puntos esenciales de esta primera fase estaban acordados, se iniciaron las negociaciones sobre los temas relativos al régimen jurídico de la futura relación entre RU y la UE². En las próximas páginas, se analiza el contenido del art. 50 TUE y su aplicación en la retirada de RU. También se examina cómo se ha abordado, en el seno de la UE, el proceso de negociación y adopción de los diferentes acuerdos, así como la manifestación del consentimiento y entrada en vigor del Acuerdo de retirada y del Acuerdo de comercio y cooperación entre RU y la UE.

2. EL ART. 50 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El derecho de todo Estado miembro de abandonar la Unión se reconoce, por primera vez explícitamente, en el art. 50 TUE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa³. Este derecho se contenía ya en una de las disposiciones del malogrado Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, siendo una referencia singular, en un Tratado que se presentaba como un avance cualitativo hacia la integración política⁴. El

¹ La Resolución del Parlamento Europeo de 28 de junio de 2016, *sobre la decisión de salir de la Unión como consecuencia del referéndum en el Reino Unido*, afirmaba en su apartado 7 que «hasta que se celebre el Acuerdo de retirada, no podrá convenirse una nueva relación entre RU y la Unión». Esta posición se reitera y completa casi un año más tarde, con una cierta flexibilización. El acuerdo sobre las futuras relaciones solo podrá celebrarse tras la retirada, pero podrán entablarse disposiciones transitorias antes «en el caso de lograrse avances sustanciales sobre el Acuerdo de retirada». Parlamento Europeo, Resolución de 5 de abril de 2017, *sobre las negociaciones con el Reino Unido a raíz de la notificación por la que declara su intención de retirarse de la Unión Europea* [2017/2593(RSP)], apartados 14 y 15.

² Así, se fijó también en las Orientaciones Generales aprobadas por el Consejo Europeo para las negociaciones del *Brexit*, el 19 de abril de 2017. Disponibles en <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2017/04/29/>.

³ Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*BOE* 286, de 27 de noviembre de 2009, pp. 100309-100500).

⁴ Como destaca Sara Berglund, existía una interpretación extendida en torno a la imposibilidad de retirada unilateral en el proceso de integración europea caracterizado por la idea de una «unión cada vez más estrecha». La adopción de esta cláusula, previendo el derecho de

Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa no llegó a entrar en vigor, por el rechazo a su ratificación en los *referenda* de Francia y Países Bajos, que evidenciaron las dificultades para seguir avanzando en el proceso de integración política⁵. Las reformas necesarias, en una UE que había crecido a 27 Estados miembros, se acometieron con el Tratado de Lisboa y el artículo referido al derecho de retirada fue uno de los que se rescató para incluirlo en el nuevo Tratado.

El art. 50 TUE fue, desde un principio, una disposición dirigida a aplacar los ánimos de los Estados miembros más reticentes con los avances del proceso de integración, como recordatorio de que la Unión no sustituye a los Estados miembros que siguen siendo soberanos y cuya voluntad, por tanto, es determinante⁶. Pero al establecer un procedimiento concreto de retirada, el art. 50 TUE funciona también como una garantía de estabilidad para la UE porque define de qué forma deberá producirse la salida evitando, *a priori*, la posibilidad de que esta se articule a través de una pura denuncia unilateral de los Tratados⁷.

Con todo, la retirada de RU ha suscitado problemas en la interpretación del art. 50 TUE que evidencian la dificultad de su aplicación en sus términos literales. El primer problema se suscita por la discrecional-

retirada explícitamente, zanjaba la discusión en este punto, en un contexto complejo tras la gran ampliación de 2004 y los avances en la integración económica y política. No obstante, la autora presagiaba que la retirada unilateral de cualquier Estado, especialmente si era de los antiguos miembros de la UE, sería sin duda un proceso muy complejo con difíciles implicaciones políticas y económicas. S. BERGLUND, «Prison or voluntary cooperation? The possibility of withdrawal from the European Union», *Scandinavian political studies*, vol. 29-2, 2006, pp. 147-167.

⁵ Este rechazo se nutrió tanto de los movimientos más favorables a la integración política, a los que el Tratado parecía insuficiente, por no tratarse de una verdadera constitución, como de los grupos euroescépticos que lo consideraban equívoco y un avance intolerable hacia la pérdida de la soberanía y control de los Estados miembros.

⁶ M. Huysmans destaca que el art. 50 recogía tanto la posición de los Estados más tradicionalmente reticentes a los avances del proceso de integración europea como la de los Estados que se habían adherido a la UE en 2004 y que recelaban ante las dificultades que podían derivar de la adhesión sin un derecho de salida. En este sentido, su trabajo establece una relación directamente proporcional entre el incremento en la heterogeneidad e los Estados miembros de la UE y el reconocimiento del derecho de salida unilateral. M. HUSMANS, «Enlargement and exit: the origins of Article 50», *European Union Politics*, 0 (0), 2019, pp. 1-21.

⁷ Esa ha sido la posición mayoritaria en las instituciones británicas en relación con el procedimiento de salida de la UE y ello porque, según establece el Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los Tratados internacionales, las partes de un Tratado, en este caso del TUE, deben cumplir lo pactado. Por tanto, la aceptación del art. 50 TUE supone que tanto la UE como sus Estados miembros y, en particular, RU se someten a su contenido para regir el procedimiento de retirada (*vid.* House of Lords, Select Committee on the Constitution, *4rth report on session 2016-17. The invoking of article 50*, 13 de septiembre de 2016, p. 5). En el mismo sentido, el Tribunal de justicia de la UE afirmaba que «el art. 50 TUE se propone lograr un doble objetivo: consagrar el derecho soberano del Estado miembro a retirarse de la Unión y establecer un procedimiento que permita que esta retirada se produzca de manera ordenada» (Tribunal de Justicia de la UE, Sentencia de 10 de diciembre d 2018, asunto C-621/18, párr. 56). En definitiva, como nos recuerda P. Andrés, el art. 50 TUE «es la *lex specialis* priorizada por el art. 54» del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados. P. ANDRÉS SAINZ DE SANTAMARÍA, «El *Brexit* y el derecho de los Tratados», en N. CORNAGO, J. L. CASTRO y L. MOURE (eds.), *Repensar la Unión Europea. Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 87.

lidad que se reconoce al Estado en retirada, en este caso RU, respecto al inicio del procedimiento. En segundo lugar, se suscita la cuestión de las negociaciones, por cuanto debe concretarse cómo se van a producir estas negociaciones y qué papel corresponde a cada institución de la UE en ellas, en particular, a la Comisión y al Parlamento Europeo. Finalmente, el plazo de dos años previsto para culminar la retirada, así como la posibilidad de prórroga, también merece ser objeto de alguna reflexión.

2.1. La discrecionalidad de los Estados miembros para iniciar la retirada

Según se desprende de los términos del art. 50, apartado 1 TUE, la decisión de abandonar la UE la adoptará el Estado en cuestión conforme a lo que disponga su ordenamiento jurídico interno:

«Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión».

El procedimiento de retirada, propiamente dicho, no se inicia hasta el momento en que el Estado notifica oficialmente su decisión al Consejo Europeo. En este sentido, el art. 50 TUE establece un derecho de retirada unilateral, porque la decisión de iniciar el procedimiento corresponde únicamente al Estado miembro en cuestión y porque, como se verá, incluso sin acuerdo, el Estado puede dejar de ser miembro de la UE una vez transcurrido el plazo previsto en el Tratado.

El TUE sigue así la posición mayoritaria respecto a la pérdida de la condición de miembro en una Organización internacional que se basa, en primer lugar, en la competencia exclusiva de todo Estado para decidir la retirada del Tratado internacional que es su Tratado constitutivo⁸.

La discrecionalidad con la que cualquier Estado miembro puede ejercer este derecho conlleva que no se establece ningún requisito ni tampoco plazo para que, una vez sea pública y notoria la decisión de abandonar la UE, deba realizarse la notificación formal al Consejo Europeo⁹. Esta cuestión queda sometida al principio de cooperación y al principio de

⁸ Como afirma A. Mangas, «el derecho de retirada es un derecho abierto y constante que acompaña al estatuto del Estado miembro en una organización internacional». A. MANGAS MARTÍN, «Post-Brexit: una Europa confusa entre el desánimo y la incertidumbre», *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 54, 2016, p. 431.

⁹ Pese a que esta no ha sido la opción recogida en el TUE, convenimos con I. Vázquez que, si bien el derecho de retirada de los Estados miembros «no se puede prohibir y al que no pueden renunciar, existen varias opciones para limitar su invocación: a) limitar el momento o momentos de su invocación, por ejemplo cuando se trate de una reforma no querida por un Estado, y b) establecer un plazo entre el anuncio público y la notificación oficial que evite situaciones de incertidumbre e inseguridad, como se están produciendo actualmente con el *Brexit*». I. VÁZQUEZ SERRANO, «Brexit fatigue», *REDIC*, año 2, núm. 2, diciembre de 2019, p. 30.

buena fe de las partes como principio general de Derecho internacional y europeo¹⁰. En el caso de RU, el referéndum sobre la permanencia o salida de la UE tuvo lugar el 26 de junio de 2016, pero la notificación formal de la retirada no se produjo hasta el 29 de marzo de 2017. Durante esos nueve meses, RU dejó clara su intención de retirarse de la UE, pero al no haberse iniciado formalmente el procedimiento de retirada, jurídicamente, la UE se encontraba limitada en su capacidad de reacción¹¹.

La conclusión es que la unilateralidad en el inicio del procedimiento de retirada debilita la posición de la UE en un contexto, ya difícil, por cuanto la salida de un Estado miembro evidencia una crisis, un problema, que no se ha podido solucionar, esto es, una diferencia que lleva a modificar la decisión que ese mismo Estado adoptó en su día de participar en la UE. Se trata, no obstante, de una cuestión difícil, porque como hemos señalado, la unilateralidad del derecho de retirada no es sino el recordatorio de que los Estados miembros conservan la competencia para decidir sobre su participación en el proceso de integración europea y, por tanto, forma parte de esta competencia el decidir cuándo desean abandonarlo¹².

¹⁰ En los debates previos sobre el derecho de retirada de la UE, todas las propuestas en el sentido de limitar la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de este derecho fueron rechazadas a favor del reconocimiento de un derecho unilateral y discrecional. Debemos entender que no cabe ninguna interpretación del art. 50 TUE que limite el derecho de retirada, más allá de lo que se derive del Derecho aplicable al comportamiento de las partes en sus relaciones mutuas. En este sentido, H. Hofmeister se lamenta de la vaguedad de este primer apartado del art. 50 TUE y destaca la necesidad de compatibilizarlo con «*the principle of sincere cooperation, as enshrined in Article 4(3)TUE*», H. HOFMEISTER, «Should I stay or should I go? A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», *European Law Journal*, vol. 16, 2010, p. 598. *Vid.* también J. PIERNAS LÓPEZ, «El artículo 50 TUE: de su introducción a su aplicación. Ten cuidado con lo que desees...», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 833-852; A. MANGAS MARTÍN, «Post-Brexit: una Europa...», *op. cit.*, n. 8, p. 432.

¹¹ Entre las medidas que sí pudieron adoptarse cabe señalar que se agendaron una serie de reuniones entre la UE y los representantes de RU, se creó un grupo de trabajo sobre el tema en la Secretaría del Consejo, se nombró al negociador jefe de la Comisión, Michel Barnier, que presidiría el grupo de trabajo sobre el art. 50 creado por la Comisión en septiembre de 2016, se aprueba la Declaración de Bratislava con la Hoja de ruta informal del resto de 27 Estados miembros de la UE, el Parlamento creó también un grupo de seguimiento, para coordinar su posición, a partir de los líderes de sus grupos políticos, reunidos en la Conferencia de Presidentes, y un coordinador parlamentario, el eurodiputado belga, Guy Verhofstadt. *Vid.* J. CARMONA, C. C. CIRLIG y G. SGUEO, *La retirada del Reino Unido de la Unión. Aspectos jurídicos y procedimentales*, Análisis en profundidad, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, doc. PE 599.352, 2017, p. 17.

¹² En este sentido, en su análisis del art. 50 TUE, H. Hofmeister destaca que no cabe interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a la primacía y autonomía del derecho de la UE o los términos del art. 53 TUE, que prevén la duración indefinida del Tratado, en el sentido de que se excluye un derecho individual y unilateral de retirada. Lejos de ser contrario a la naturaleza de la UE, este derecho se fundamenta en el hecho de que los Estados son aún los «señores de los tratados». H. HOFMEISTER, «Should I stay or...», *op. cit.*, np. 10, pp. 595-597.

A este respecto, A. Mangas señala que, aun reconociendo el derecho de todo Estado de retirarse de una organización internacional y que este derecho no puede limitarse so pena de cambiar la naturaleza jurídica de la organización como tal, afectando a la soberanía que caracteriza a los Estados miembros, ello no implica que este derecho no pueda someterse a algunas «condiciones formales, materiales y temporales [...]». Hay varias opciones para limitar su invocación [...] limitar el momento o momentos de su invocación [...] un plazo entre el anuncio público [...] y su invocación oficial [...] pero no es fácil señalar el plazo pues dependerá tanto de circunstancias políticas como jurídicas». A. MANGAS MARTÍN, «Cuestiones jurídicas del *Brexit*:

Desde la perspectiva de la UE, además, la aproximación general es la de evitar la retirada de cualquier Estado miembro, ofreciendo las mayores facilidades para la permanencia. El Tribunal de Justicia ha aclarado que, incluso notificada oficialmente la decisión de retirarse, el Estado podría revocarla unilateralmente, si tal «revocación tiene por objeto confirmar la pertenencia de dicho Estado miembro a la Unión en términos inalterados por cuanto respecta a su estatuto de Estado miembro y pone fin al procedimiento de retirada»¹³. Ciertamente, en su intervención en este procedimiento, el Consejo y la Comisión destacaron que, en todo caso, la revocación no podía ser un derecho unilateral del Estado, sino que debería requerir la unanimidad del Consejo Europeo¹⁴. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que, dado que el art. 50 TUE no prohíbe la revocación, no puede inferirse una obligación de retirada una vez iniciado el procedimiento, porque ello constituiría una interpretación contraria a los principios y valores de la UE y a las normas de derecho internacional sobre derecho de los Tratados. En palabras del Tribunal:

«Si la notificación de la intención de retirada condujera inexorablemente a la retirada [...] el Estado miembro podría verse obligado a abandonar la Unión contra su voluntad, expresada en un proceso democrático de conformidad con sus normas constitucionales, de retractarse de su decisión de retirada y, por tanto, de seguir siendo miembro de la Unión [...] tal resultado sería contrario [...] al objeto de los Tratados de crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»¹⁵.

Eso sí, el Tribunal de Justicia de la UE entiende que, para evitar abusos de derecho, la revocación debe formularse «de manera inequívoca e incondicional [...] mediante escrito dirigido al Consejo Europeo»¹⁶. En definitiva, la decisión de retirada de la UE se adoptará conforme al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro que desee retirarse y, en lo que se refiere a la formación de voluntad del Estado, solo lo dispuesto por este ordenamiento jurídico interno es relevante.

En este punto, cabe añadir que legalmente, en RU, el referéndum sobre la retirada tenía un valor puramente consultivo. Sin embargo, el Gobierno británico se había comprometido desde un principio a implementar el resultado, cualquiera que fuera¹⁷. No obstante, al tratarse de una situación sin precedentes, se plantearon dudas sobre cómo había de hacerse efectiva, según el ordenamiento jurídico de RU, la notificación al Consejo Europeo. Frente a la posición del gobierno de que no era necesaria la consulta

notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 819-820.

¹³ Declaración final de la Sentencia de 10 de diciembre de 2018, doc. cit., n. 7.

¹⁴ Párrafo 38 a 42 de la Sentencia de 10 de diciembre de 2018, doc. cit., n. 7.

¹⁵ Párrafos 66 y 67 de la Sentencia de 10 de diciembre de 2018, doc. cit., n. 7.

¹⁶ Conclusión final del Tribunal, Sentencia de 10 de diciembre de 2018, doc. cit., n. 7.

¹⁷ El 7 de diciembre de 2016, tras un vivo debate sobre la cuestión, también la *House of Commons* resolvió públicamente que respetaba la voluntad del pueblo de RU expresada en el referéndum y exhortó al Gobierno a invocar el art. 50 antes del fin de marzo de 2017.

previa al Parlamento, porque se trataba de un acto que entraba dentro de las prerrogativas del Secretario de Estado en materia de relaciones internacionales, otros defendían que la activación del art. 50 TUE llevaría a la derogación de la *European Communities Act* de 1972 y afectaría a derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que se requería la autorización previa del legislativo¹⁸. Desde esta última perspectiva, se argumentaba también que los Parlamentos de Gales, Escocia e Irlanda del Norte debían ser igualmente consultados al respecto antes de la notificación.

El 24 de enero de 2017, el Tribunal Supremo de RU sentenció, primero, que el Gobierno requería ser autorizado por el Parlamento antes de iniciar oficialmente la retirada de la UE¹⁹; segundo, que el referéndum no constituía un mandato legal, pese a su indudable relevancia política²⁰; y tercero, que solo el Parlamento británico debía pronunciarse, «*the devolved legislatures do not have a parallel legislative competence in relation to withdrawal from the European Union*»²¹. Con todo, el Tribunal también deja claro desde el inicio que no le corresponde a él decidir ni sobre el plazo para iniciar el procedimiento de retirada, ni sobre el contenido de las negociaciones que habrán de fijar las condiciones en las que esta se produzca o aquellas que tengan por objeto determinar el régimen jurídico aplicable a las futuras relaciones entre RU y la UE. El Tribunal afirma que «*those are all political issues which are matters for ministers and Parliament to resolve*»²². En definitiva, aunque la competencia para enviar la notificación oficial de la intención de RU de retirarse de la UE correspondió al Gobierno británico, este acto requirió la previa aprobación del Parlamento, el 13 de marzo de 2017, como garantía democrática²³.

2.2. El procedimiento de retirada

El art. 50, apartado 2 TUE establece que:

«El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión ne-

¹⁸ La *European Communities Act* era la disposición aprobada por el Parlamento británico para permitir la aplicación en RU de todo el ordenamiento jurídico de la UE.

¹⁹ *Judgement of the Supreme Court*, de 24 de enero de 2017, *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) Reference by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review Reference by the Court of Appeal (Northern Ireland) - In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review, Hilary Term [2017] UKSC 5, On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85*, párrafos 101 y 121,

²⁰ El Tribunal señala explícitamente que «*the referendum of 2016 did not change the law in a way which would allow ministers to withdraw the United Kingdom from the European Union without legislation. But that in no way means that it is devoid of effect. It means that, unless and until acted on by Parliament, its force is political rather than legal. It has already shown itself to be of great political significance*», *ibid.*, párrafo 124.

²¹ *Ibid.*, párrafo 230.

²² *Ibid.*, párrafo 3.º

²³ A. MANGAS MARTÍN, «Cuestiones jurídicas del Brexit...», *op. cit.*, n. 12, p. 824.

gociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión.

Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del art. 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo».

El contenido de esta disposición ha sido calificado de excesivamente genérico y con lagunas importantes, en particular, porque no aclara qué sucederá con los derechos de los ciudadanos europeos, ni tampoco prevé ningún tipo de periodo transitorio para aclarar el funcionamiento de las instituciones de la UE una vez se culmine la retirada²⁴. Cabe señalar que, según los términos explícitos del art. 50 TUE, la notificación se refiere a la «intención del Estado de retirarse de la UE», esto es, se trata de un «preaviso» que inicia el periodo de negociaciones entre las partes²⁵.

El Parlamento Europeo ha hecho notar, con ocasión de la retirada de RU, que su papel en el procedimiento no puede limitarse a la aprobación del acuerdo final. El 28 de junio de 2016, a la vez que el primer ministro británico informaba al Consejo Europeo sobre el resultado del referéndum, el Parlamento aprobó una primera resolución sobre la decisión de salida de RU, evidenciando su intención de ser un actor principal en todo el proceso²⁶.

Así, al objeto de dar a conocer su opinión antes de la reunión del Consejo Europeo que habría de aprobar las orientaciones generales para la negociación, el Parlamento Europeo invocó su naturaleza de institución que representa a los ciudadanos europeos, para justificar su especial interés en estas negociaciones y para expresar, de forma bastante detallada en una resolución específica, cuáles eran los aspectos prioritarios a tener en cuenta en las mismas²⁷. Durante todo el tiempo que duraron las negociaciones, el Parlamento siguió activo adoptando resoluciones y manteniendo reuniones periódicas con el jefe del equipo negociador de la Comisión Europea²⁸.

Los siguientes apartados del art. 50 TUE abundan en la indeterminación y consecuente complejidad de las negociaciones sobre la retirada. El apartado 3 fija un periodo de dos años como máximo, en el que deben culminarse las negociaciones para la retirada. El plazo se inicia en el momento en que el Consejo Europeo recibe la notificación formal del Estado que desea retirarse, por lo que, si esta notificación se retrasa, ello

²⁴ H. HOFMEISTER, «Should I stay or...», *op. cit.*, pp. 594-595.

²⁵ A. MANGAS MARTÍN, «Cuestiones jurídicas del Brexit...», *op. cit.*, n. 12, p. 825.

²⁶ Parlamento Europeo, Resolución de 28 de abril de 2016, *doc. cit.*, n. 1.

²⁷ Parlamento Europeo, Resolución de 5 de abril de 2017, sobre las negociaciones con el Reino Unido a raíz de la notificación por la que declara su intención de retirarse de la Unión Europea, *DO C 298*, de 23 de agosto de 2018, pp. 24-29.

²⁸ Parlamento Europeo, Resoluciones de 3 de octubre de 2017 y de 13 de diciembre de 2017, sobre el estado de las negociaciones con Reino Unido, *DO C 346*, de 27 de septiembre de 2018, p. 2, y *DO C 369*, de 11 de diciembre de 2018, p. 32.

puede facilitar algo de tiempo para preparar las negociaciones. Con todo, teniendo en cuenta la complejidad de las negociaciones, derivada de la específica naturaleza del proceso de integración europea y el alto nivel de integración jurídica entre los Estados miembros, el plazo de dos años es extremadamente breve. A este respecto, es interesante que se prevea la posibilidad de prórroga, pero, al estar sometida al acuerdo unánime del Estado saliente y el resto de los Estados miembros a través de la unanimidad del Consejo Europeo, no es particularmente fácil establecerla. Está claro que el objetivo de este plazo es acortar, en lo posible, la situación de interinidad que comporta la retirada y que no beneficia a ninguna de las partes.

En el caso de las negociaciones con RU, lo cierto es que la ya comentada secuenciación en la agenda de negociaciones, separando las cuestiones relativas a la retirada y las concernientes a la futura relación entre las partes, así como el interés de los negociadores por no agotar el plazo, permitió llegar a un primer acuerdo sobre la retirada, en noviembre de 2018. El problema se planteó porque el Parlamento británico rechazó autorizar la ratificación de este texto hasta en tres ocasiones (15 de enero, 12 y 29 de marzo de 2019), agotándose así el plazo de dos años previsto y debiéndose acordar varias prórrogas para evitar la retirada sin acuerdo.

Al ser incapaz de obtener en el Parlamento un apoyo suficiente para el Acuerdo de retirada que su gobierno había negociado y adoptado, la primera ministra británica, Theresa May, dimitió en junio de 2019, siendo sustituida por Boris Johnson. Tras haber sido acordadas ya dos prórrogas, una primera, hasta mayo, y una segunda, hasta octubre de 2019, el nuevo primer ministro asumió el cargo con el compromiso de hacer efectiva la retirada el 31 de octubre de 2019, incluso si no se lograba un nuevo acuerdo con la UE. Como se verá en el siguiente apartado, para desbloquear la situación, se introdujeron algunas modificaciones en el texto inicialmente acordado que fueron nuevamente rechazadas por el Parlamento británico. Ello llevó a la solicitud de una tercera prórroga a la UE, que culminaría el 31 de enero de 2020, y, paralelamente, se convocaron elecciones en RU. El Parlamento surgido de estas elecciones, celebradas en diciembre de 2019, dio finalmente su apoyo al Acuerdo de retirada, el día 20 de ese mismo mes.

Finalmente, en relación con el procedimiento de retirada, es interesante destacar también que el apartado 4 del art. 50 TUE contiene algunas indicaciones en torno al funcionamiento del Consejo y del Consejo Europeo en el procedimiento de retirada. En particular, se indica que:

«El miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo y del Consejo que le afecten».

Además, se establece que, dentro de este procedimiento de retirada, las decisiones se tomarán por la mayoría cualificada prevista en el art. 238.3.b) TFUE. Esto es, se exige un apoyo «como mínimo del 72 por

100 de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65 por 100 de la población de dichos Estados». Con este apartado, se pretende hacer frente a la situación jurídica particular que se produce cuando un Estado decide retirarse de la UE, pero sigue siendo miembro de la misma hasta en tanto esa retirada no es efectiva.

Durante el tiempo que dura el proceso de retirada, el Estado dispone, en principio, de sus derechos y obligaciones como miembro de la UE. Ahora bien, su condición de miembro se ve limitada en la suspensión del derecho de participación en las reuniones del Consejo y del Consejo Europeo cuando se trate la cuestión de la retirada. Nuevamente sorprende que no se haga ninguna referencia, en este apartado del art. 50 TUE, a la participación del Estado en retirada en el resto de las instituciones y órganos de la UE. En particular, podría haberse considerado conflictiva la participación de sus eurodiputados en la sesión del Parlamento Europeo, que debe dar su conformidad a los acuerdos entre el Estado en retirada y la UE, o del comisario que ostente la nacionalidad de dicho Estado cuando el tema se discuta en el seno de la Comisión. La diferencia en el trato de esta cuestión dentro del art. 50 TUE, se justifica en la diferente legitimidad que ostentan estas instituciones en el funcionamiento de la UE. El Consejo y el Consejo Europeo representan el interés de los Estados miembros como tales, pero el Parlamento Europeo representa a los ciudadanos, también a los del Estado en retirada que solo pierden la ciudadanía europea, cuando el Estado deja de ser miembro de forma efectiva, y la Comisión defiende colegiadamente el interés de la UE. Con todo, en un contexto de negociaciones entre la UE y el Estado en retirada, que estas instituciones mantengan su composición habitual puede constituir una dificultad añadida.

En el caso de la retirada de RU, sobre la base de lo previsto en este apartado 4 del art. 50 TUE, el Consejo modificó las normas en torno al ejercicio de la Presidencia y de sus órganos preparatorios, para excluir de este derecho a RU, tomando como referencia el anuncio de la retirada que realizó este Estado, inmediatamente después del referéndum de junio de 2016. Por tanto, este primer efecto se produjo incluso antes de que RU activara el procedimiento del art. 50 TUE²⁹. La exclusión tiene por objeto impedir problemas en el funcionamiento de esta institución de la UE teniendo en cuenta que, a la presidencia del Consejo, le corresponde una función de organización y dirección que no puede dejarse a un Estado cuya voluntad es retirarse³⁰. En todo caso, esta exclusión de

²⁹ Así lo reconoce explícitamente en sus considerandos la Decisión (UE) 2016/1316, del Consejo, de 26 de julio, que modifica la Decisión 2009/908/UE, por la que se establecen las normas de desarrollo de la Decisión del Consejo Europeo relativa al ejercicio de la Presidencia del Consejo, y de la presidencia de los órganos preparatorios del Consejo, DO L 208, de 2 de agosto de 2016, p. 42.

³⁰ Esta función dinamizadora y de organización de la Presidencia del Consejo se desprende claramente de las funciones que le atribuye el Reglamento interno de esta institución [*vid.* Con-

los derechos de RU se establece «sin perjuicio del mantenimiento de sus obligaciones como Estado miembro»³¹. Estas obligaciones no desaparecieron hasta que la retirada no se hizo efectiva.

La prórroga de la retirada llevó a la exigencia de que RU participara en las elecciones para el Parlamento Europeo que se celebraron en junio de 2019. En un principio, este calendario electoral había sido uno de los factores que se tuvieron en cuenta para no retrasar el inicio oficial de las negociaciones y también para el acuerdo que había de finalizarlas dentro del plazo. Sin embargo, las sucesivas prórrogas devolvieron esta cuestión a la agenda, considerándose que era preciso que RU concurreniera a las elecciones porque se trataba de derechos fundamentales de los ciudadanos que no podían conculcarse en ningún caso³². Finalmente, también, los eurodiputados británicos participaron en la votación del Acuerdo de retirada, en el seno del Parlamento Europeo, evidenciándose una clara división según su posición política particular frente al mismo.

En el seno de la Comisión, el británico Jonathan Hill, comisario de Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Mercado de Capitales de la UE, dimitió inmediatamente después de conocerse el resultado del referéndum en junio de 2016, siendo sustituido unos meses más tarde por un nuevo comisario británico, Julian King, al que se atribuyó la cartera de Seguridad de la Unión³³. Aunque legalmente todavía era miembro de la UE y, como tal, fue requerido para enviar un candidato, RU no llegó a participar en la Comisión que se nombró en noviembre de 2019³⁴.

3. EL ACUERDO DE RETIRADA Y EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA

Un elemento muy importante en las negociaciones para la retirada de RU ha sido su «planteamiento progresivo»³⁵. La agenda de negociación

sejo de la UE, Decisión (UE) 2009/937, del Consejo, de 1 de diciembre, por la que se aprueba su reglamento interno, *DO L 325*, de 11 de diciembre de 2009, p. 35].

³¹ Decisión (UE) 2016/1316, del Consejo, doc. cit., n. 29.

³² El *Brexit-party* fue el más votado con un 31,6 por 100 de los votos emitidos en RU. Los resultados de estas elecciones en RU se encuentran disponibles en <https://www.europarl.europa.eu/election-results-2019/es/herramientas/widget-pais/reino-unido/circunscripcion-electoral-gran-bretana/2019-2024/>.

³³ Sobre cómo se produjo este proceso de sucesión, con una explícita referencia a la condición de RU como miembro de la UE, *vid.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2707.

³⁴ Consejo Europeo, Decisión (UE) 2019/1989, de 28 de noviembre, por la que se nombra a la Comisión Europea, *DO L 308*, de 29 de noviembre de 2019, pp. 100-102.

³⁵ Así lo destacaba la Comisión en referencia a las orientaciones generales del Consejo Europeo [Comisión Europea, Recomendación de decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión a entablar negociaciones para la celebración de un acuerdo con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el que se establecen las modalidades de su retirada de la Unión Europea, de 3 de mayo de 2017, COM (2017) 218 final].

se ha secuenciado, priorizándose las cuestiones relativas a las condiciones de la retirada. Solo cuando se hubieran acordado las bases esenciales de la retirada podría iniciarse la negociación sobre el futuro marco jurídico de las relaciones entre RU y la UE. Esta organización de la agenda de negociación, que deriva de una interpretación literal y teleológica del art. 50 TUE, se ha plasmado en la adopción de dos acuerdos diferentes y separados: el Acuerdo de retirada, que fija las condiciones en las que esta debe producirse, y el Acuerdo de comercio y cooperación, que tiene por objeto regular las relaciones, una vez RU ha dejado de ser miembro de la UE³⁶. Además, como Anexo al Acuerdo de retirada, consta una Declaración política sobre el marco de las futuras relaciones como puente entre ambos acuerdos³⁷.

Se trata, pues, de dos Tratados internacionales diferentes, concluidos entre la UE y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), por un lado, y RU, por el otro lado³⁸. La interpretación es que, según se desprende de los términos del art. 50 TUE, solo la UE y la CEEA tienen competencia para celebrar los acuerdos internacionales referidos a la retirada de un Estado miembro y ello se ha extendido al Acuerdo de comercio y cooperación³⁹. En este contexto, adquieren especial relevancia los principios generales para la transparencia en las negociaciones aprobados por el Consejo Europeo en relación con ambos acuerdos. El objetivo es reforzar la participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales, que serán oportuna y continuamente informados de la negociación, así como establecer las normas que habrán de

³⁶ Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DO C 384 I/01*, de 12 de noviembre de 2019, pp. 1-177. Acuerdo de comercio y cooperación entre la UE y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, *DO L 444*, de 31 de diciembre de 2020, pp. 14-146.

³⁷ P. ANDRÉS SAINZ DE SANTAMARÍA, «El *Brexit* y el derecho...», *op. cit.*, n. 7, p. 90.

³⁸ La Comunidad Europea de la Energía Atómica sigue existencia como sujeto distinto de la UE. RU también se retira de esta Comunidad por lo que era preciso que fuera parte del Tratado de retirada. El Acuerdo de comercio y cooperación afecta a temas que son de su competencia por lo que también es preciso que se parte de este Tratado.

³⁹ Según consta en la Decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión a entablar negociaciones para la celebración de un acuerdo con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el que se establecen las modalidades de su retirada de la UE, el art. 50 TUE «atribuye a la Unión una competencia horizontal excepcional para recoger en ese Acuerdo todos los aspectos necesarios para organizar la retirada. Esta competencia excepcional tiene un carácter totalmente único y se atribuye con los estrictos fines de ordenar la retirada de la Unión. El ejercicio, por parte de la Unión, de esta competencia específica en el Acuerdo no afectará en modo alguno al reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros por lo que respecta a la adopción de cualquier instrumento futuro en los ámbitos correspondientes» [*vid. doc. de 3 de mayo de 2017 COM (2017) 218 final, Anexo 1*] y Nota de la Secretaría del Consejo, 22 de mayo de 2017, doc. 21009/17 BXT 16 ADD 1, p. 2. Sobre el Acuerdo de comercio y cooperación *vid. la Decisión (UE) 2020/2252*, del Consejo, de 29 de diciembre de 2020, *DO L 444*, de 31 de diciembre de 2020, pp. 2-10. El control de legalidad de esta decisión y del propio Acuerdo corresponde al Tribunal de Justicia de la UE (*Vid. J. M. SOBRINO y G. OANTA, Las vías de control judicial aplicables al Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido*, La Coruña, Instituto Universitario de Estudios Europeos «Salvador de Madariaga», Col. Derecho Europeo, núm. 7, 2021).

regir el acceso a la información y los documentos de la UE o de terceros durante todo el proceso de negociaciones⁴⁰. Se refuerza así la representatividad de la delegación negociadora en nombre de la UE y la CEEA.

Para los dos acuerdos, tanto el de retirada como el de comercio y cooperación, la negociación, adopción y ratificación han sido difíciles y accidentadas. Ya se ha señalado en el apartado anterior que el Parlamento británico rechazó varias veces el Acuerdo de retirada adoptado por los negociadores, en noviembre de 2018 y aprobado por la UE. No fue hasta que este primer acuerdo se cambió en algunos puntos, en octubre de 2019, y tras la celebración de nuevas elecciones en RU, que se consiguió el apoyo del Parlamento británico necesario para la ratificación del Acuerdo de retirada por parte de RU. El Acuerdo de comercio y cooperación también tuvo una negociación tortuosa, con la dificultad añadida de la pandemia causada por la covid-19, y se aprobó finalmente el 24 de diciembre de 2020, sin tiempo para que el Parlamento Europeo pudiera dar su aprobación, antes de la finalización del periodo transitorio, previsto en el Acuerdo de retirada, que finalizaba el 31 de diciembre de 2020. Por este motivo, se acordó que el Acuerdo de comercio y cooperación empezara a aplicarse provisionalmente, el 1 de enero de 2021, hasta su entrada en vigor definitiva, que fue el 1 de mayo de 2021.

Son muchos los aspectos de estos dos Tratados que podrían abordarse con detalle. Además, continuamente se han planteado interrogantes sobre la continuidad de su aplicación o la posibilidad de modificaciones derivadas de las tensiones que van surgiendo en la práctica, en las relaciones entre RU y la UE. Precisamente, en los siguientes capítulos de este libro colectivo se analizan con mayor profundidad varias de estas cuestiones. En este trabajo, de carácter más general e introductorio, nos centramos en un análisis del proceso de conclusión de ambos Tratados, identificando sus características generales y destacando algunos de sus aspectos particulares.

3.1. La complejidad en las negociaciones y en el procedimiento de conclusión del Acuerdo de retirada

La negociación de la retirada concierne a la UE y al Estado que se retira. El art. 50 TUE remite al procedimiento del art. 218 TFUE, que es el habitual para la negociación de tratados que concluya la UE con terce-

⁴⁰ Guía de principios para la transparencia de las negociaciones entabladas en aplicación del art. 50 TUE que figura como Anexo a la Nota de la Secretaría General del Consejo de 22 de mayo de 2017, doc. XT 21023/17. Principios rectores para la transparencia de las negociaciones sobre las relaciones futuras con el Reino Unido, Nota de la Secretaría del Consejo, de 22 de enero de 2020, doc. XT 21010/20.

Decisión del Consejo autorizando la apertura de negociaciones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para un nuevo Acuerdo de asociación, de 13 de febrero de 2020, doc. 5870/20.

ros. En este sentido, en las negociaciones sobre la retirada, se genera la «ficción jurídica» de que el Estado que se retira es un tercero, pese a ser todavía miembro de la UE⁴¹. El resto de Estados miembros solo actúan en las negociaciones de retirada en su condición de miembros del Consejo Europeo y del Consejo de la UE, instituciones encargadas, respectivamente, de aprobar las orientaciones generales para las negociaciones y las directrices de negociación⁴². Se excluye toda posibilidad de que los Estados miembros negocien unilateralmente con el Estado que se retira. Frente a las dudas que, en un primer momento, se suscitaron a este respecto, el caso de la retirada de RU ha mostrado la capacidad del resto de Estados miembros de mantener esa unidad en las negociaciones, respetando los términos de los Tratados y la competencia de la Comisión para representar a la UE en el proceso negociador sobre la base de las citadas orientaciones generales⁴³.

Las orientaciones generales aprobadas por el Consejo Europeo, el 29 de abril de 2017, y las directrices aprobadas por el Consejo junto con la autorización a la Comisión para el inicio de las negociaciones, el 22 de mayo de 2017, fijaron cuatro temas prioritarios sobre los que iniciar las negociaciones de la retirada⁴⁴. La complejidad de la tarea resulta evidente, tanto por la forma en la que se definen las prioridades de la UE como por la previsión explícita de que las directrices deberían ser actualizadas progresivamente y ampliadas a nuevos temas, una vez alcanzados los acuerdos de principio, o por la referencia a la necesidad de negociar una serie de reglas relativas a la gobernanza para la correcta aplicación e interpretación del propio Acuerdo, una vez alcanzado⁴⁵.

Las cuatro prioridades que el Consejo de la UE identificó para el inicio de las negociaciones fueron: primero, la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos europeos y sus familias en RU, y de los ciudadanos británicos en la UE, en particular su derecho de circulación y residencia, así como todos los derechos relacionados, no solo en el momento de la salida, sino durante toda la vida de las personas afectadas,

⁴¹ A. MANGAS MARTÍN, «Cuestiones jurídicas del *Brexit*...», *op. cit.*, n. 12.

⁴² Ello no impide que el propio Consejo Europeo reconociera el especial interés de España en relación con Gibraltar y, con ello, se facilitaran los contactos directos entre España y RU para dar contenido a los acuerdos relativos a los efectos del *Brexit* sobre Gibraltar (P. ANDRÉS SAINZ DE SANTAMARÍA, «El *Brexit* y el derecho...», *op. cit.*, np. 7, pp. 96-97). La inclusión de un Protocolo Anexo al Acuerdo de retirada mantiene la cuestión en el ámbito de competencias de la UE, aunque también se hayan adoptado algunos Memorándum de entendimiento entre España y RU https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/gibraltar/Paginas/041218_acuerdos.aspx.

⁴³ Entre los principios fundamentales de las orientaciones generales aprobadas por el Consejo Europeo el 29 de abril de 2017, destacaba en primer lugar la afirmación de que «la UE-27 mantendrá su unidad y actuará con una sola voz durante las negociaciones», <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2017/04/29/>.

⁴⁴ Consejo UE, Nota de la Secretaría del Consejo, 22 de mayo de 2017, doc. 21009/17 BXT 16 ADD 1, pp. 3 y ss.

⁴⁵ Las directrices aprobadas por el Consejo se referían explícitamente a la responsabilidad del Tribunal de Justicia de la UE en garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas para las partes en el Acuerdo de retirada. *Ibid.*, p. 17.

sobre la base del principio de reciprocidad e igualdad de trato para los ciudadanos de ambas partes; segundo, la asunción por RU de todas las responsabilidades financieras derivadas de su condición de miembro y las suscitadas por el proceso de salida; tercero, la situación en Irlanda del Norte, en particular, el respeto de los Acuerdos del Viernes Santo y el mantenimiento de lo que se ha denominado una frontera blanda con la República de Irlanda; cuarto, la definición de reglas que garanticen la seguridad jurídica, tanto, en un periodo transitorio, para actividades propias del Mercado único, como para las relaciones de la UE con terceros Estados u otras organizaciones internacionales⁴⁶.

Las negociaciones del Acuerdo de retirada empezaron oficialmente en junio de 2017. Las negociaciones se centraron principalmente en las primeras tres prioridades identificadas por la UE, llegándose a un Informe conjunto sobre el estado de la negociación, el 8 de diciembre de 2017⁴⁷. Como destacaba la Comisión Europea, este Informe no era todavía un Acuerdo de retirada, pero sentaba las bases sobre las que redactar tal acuerdo, si el Consejo Europeo lo consideraba conveniente y decidía autorizar que se iniciara la segunda fase en el proceso de negociaciones⁴⁸. A tal efecto, el Consejo Europeo de 15 de diciembre de 2017, declaró que consideraba suficientes los avances realizados y aprobó unas nuevas orientaciones generales para la segunda fase de la negociación dirigida a definir las normas que regirían en el periodo transitorio y la futura relación entre RU y la UE⁴⁹.

En relación con el periodo transitorio, cabe destacar que se acepta la petición de RU de fijarlo en dos años aclarándose, no obstante, que, durante este tiempo, el acervo comunitario sería plenamente aplicable en RU, quien además debería seguir cumpliendo con aquellas responsabilidades que fueran necesarias, si bien perdería el derecho de participar en las instituciones de la UE y en el proceso de adopción de decisiones⁵⁰. En relación con las normas aplicables a la futura relación

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*, de 8 de diciembre de 2017. Texto del informe disponible en https://ec.europa.eu/info/files/joint-report-negotiators-european-union-and-united-kingdom-government-progress-during-phase-1-negotiations-under-article-50-teu-united-kingdoms-orderly-withdrawal-european-union_en.

⁴⁸ Comisión Europea, *Communication from the Commission to the European Council (article 50) on the state of progress of the negotiations with the United Kingdom under Article 50 of the Treaty on European Union*, 8 de diciembre de 2017, doc. COM/2017/0784 final. En este documento, la Comisión expresa su opinión sobre el avance de las negociaciones destacando que se han producido avances significativos en tres ámbitos prioritarios, a saber, derechos de los ciudadanos, el diálogo entre Irlanda e Irlanda del Norte y el acuerdo financiero, si bien existen otros en los que el trabajo apenas ha empezado.

⁴⁹ Consejo Europeo, Nota de transmisión de la Secretaría General del Consejo a las delegaciones sobre las Orientaciones del Consejo Europeo (art. 50 TUE), 15 de diciembre de 2017, doc. EUCO XT 20011/17.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafos 3.º y 4.º

entre RU y la UE, el Consejo Europeo vuelve a expresar una actitud reticente a tratar este tema antes de que RU deje de ser miembro de la UE, pero señala una posición favorable a establecer una relación estrecha entre las partes. Nuevamente, se evidencian las diferencias, por cuanto se reconoce que RU rechazaba la posibilidad de mantenerse en la Unión aduanera o en el mercado único, que era la solución más acorde a los intereses de la UE⁵¹.

Las orientaciones generales del Consejo Europeo fueron seguidas nuevamente de unas directrices, aprobadas por el Consejo de la UE en enero de 2018, en las que se propone finalizar el periodo transitorio, en una fecha concreta, en el Acuerdo de retirada, el 31 de diciembre de 2020, que fue la finalmente pactada entre las partes⁵². Se acordó también que durante el periodo transitorio, el Derecho de la UE sigue siendo aplicable en RU, que ve limitada además su competencia para celebrar acuerdos comerciales con terceros a la previa autorización de la UE, dado que aún participaría plenamente en la política comercial común. Tras una nueva ronda de negociaciones entre RU y la UE, se publicó una primera versión del Acuerdo de retirada, el 19 de marzo de 2018, en la que ya figura pactado entre los negociadores la mayoría del contenido, si bien aún quedan algunas cuestiones por aclarar y por acabar de debatir⁵³.

En ese momento, las negociaciones sobre la retirada parecen estancarse precisamente porque quedan pendientes los puntos quizá más conflictivos. El comunicado conjunto, publicado en junio de 2018, destaca avances importantes en las negociaciones de retirada, pero también reconoce que los problemas en torno a la cuestión de Irlanda del Norte son importantes⁵⁴. Finalmente, el 14 de noviembre de 2018 se publica la propuesta final de Acuerdo de retirada, según ha sido acordada por las delegaciones negociadores. Se publican también, entre otros, los Protocolos sobre Irlanda e Irlanda del Norte, o sobre Gibraltar⁵⁵.

La Comisión Europea inició el proceso para la firma del Acuerdo de retirada a principios de diciembre de 2018, tras obtener el refrendo del

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 7.º

⁵² Consejo UE, *Supplementary directives for the negotiation of an agreement with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland setting out the arrangements for its withdrawal from the European Union, Annex to the Council Decision supplementing the Council Decision of 22 May 2017 authorising the opening of the negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for an agreement setting out the arrangements for its withdrawal from the European Union*, de 29 de enero de 2018, doc. XT 21004/18.

⁵³ El texto indicaba coloreado en verde aquellas partes sobre las que había acuerdo entre los negociadores, en amarillo, aquellas sobre las que había un principio de acuerdo que debía todavía afinarse, y en blanco aquellas propuestas por la UE —la Comisión había publicado una propuesta de Acuerdo en febrero de 2018— sobre las que debía todavía debatirse. El texto completo de la propuesta de Acuerdo con las diferentes partes coloreadas puede consultarse en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/draft_agreement_coloured.pdf.

⁵⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4217.

⁵⁵ Texto disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/draft_withdrawal_agreement_0.pdf.

Consejo Europeo a la propuesta⁵⁶. En enero de 2019, el Consejo decidió firmar el Acuerdo y lo remitió al Parlamento Europeo para su aprobación⁵⁷. Sin embargo, el reiterado rechazo del Parlamento británico que, como ya hemos señalado, debía autorizar la aprobación por parte de RU, llevó el proceso de conclusión a una calle sin salida⁵⁸. En estas circunstancias, la voluntad de las partes de evitar que la retirada sin acuerdo se hiciera efectiva, por expiración del plazo de dos años que establece el art. 50 TUE, llevó a tres prórrogas del periodo de negociaciones, acordadas por unanimidad del Consejo Europeo, a solicitud de RU⁵⁹.

En las dos primeras prórrogas, el Consejo Europeo se manifestó explícitamente contrario a reabrir el contenido del Acuerdo de retirada negociado⁶⁰. Además, en la segunda prórroga, el Consejo Europeo aclaraba que mientras no se ratificara ese Acuerdo, RU seguía siendo miembro de pleno derecho de la UE, debiendo cumplir con sus obligaciones y disfrutando de sus derechos, como el de participar activamente en las instituciones y en el proceso de adopción de decisiones de la UE, así como el de revocar la invocación del art. 50 TUE deteniendo el procedimiento de retirada⁶¹. La última prórroga decidida por el Consejo Europeo, en octubre de 2019, ya se refiere, sin embargo, a las modificaciones del Acuerdo de retirada acordadas por las partes entre septiembre y octubre de 2019⁶², una cesión asumida por el Consejo Europeo al decidir aprobarlo en nombre de la UE⁶³. Ambas partes firmaron finalmente el Acuerdo en enero de 2020, y este entró en vigor el 31 de ese mismo mes⁶⁴.

⁵⁶ El Consejo Europeo se pronunció a favor, primero, en su reunión extraordinaria de 25 de noviembre, y lo confirmó, en una nueva reunión extraordinaria, el 13 de diciembre.

⁵⁷ Consejo UE, Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 7 de enero de 2019. Doc. XT 21106/18.

⁵⁸ A este respecto, resulta interesante la carta que la entonces primera ministra británica, Theresa May, dirigió al presidente de la Comisión y del Consejo Europeo, que presenta las diferentes posturas en torno a la cuestión de la frontera con Irlanda del Norte y como esta supone un reto para la integridad territorial de RU a la vez que para la integridad del Mercado único. El texto de la carta se encuentra reproducido en <https://www.consilium.europa.eu/media/37878/20190114-letter-may-to-tusk-juncker-brexite.pdf>.

⁵⁹ La primera prórroga se concede por Decisión del Consejo Europeo de 22 de marzo de 2019, tomada de acuerdo con RU por la que se prorroga el plazo previsto en el art. 50, apartado 3, del TUE, doc. EUCO XT 20006/19; seguida de una nueva prórroga acordada en la Decisión del Consejo Europeo de 11 de abril de 2019, doc. EUCO XT 20013/19; y una tercera el 28 de octubre de 2019, doc. EUCO XT 20024/2/19.

⁶⁰ Párrafos 11 y 12 de las Decisiones de 22 de marzo y de 11 de abril de 2019, respectivamente, doc. cit., n. 57.

⁶¹ Párrafo 10 de la Decisión de 11 de abril de 2019, doc. cit. En aplicación de esta decisión, RU concurrió a las elecciones al Parlamento Europeo de 2019, como ya se ha comentado anteriormente.

⁶² Párrafo 6.º de la Decisión de 28 de octubre de 2019, doc. cit., n. 57.

⁶³ Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 18 de octubre de 2019, doc. XT 21105/3/18. Esta decisión requirió una modificación de la decisión de aprobar el Acuerdo en su versión anterior y un nuevo requerimiento de conformidad del Parlamento Europeo.

(Vid. nota 64 en página siguiente)

3.2. El Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea: un difícil comienzo para las relaciones futuras

El Acuerdo de comercio y cooperación entre la UE y RU fija las normas que deben regir sus relaciones mutuas a partir del momento en que RU dejó de ser miembro de la UE. Este Acuerdo también fue objeto de intensas y difíciles negociaciones (más aún por el contexto de la pandemia causada por la covid-19), a la vez que un procedimiento de conclusión largo y complejo que confirma la extrema dificultad que acompaña la retirada de un Estado miembro de la UE, en particular, un Estado de las características de RU. En la negociación del marco jurídico aplicable a las futuras relaciones, podemos distinguir dos fases. Primero, las conversaciones se inician en el marco de las negociaciones del Acuerdo de retirada. El 23 de marzo de 2018, casi un año después de activarse el procedimiento del art. 50 TUE, el Consejo Europeo adoptó «las orientaciones con vistas a entablar negociaciones sobre la idea general del marco de las relaciones futuras, que se plasmará en una declaración política que acompañará al Acuerdo de retirada y a la cual se hará referencia en este»⁶⁵. Segundo, una vez entra en vigor el Acuerdo de retirada y, por tanto, RU deja de ser considerado Estado miembro de la UE; se inician las negociaciones oficiales del Acuerdo de comercio y cooperación con el objetivo de finalizarlas dentro del periodo transitorio en el que el Acuerdo de retirada permite seguir aplicando las normas del Derecho de la UE en sus relaciones con RU.

La posición de la UE, desde un principio, fue la de establecer una relación de cooperación económica y comercial lo más estrecha posible, pero rechazando cualquier modelo que rompiera la integridad del mercado único o la indivisibilidad de las cuatro libertades, esto es, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Todas estas cuestiones se destacan explícitamente por el Consejo Europeo en sus orientaciones generales para la Declaración política sobre las futuras relaciones que debería figurar como Anexo del Acuerdo de retirada⁶⁶. Además, el Consejo Europeo señalaba también la intención de la UE de extender las relaciones más allá del ámbito puramente económico, con referencias a la cooperación policial y judicial o en materia de seguridad y defensa⁶⁷. Para la UE todos estos temas debían integrar la agenda de las negociaciones, una vez entrara en vigor el Acuerdo de retirada y fuera posible iniciar las negociaciones formales sobre las futuras relaciones.

⁶⁴ La aprobación por el pleno del Parlamento Europeo se produjo el 29 de enero, y ese mismo día se ratificó el Acuerdo por RU. La ratificación formal de la UE tiene fecha de 30 de enero de 2020.

⁶⁵ Consejo Europeo, Orientaciones generales para entablar negociaciones sobre el marco de las futuras relaciones, de 23 de marzo de 2018, doc. EUCO XT 20001/18.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafos 4.º y 7.º

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 13.

La adopción de la primera versión del Acuerdo de retirada, en noviembre de 2018, vino acompañada de una primera *Declaración política común sobre el marco para las futuras relaciones*, en la que ambas partes sentaban las bases sobre las que estas relaciones deberían asentarse⁶⁸. Se destacaban: unos valores comunes, en el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho; la necesidad de garantizar un alto nivel de protección de datos personales; y la existencia de intereses comunes en la cooperación económica, política y en materia de seguridad. En el seno de la UE, la Declaración fue objeto de debate en el Consejo de la UE y en el Consejo Europeo, siendo finalmente aprobada por este último para cumplir los términos del art. 50 TUE y hacerla figurar como documento complementario al Acuerdo de retirada aprobado el 22 de noviembre de 2018⁶⁹.

No obstante, el rechazo del Parlamento británico al Acuerdo de retirada, de noviembre de 2018, impidió avanzar a la segunda fase de negociación sobre las futuras relaciones, en un contexto de constantes tensiones por la falta de acuerdo sobre el Protocolo relativo a Irlanda e Irlanda del Norte. El proceso se relanza con la Declaración conjunta de la primera ministra británica y del presidente de la Comisión Europea, de 20 de marzo de 2019⁷⁰. En ella, se afirma la voluntad de las partes de llegar a un pacto sobre el Acuerdo que debería regir sus futuras relaciones, antes de que hubiera finalizado el periodo transitorio, previsto en el Acuerdo de retirada. El objetivo era evitar que llegara a producirse un vacío jurídico, esto es, que ambas partes se encontraran sin reglas específicas y acordadas mutuamente para regir sus mutuas relaciones. En este sentido, era necesario llegar a un Acuerdo antes del 31 de diciembre de 2020 y, por ello, se pacta también la posibilidad de que el Acuerdo sobre relaciones futuras se empiece a aplicar provisionalmente, si fuera necesario⁷¹. Finalmente, los negociadores, pactan algunos cambios en la *Declaración política común sobre el marco para las futuras relaciones*, que aprueban en octubre de 2019, junto con el Acuerdo de retirada revisado⁷². No obstante, esta Declaración revisada sigue teniendo un contenido muy general.

La ratificación del Acuerdo de retirada, en enero de 2020, permitió iniciar formalmente las negociaciones sobre las relaciones futuras. A este respecto, igual que con la retirada, lo primero que hizo el Consejo Europeo fue aprobar unos principios generales de transparencia que

⁶⁸ Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/outline_of_the_political_declaration.pdf.

⁶⁹ Nota de la Secretaría General del Consejo, Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la UE y RU, de 22 de noviembre de 2018, doc. XT 21095/18.

⁷⁰ Declaración conjunta por la que se completa la Declaración Política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la UE y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Nota de la Secretaría del Consejo, de 20 de marzo de 2019, doc. XT 21018/19.

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 3.º

⁷² La Declaración mantiene los mismos apartados que la aprobada inicialmente (disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/revisioned_political_declaration.pdf).

buscaban facilitar que la labor de la Comisión, como responsable de la negociación, contara con el pleno apoyo de los Estados miembros⁷³. Así, se establece una obligación general de informar sobre los avances de las negociaciones a los ciudadanos, parlamentos nacionales y partes interesadas; además se prevén contactos periódicos con representantes del Parlamento Europeo, a quien también habrá que tener al tanto de las negociaciones; al igual que, cuando sea necesario, según establezcan los ordenamientos jurídicos internos, deberá enviarse la información necesaria a los Parlamentos nacionales.

El Consejo de la UE autorizó el inicio de las negociaciones el 15 de febrero de 2020, sobre la base de los arts. 217 TFUE y 218 TFUE, y nombrando nuevamente a Michel Barnier, como jefe de la misión negociadora de la UE⁷⁴. Diez días después aprobó las directrices generales que habrían de dirigir la negociación, para adjuntarlas a la Decisión de apertura de las negociaciones y teniendo en consideración el contenido del Acuerdo de retirada y de la Declaración política sobre las futuras relaciones anexa al mismo⁷⁵. Las negociaciones sobre el Acuerdo de comercio y cooperación se inician oficialmente el 2 de marzo de 2020, sobre la base de los términos establecidos en la Declaración política conjunta anexa al Acuerdo de retirada⁷⁶. La agenda de negociaciones se verá afectada por la pandemia causada por la covid-19 que impide los encuentros presenciales de las delegaciones negociadoras.

A lo largo de las negociaciones, ambas partes se quejaron reiteradamente de la falta de voluntad de la otra parte por alcanzar acuerdos⁷⁷. Las negociaciones fueron difíciles y avanzaron lentamente. La agenda de negociaciones se aceleró a partir de junio de 2020, para cumplir el objetivo de llegar a un Acuerdo antes de la finalización del periodo transitorio establecido por el Acuerdo de retirada. Con todo, la tensión entre las partes fue aumentando hasta que el 1 de octubre de 2020 la Comisión Europea llegó incluso a iniciar un procedimiento de incumplimiento contra RU por lo que consideraba una violación del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte Anexo al Acuerdo de retirada. La situación logró reconducirse entre las partes dentro del Comité conjunto para la

⁷³ Consejo Europeo, Principios rectores para la transparencia de las negociaciones sobre las relaciones futuras con RU, 22 de enero de 2020, doc. XT 21010/20.

⁷⁴ Consejo UE, Decisión del Consejo autorizando la apertura de negociaciones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para un nuevo acuerdo de asociación, 13 de febrero de 2020, doc. 5870/20.

⁷⁵ *Annex to Council Decision authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement*, 25 de febrero de 2020, doc. ST 5870/20 ADD 1 REV 3.

⁷⁶ Términos de referencia de las negociaciones sobre las futuras relaciones entre RU y la UE disponibles en <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/terms-of-reference-eu-uk-future-relationship.pdf>.

⁷⁷ Por parte de la UE el malestar es notorio. Así lo manifiesta reiteradamente el jefe de la misión negociadora de la UE, Michel Barnier, en cada uno de los discursos pronunciados tras las diferentes rondas de las negociaciones.

aplicación del Acuerdo de retirada, pero no hizo sino aumentar el clima de desconfianza en la continuidad de los acuerdos alcanzados.

Finalmente, el Acuerdo de comercio y cooperación entre RU y la UE se adoptó el 24 de diciembre de 2020, firmándose por la presidenta de la Comisión y el primer ministro británico, el día 30, y publicándose en el *Diario Oficial de la Unión Europea* al día siguiente⁷⁸. La finalización del periodo transitorio establecido en el Acuerdo de retirada hizo necesario recurrir a la aplicación provisional del Acuerdo de comercio y cooperación, hasta el 30 de abril de 2021. El 26 de febrero de 2021 el Consejo de la UE, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 218 TFUE, solicitó la aprobación del Parlamento Europeo, pero nuevas tensiones con RU sobre la aplicación del Protocolo relativo a Irlanda e Irlanda del Norte, llevaron a que el Parlamento dejara en suspenso el tema durante algunas semanas retrasando la entrada en vigor definitiva hasta el 1 de mayo de 2021. Al tratarse de un Acuerdo de Asociación, cabe destacar que, aunque la mayoría cualificada fuera el procedimiento de decisión en el seno del Consejo durante todo el procedimiento, la adopción requería no solo la previa aprobación del Parlamento Europeo sino también la unanimidad del Consejo, según lo previsto en el art. 218 TUE.

El Acuerdo de comercio y cooperación establece una asociación entre RU y la UE que ofrece un marco jurídico para dar continuidad a las relaciones entre las partes. Como su propio nombre indica, el Acuerdo comprende toda una serie de disposiciones dirigidas a establecer un área de libre comercio entre las partes, además de un marco de cooperación económica, social, política y en seguridad. Se añaden toda una serie de disposiciones de gobernanza para la interpretación y aplicación del acuerdo entre las partes. Es un Acuerdo largo y complejo que consta de más de casi 50 anexos y tres Protocolos adicionales, además de prever que su contenido se complementará con otros acuerdos adicionales que adopten las partes en el futuro⁷⁹.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La UE es todavía hoy una organización internacional en la que los Estados miembros conservan la titularidad de sus competencias soberanas, aunque hayan cedido en buena parte su ejercicio. Esta configuración jurídica supone que el derecho de retirada de la UE encuentra su

⁷⁸ Acuerdo de comercio y cooperación entre la UE y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, *DO* L 444, de 31 de diciembre de 2020, p. 14.

⁷⁹ E. Feas y C. Anchuelo lo califican como Acuerdo «razonable en materia de comercio de bienes, pero raquítico en materia de servicios y libre circulación de personas, y un auténtico retroceso desde una relación integrada y productiva a un mero control de daños», E. FEAS y C. ANCHUELO, «Las claves del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE-27 y el Reino Unido», *ARI*, 5/2021, 15 de enero de 2021.

fundamento en el derecho internacional público, en el valor del consentimiento del Estado y en el acuerdo entre Estados, como fuente de obligaciones y normas jurídicas internacionales. Así, un Estado puede libremente decidir retirarse de una Organización internacional de la que, en su día, decidió formar parte. Ahora bien, este derecho de retirada debe respetar las reglas de la organización cuyo fundamento se encuentra en el Tratado constitutivo libremente acordado por los Estados miembros. Esto es, en el caso de la UE, el art. 50 TUE.

No es habitual que el Tratado constitutivo de una Organización internacional prevea explícitamente el derecho y el procedimiento de retirada de sus Estados miembros. Se trata de una cuestión, de regulación compleja, en cierto modo ajena al propio sentido de la Organización en tanto que estructura que se crea para la consecución de unos objetivos comunes a los Estados miembros y que, por tanto, con carácter general, tiende a la inclusión de los Estados que pueden adherirse a ella, y la permanencia en la condición de miembro una vez adquirida. En este contexto, el art. 50 TUE evidencia dos aspectos que plantea la retirada de un miembro de una organización internacional. Por un lado, el derecho de todo Estado a retirarse y, por otro lado, el difícil equilibrio entre la garantía de ese derecho, la consideración de la retirada como algo ajeno e incluso contrario a los intereses de la organización en cuestión y la necesidad de garantizar que la retirada no resulte en un perjuicio para la propia organización y el resto de los Estados miembros.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que, en la retirada de RU, el art. 50 TUE ha favorecido la seguridad jurídica y ello porque establece el procedimiento a seguir. Esto es, se reconoce un derecho de retirada unilateral, pero se regula cómo deberá ejercerse ese derecho. Además, se atribuye a la UE la competencia negociar la retirada. Ello ha constituido un elemento que cohesionador en el contexto de crisis que suponía la retirada del RU. Ciertamente, los términos del art. 50 TUE no agotan todas las cuestiones y dificultades que se plantean en un proceso de retirada. Pero, en su conjunto, la experiencia de la retirada de RU confirma que esta disposición ha sido útil para proteger los intereses de la UE respetando la competencia y el derecho de todo Estado miembro de decidir retirarse de la Unión.

Con todo, el alto grado de integración que comporta la participación de un Estado en la UE conlleva que la retirada va a ser siempre un proceso extremadamente complejo y difícil de abordar en toda su extensión. Más aún, en tanto en cuanto la retirada evidencia el fracaso de la UE para dar respuesta a las aspiraciones del Estado que decide retirarse y, por tanto, se produce habitualmente en un contexto de tensión entre partes. Esta tensión se ha trasladado igualmente a la negociación sobre las futuras relaciones en la que también se ha depositado la responsabilidad de negociar en la UE, pero la adopción del Acuerdo final no es por mayoría cualificada, como en el caso del Acuerdo de retirada, sino

por unanimidad del Consejo. Será preciso que transcurran algunos años para reajustar las relaciones entre la UE y RU, siendo difícil prever cómo evolucionarán algunos de los conflictos internos de este Estado, que su pertenencia a la UE ayudó a gestionar, y cómo evolucionará la UE sin un Estado, cuya influencia sobre el proceso de integración europea, ha sido indudable.

Brexit, the «unwritten» Constitution and the Populist Policy Agenda of the Elective Dictatorship

Mel KENNY

Antonio CARDESA-SALZMANN*

SUMARIO: 1. INTRODUCTION: «BREXIT», THE «UNWRITTEN» CONSTITUTION AND THE ELECTIVE DICTATORSHIP.—2. POST-BREXIT UK GOVERNANCE ARCHITECTURE: SHIFTING ROLES OF EXECUTIVE, GOVERNANCE ARCHITECTURE: SHIFTING ROLES OF EXECUTIVE, PARLIAMENT AND JUDICIARY: 2.1. Judicial Review: *Miller I*. 2.2. Judicial Review: *Miller II*. 2.3. Provisional conclusions.—3. INSTRUMENTALISATION OF EU/UK NEGOTIATIONS: AGREEING TO [AND THEN RESILING FROM (?)] THE WITHDRAWAL ARRANGEMENTS: 3.1. Withdrawal Agreement 2019-20: Shift from Backstop to Frontstop. 3.2. Internal Market Bill 2020: Resiling from the *Withdrawal Agreement*? 3.3. The Trade and Cooperation Agreement 2020. 3.4. Trade Turbulence as Grounds for Resiling from the TCA? 3.5. Shifting focus of the *Culture Wars*' Agenda.—4. TERRITORIAL POLICY CONTESTATION AND INTEGRITY OF THE UK: THE UK WITHDRAWAL FROM THE EUROPEAN UNION (CONTINUITY) (SCOTLAND) ACT 2021.—5. CONCLUSIONS.

ABSTRACT: «Brexit» represents the UK with multiple challenges, inter alia, for the coherence of its «unwritten Constitution» as well as for its territorial integrity. This paper assesses the extent to which the UK has become constitutionally compromised through this process, whether it has shifted towards a form of governance by «elective dictatorship» and now finds itself on a path to both increasingly turbulent relations with the EU and increasingly problematic policy contestation within the UK.

RESUMEN: *El «Brexit» representa para Reino Unido múltiples desafíos, entre otros, para la coherencia de su «Constitución no escrita», así como para su integridad territorial. Este trabajo evalúa hasta qué punto Reino Unido se ha visto constitucionalmente comprometido a través de este proceso, si ha cambiado hacia una forma de gobierno de «dictadura electiva» y ahora se encuentra en un camino de relaciones cada vez más turbulentas con la UE y de contestación política cada vez más problemática dentro de Reino Unido.*

* School of Law, University of Strathclyde, Glasgow. The usual disclaimer applies.

1. INTRODUCTION: «BREXIT», THE «UNWRITTEN» CONSTITUTION AND THE ELECTIVE DICTATORSHIP

The United Kingdom's exit from the EU («Brexit») has exposed how disunited the United Kingdom (UK) truly is: while, in the 2016 referendum, England and Wales voted to leave the EU (53.4 %; and 52.5 %), Scotland and Northern Ireland voted to remain (62 % and 55.8 %)¹. Overall, given a voter turnout of 72.2 %, only 37.5 % of those eligible to vote voted to leave the EU. Yet, despite this slender margin, on 31 January 2020, 5,463,300 Scots and 1,893,700 Northern Irish² lost an important part of their identity as EU citizens despite the fact that referenda only have an *advisory status* in UK constitutional law³ and despite the fact that the *Sewel Convention* had appeared to require *further* approval in the national parliaments⁴. Moreover, under the terms of the *Withdrawal Agreement* and its *Irish/Northern Ireland Protocol (I/NI Protocol)*, this loss of identity is differently patterned: while Scots have lost their status as EU citizens, special dispensations guarantee all the inhabitants of Northern Ireland their EU free movement and establishment rights, membership of the EU Single Market and an invisible EU border on the Island of Ireland⁵. Scotland and Northern Ireland now face different forms of «remote» control.

Brexit thus represents a fundamental challenge for the «unwritten» UK Constitution; a Constitution in which the only limits are political and moral rather than substantive and legal. As *Lord Hailsham* once described the constitutional constraints:

«They are found in the consciences of members (of Parliament), in the necessity for periodical elections, and in the so-called checks and balances inherent in the composition, structure and practice of Parliament itself»⁶.

Given this constitutional fragility, *Hailsham* warned of the danger that an unscrupulous group of politicians could effectively *hijack* the

¹ *EU Referendum: The results in Maps and Charts*, BBC News (Online ed. 24 June 2016).

² ONS, 2019, <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/populationestimates>.

³ *R (Miller) v. The Prime Minister; Cherry and others v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, Judgment of the Court: Lady Hale and Lord Reed, para. 7.

⁴ *Sewel Convention*: «Westminster would not normally legislate with regard to devolved matters in Scotland without the consent of the Scottish parliament», Lord Sewel, HL Deb 21 Jul 1998, vol. 592, c. 791. The Scotland Act 2016 inserted a new s. 28(8) into the Scotland Act 1998 to entrench the Convention: M. ELLIOTT, «The Supreme Court's Judgment in Miller: In Search of Constitutional Principle», *The Cambridge Law Journal*, vol. 76 (2), 2017, p. 257.

⁵ *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community (Withdrawal Agreement)*, ((2020), OJ L29/7 of 31.1.2020); containing: *Protocol on Ireland/Northern Ireland* (2020) OJ L29/102); Editorial: «Sour lessons from the Union's first encounters with the UK as a "free and sovereign country"», *CMLRev*, 2021, 1.

⁶ LORD HALISHAM, «The Richard Dimbleby Lecture: Elective dictatorship», *The Listener*, 21 October 1976, pp. 496-500.

constitution and establish an elective Dictatorship⁷. In such an elective dictatorship, the «good chap» assumption of UK Constitutional law, that those who rise to high office will recognise the constraints to which the Executive must be held⁸, would no longer operate.

This paper explores the shift towards Executive Sovereignty which Brexit has brought about and the implications of this, especially with regard to the future of EU/UK relations and the territorial contestation of policy within the UK. First, the paper surveys the architecture of the emergent elective dictatorship: the politicisation of the Courts, the failure of Parliament and the strengthening of the Executive (Part II); second, the instrumentalisation of both sets of withdrawal arrangements—*Withdrawal Agreement* and the *Trade and Cooperation Agreement*—by the Executive and the promotion of a «Culture Wars» agenda (Part III). Finally, attention turns to an assessment of the implications of Brexit, in particular, for Scotland and the territorial contestation of future policy in the light of the *Continuity Act 2021* (Part IV).

2. POST-BREXIT UK GOVERNANCE ARCHITECTURE: SHIFTING ROLES OF EXECUTIVE, GOVERNANCE ARCHITECTURE: SHIFTING ROLES OF EXECUTIVE, PARLIAMENT AND JUDICIARY

Despite the Brexit campaign's slogan of «taking back control!», the UK Parliament was to prove largely ineffective in scrutinising and shaping the Brexit process. In fact, parliamentary activity centred on the production of super-majorities supported by both the main English political parties, first, to notify Brexit and, second, to settle the future relationship⁹. As a consequence, the Executive seized control of the process: seeking, initially, to notify Brexit by *Royal Prerogative* and, subsequently, seeking to *prorogue* Parliament to ensure that Brexit could take place without *parliamentary interference*. To this backdrop scrutiny was exercised by the courts, which, in turn, became subject to criticism for their «judicial activism»¹⁰.

2.1. Judicial Review: *Miller I*

The first steps of judicial scrutiny were taken in *Miller* in the *High Court* (HC) and in *Agnew/McCord* in the *High Court of Northern Ireland* (HCNI):

⁷ *Ibid.* «The sovereignty of Parliament has increasingly become, in practice, the sovereignty of the Commons, and the sovereignty of the Commons has increasingly become the sovereignty of the government».

⁸ A. BLICK and P. HENNESSY, *Good Chaps No More? Safeguarding the Constitution in Stressful Times* (The Constitution Society, London, 2019), <https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2019/11/FINAL-Blick-Hennessy-Good-Chaps-No-More.pdf>.

⁹ M. LOUGHLIN and S. TIERNEY, «The Shibboleth of Sovereignty», *MLR*, 81, 2018, p. 989.

¹⁰ «Enemies of the people!», *Daily Mail*, 3 November 2016.

— In *Miller*¹¹ the HC reviewed the legitimacy of Brexit notification. Here, the Government had originally wanted to use the *Royal Prerogative* for this purpose¹². The HC disagreed¹³ placing emphasis on the *European Communities Act 1972* (ECA 1972). The judgment provoked furious press reaction¹⁴.

— In *Agnew/McCord*¹⁵ the HCNI reviewed the relationship between Brexit and the Northern Irish *Peace Process*. Here, while the HCNI downplayed the use of the *Prerogative*¹⁶, it identified the core issue as whether the Northern Irish Constitution presupposed a *continuing* application of EU law. The HCNI decided that it did not, holding that: first, Brexit notification neither trespassed on individual rights, nor interfered with the operation of Northern Irish institutions¹⁷; second, the *Sewel Convention* was not justiciable¹⁸; third, that *some* prerogative powers escaped judicial review¹⁹; fourth, the *Northern Ireland Office* was not bound to conduct any Brexit *impact assessment*²⁰; and, fifth, that neither the *Northern Ireland Act 1998 (NIA)* nor the *Belfast/Good Friday Agreement 1998 (B/GFA)* required consent for every change to the status of Northern Ireland²¹.

Thus, whilst the HCNI saw EU Law simply as a body of *international* law, the HC saw EU law as a core, constituent part of national law²². The Government appealed and the cases were joined in the Supreme Court²³. The Supreme Court subsequently held that an *Act of Parliament, such as the ECA 1972*²⁴, could not be *subsequently* changed by Notice or Declaration²⁵. Moreover, the *Prerogative powers* only played a subsidiary constitutional role²⁶, and could be altered by subsequent legislation²⁷.

¹¹ *R (Miller) v. Secretary of State* [2016] EWHC 2768 (Admin); Lord Pannick QC, «Let's call the whole thing off: Litigation to ensure Parliamentary Approval before Ministers gave notification of UK's intention to withdraw from the EU», *The UK Supreme Court Yearbook 2016-17*, (Hrsg. Clarry) [London: Appellate, 2018 (vol. 8)]; S. DOUGLAS-SCOTT, «Brexit, Art. 50 and the Contested British Constitution», *MLR*, 2016, p. 1019; N. ARONEY, «*R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the EU: Three Competing Syllogisms*», *MLR*, 2017, p. 726; J. MURKENS, «Mixed Messages in Bottles: The European Union, Devolution, and the Future of the Constitution», *MLR*, 2017, p. 685; T. POOLE, «Devotion to Legalism: On the Brexit Case», *MLR*, 2017, p. 696; K. EWING, «Brexit and Parliamentary Sovereignty», *MLR*, 2017, p. 711.

¹² *Ibid.* *Miller*, para. 4.

¹³ *Ibid.*, paras. 92 and 94. *European Communities Act, 1972* passed to accede to the EEC.

¹⁴ «Enemies of the people!», *Daily Mail*, 3 November 2016.

¹⁵ *Re McCord*, [2016] NIQB 85.

¹⁶ *Ibid.*, para. 109.

¹⁷ *Ibid.*, para. 107.

¹⁸ *Ibid.*, para. 122.

¹⁹ *Ibid.*, para. 131.

²⁰ *Ibid.*, para. 145.

²¹ *Ibid.*, para. 152.

²² C. MCCRUDDEN and D. HALBERSTAM, «*Miller* and Northern Ireland: A Critical Constitutional Response», *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, University of Michigan, Paper No. 575, October 2017 (<http://ssrn.com/abstract=3062964>, pp. 25-29).

²³ *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

²⁴ *Ibid.*, para. 34. See: M. ELLIOTT, «The Supreme Court's Judgment in *Miller*», *The Cambridge Law Journal*, 76 (2), p. 257.

²⁵ *Ibid.*, para. 44.

²⁶ *Ibid.*, para. 47.

²⁷ *Ibid.*, para. 48.

Brexit could, therefore, only be notified through an *Act*²⁸. In contrast, *Agnew/McCord* barely figured in the supreme Court's judgment²⁹: the *B/GFA 1998* only provided Northern Ireland with a binary choice between remaining within the UK or uniting with Ireland³⁰ and the *Sewel Convention* was not justiciable³¹. The result is paradoxical. *Miller I* is both modern (rejecting the *Prerogative*) and dangerous (undermining the *Peace Process*). Moreover, the Supreme Court appeared to suggest that neither the *Peace Process* nor *Devolution* had changed the substantial arrangements of the UK Constitution! In contrast to the treatment of the ECA, laws and agreements entered into on either basis were neither «constitutional» nor did they possess «constitutional character»³².

A generous reading of *Miller I* focuses on the confirmation of constitutional checks and balances. Yet to what extent can the EU now trust any of London's «Brexit-concessions»? The *Withdrawal Agreement* is binding only if contained in national law, yet any such law can be revoked by an *Act* at any time! Nevertheless, the Supreme Court's conclusions were to prove significant to the extent that they found their expression in the *European Council's Guidelines* to the Brexit process³³. Resolution of the *Irish Question* thus became a precondition for proceeding to the second phase of the UK-EU Negotiations (Trade and Cooperation)³⁴.

2.2. Judicial Review: *Miller II*

Again, it fell to the courts to scrutinize the controversial 2019 *Prorogation of Parliament*: questions on its compatibility with the *Northern Ireland (Executive Formation) Act 2018* and *European Union (Withdrawal) Act 2018* were referred to the *Court of Session, Inner House (CSIH)* in Edinburgh³⁵ and the *High Court (HC)* in London³⁶.

— In *Cherry (CSIH)* Lord President Carloway held the *Prorogation* illegal because: «First, the prorogation was sought in a clandestine manner [...]. Secondly, the decision to prorogue [...] was taken against the background [...] in which it was being suggested that MPs would be unable to prevent a no deal Brexit if time was simply allowed to elapse [...].

²⁸ *Ibid.*, para. 78.

²⁹ *Ibid.*, para. 126.

³⁰ *Ibid.*, para. 135.

³¹ *Ibid.*, para. 151.

³² *Ibid.*, para. 67.

³³ *Council Guidelines on Brexit negotiations*, 29 April 2017, para. 11 (https://ec.europa.eu/commission/publications/european-council-article-50-guidelines-brexit-negotiations_en).

³⁴ *European Council Conclusions from the Meeting of Delegates on 20 October 2017* (<http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2017/10/19-20/>), European Commission Guiding Principles for the dialogue on Ireland/Northern Ireland, 20 September 2017.

³⁵ *Joanna Cherry QC MP & Others v. The Advocate General* [2019] CSHI 49.

³⁶ *R (Gina Miller) v. The Prime Minister* [2019] EWHC 2381.

[P]rorogation was being mooted [...] as a means to stymie any further legislation»³⁷.

— In contrast, the HC held the *Prorogation* non-justiciable: «The [PM's] decision [...] and the advice given to Her Majesty [...] were political. They were [...] political in nature and there are no legal standards against which to judge their legitimacy»³⁸.

The cases were joined on appeal to the Supreme Court³⁹. The Supreme Court decided that the PM's advice to the Queen was illegal and that the *Prorogation* was unlawful: «It is impossible for us to conclude [...] that there was any reason [...] to advise Her Majesty to prorogue Parliament for five weeks [...]. We cannot speculate [...] upon what such reasons might have been»⁴⁰.

2.3. Provisional Conclusions

As a result of what both the UK Government and the UK media saw as the *Judicial Activism* of the *Miller* case-law, the Government subsequently announced its intention to limit recourse to judicial review⁴¹. In the *Queen's Speech 2021*, it went on to set out a *Judicial Review Bill*⁴². By reducing the scope of judicial review, power will be further concentrated with the Executive and away from Parliament and the Judiciary; a key step in establishing a constitutional architecture for the elective dictatorship.

3. INSTRUMENTALISATION OF EU/UK NEGOTIATIONS: AGREEING TO [AND THEN RESILING FROM (?)] THE WITHDRAWAL ARRANGEMENTS

3.1. Withdrawal Agreement 2019-20: Shift from Backstop to Frontstop

To some surprise, on coming to power PM Johnson returned to an old EU proposal to resolve the regulatory Brexit dilemma in Northern Ireland: the introduction of a *single regulatory area* for the Island of Ireland⁴³. Under this arrangement, Northern Ireland would remain in the

³⁷ Fn. 35, Lord Carloway, para. 54, pp. 25-26.

³⁸ Fn. 36, para. 51.

³⁹ *Miller I* (Supreme Court), Fn. 3.

⁴⁰ *Ibid.* Lady Hale and Lord Reed, para. 61.

⁴¹ «Government zealots fix their sights on judicial review», *Prospect*, 28 August 2020.

⁴² The Queen's Speech, 11 May 2021: Background Briefing Notes (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/985029/Queen_s_Speech_2021_-_Background_Briefing_Notes.pdf).

⁴³ UK proposals for a new Protocol on Ireland/Northern Ireland, 2 October 2019 (<https://www.gov.uk/government/publications/uk-proposals-for-a-new-protocol-on-ireland-northern-ireland>).

Single Market, and a border for agriproducts and foodstuffs would run through the Irish Sea: a *Frontstop* would replace the *Backstop*⁴⁴. Parliament subsequently voted for fresh elections in which the PM successfully presented the *Withdrawal Agreement* incorporating this *Frontstop* as an «Oven-Ready» deal to finally «Get Brexit Done!». The PM promised Northern Ireland that there would be no customs formalities⁴⁵, even urging business to throw any paperwork required at the regulatory border in the bin⁴⁶. The *Conservatives* won the 2019 election with 43.6 % of the votes, 365 seats in the *House of Commons* and a parliamentary majority of 80⁴⁷.

The new administration's first priority was the second reading of the *Withdrawal Agreement Bill* (WAB). Yet, with the new majority, the new «December» WAB was to take a radically different form to the pre-election «October» WAB: The Government could now dispense with the issues on which parliamentary compromise had been necessary in the «October» WAB. The true character of Brexit became more explicit: first, a more radical rejection of EU Law: Clause 26 reversing previously agreed guidance to the courts⁴⁸ that retained EU law was to be followed after the implementation period⁴⁹; second, the rejection of parliamentary controls: abolition of «*Meaningful Votes*» (Clause 13); and weakening of scrutiny (Clause 31)⁵⁰; third, the reduction of Ministerial oversight: eroding ministerial decision-making (Clause 30)⁵¹; and powers to delay implementation (Clause 33)⁵²; fourth, the reduction of employee rights: withdrawal of guarantees (Clause 34)⁵³; and fifth, the weakening of Asylum laws (Clause 37)⁵⁴. A narrow path to Brexit was now open. On the EU side the concessions seemed to supply workable contours for a Free Trade deal⁵⁵. Meanwhile, London had achieved a yet deeper rejection of EU law, a more radical watering down of employment rights and a more fundamental reversal of Asylum law!

⁴⁴ M. DOUGAN, «So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Goodbye: the UK's Withdrawal Package», *CMLRev*, 57 (3), 2020, p. 631.

⁴⁵ «Brexit: No checks on goods from NI to UK, says PM», *BBC*, 15 November 2019.

⁴⁶ Fact Check - Johnson contradicts own cabinet on Northern Ireland Trade, *Channel 4 News*, 8 November 2019.

⁴⁷ Election Results 2019 (<https://www.bbc.co.uk/news/election/2019/results>).

⁴⁸ *European Union (Withdrawal Agreement) Bill 2019*: «October» version (s 6).

⁴⁹ *European Union (Withdrawal Agreement) Bill 2019*: «December» version (<https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0001/20001.pdf>); «The European Union (Withdrawal Agreement) Bill and the Rule of Law», *Bingham Centre for the Rule of Law*, 24 January 2020.

⁵⁰ WAB changes (<https://commonslibrary.parliament.uk/the-new-eu-withdrawal-agreement-bill-whats-changed/>).

⁵¹ Fn. 49: Clause 30.

⁵² *Ibid.*, Clause 33.

⁵³ *Ibid.*, Clause 34.

⁵⁴ *Ibid.*, Clause 37.

⁵⁵ Fn. 44, pp. 631-704.

3.2. Internal Market Bill 2020: Resiling from the *Withdrawal Agreement*?

Predictably, the disruption was then complete when the Government announced its intention, through the *Internal Market Bill (IMB)*, to disapply the *Withdrawal Agreement* «in a very specific and limited way»⁵⁶. The logic for this was the danger that the negotiations on the future relationship *might* fail and that competences therefore needed to be transferred back to London on a precautionary basis. With this move, the *I/NI Protocol* was shaken to its foundations⁵⁷. Moreover, the casual way in which the announcement was made caused consternation in the *Lords*⁵⁸ as much as in the United States⁵⁹. The problematic provisions were: First, Clause 42, which transferred regulatory competence for the trade in goods back to London⁶⁰. Provisions to the contrary would not be applied⁶¹. Second, Clause 43(1) which transferred regulatory competence for subsidies back to London⁶². And, finally, Clause 45, which buttressed Clauses 42 and 43⁶³, and specified that measures: «Under [...] 42(1) or 43(1) are not to be regarded as unlawful on the grounds of any incompatibility or inconsistency with relevant international or domestic law». New domestic measures had supremacy over *Retained law* so that provisions of EU law «cease to be recognised and available in domestic law, or enforced, allowed and followed»⁶⁴.

That a State should publish draft legislation with the intent of revoking an international agreement which it had signed just nine months' previously, and which, in turn, sought to support the international *B/GFA 1998*, is without parallel. Here, the *Vienna Convention* not only recognises the principle of *Pacta Sunt Servanda* but that: «A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty»⁶⁵. Moreover, in preparing this legislation, Minis-

⁵⁶ *UK Internal Market Bill 2019-21* (<https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0185/200185.pdf>), Brandon Lewis MP, Secretary of State for Northern Ireland, Hansard: HC Deb 29 Sep 2020, vol. 679, c. 509. See: *CMLRev Editorial* (2021), Fn. 5, pp. 3-7.

⁵⁷ *International Bar Association, Webinar on the IMB: Lady Kennedy, Lord Neuberger, Phillipe Sands QC and Dominic Grieve QC*, 29 September 2020 (<https://www.ibanet.org/International-Law-and-the-Internal-Market-Bill.aspx>).

⁵⁸ The *House of Lords* voted by 433 to 165 against clauses 42-43, and with 407 to 148 votes against clauses 44-46: HL, 9. November 2020 (<https://hansard.parliament.uk/lords/2020-11-09/debates/67BF795E-B630-4922-B1AB-2A0197888C5C/UnitedKingdomInternalMarketBill>).

⁵⁹ «Biden warns Johnson N Ireland peace cannot become casualty of Brexit», *Financial Times*, 17 September 2020.

⁶⁰ *IMB*, Fn. 56, Clause 42(1): «A Minister of the Crown may by regulations make provision about the application of exit procedures to goods, or a description of goods».

⁶¹ *Ibid.*, Clause 42(5).

⁶² *Ibid.*, Clause 43(2).

⁶³ *Ibid.*, Clause 45(1): «Have effect notwithstanding any relevant international or domestic law with which they may be incompatible or inconsistent».

⁶⁴ *Ibid.*, Clause 45(2)(b).

⁶⁵ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, Art. 27 (Art. 26: *Pacta sunt servanda*).

ters and *Law Officers*⁶⁶ seem to have fallen foul of the *Ministerial Code* which requires them to clarify and implement the law⁶⁷. Despite the attempts to curtail these obligations⁶⁸, the courts have confirmed that the *Code* is to be given a broad interpretation⁶⁹. Yet, while the *Lord Chancellor* argued that the Bill could be put to Parliament precisely *because* it would never be applied (?)⁷⁰, the *Scottish Advocate General, Lord Keen*, resigned⁷¹.

Yet more subtlety still, the *IMB* also challenged the demarcation of regulatory competences *within* the UK, as we shall see further below with the specific area of devolved environmental policy in Scotland. London's priority, post-Brexit, is for a competition of legal orders *between* the four Nations; a priority which explains the prominence given to *Clause 2, IMB* on mutual recognition⁷². This explains Scottish concerns of a regulatory *race to the bottom*. In this way, the powers of the Parliaments in Edinburgh and Belfast will be undermined.

Finally, the *IMB* disrupted demarcation to the TFEU and the *Withdrawal Agreement*: the EU instituting infringement proceedings against the UK under Article 258 TFEU and Article 131 of the *Withdrawal Agreement*⁷³; the *IMB* contravening Articles 5(3), 5(4) and Article 10 of the *I/NI Protocol* as well as the direct effect of Article 4 of the *Withdrawal Agreement*. These proceedings should not come as a surprise, especially in the wake of the EU's *2014 Framework on the Rule of Law*⁷⁴. While the utility of such legal action is weakened when States are at the point of departure from the EU⁷⁵, perhaps their real significance has more to do with the *rule of law* concerns that would apply should the UK (or England?) ever try to rejoin the EU.

However, the attempt to resile from the *Withdrawal Agreement* through the *IMB* was, ultimately, prevented in the *Joint Committee*. The concessions made to facilitate agreement on the terms of GB-Northern Ireland trade included: the simplification of import declarations; a six-month transition phase to streamline import modalities for the

⁶⁶ *Attorney General, Solicitor General, Advocate General for Scotland, and the Secretary of State for Justice.*

⁶⁷ *2015 Ministerial Code, Cabinet Office, Para. 1.3*: «To comply with the law, including international law and treaty obligations, and to uphold the administration of justice and to protect the integrity of public life».

⁶⁸ *Ibid.*, para. 1.3.

⁶⁹ *R (Gulf Center for Human Rights) v. The Prime Minister, The Chancellor of the Duchy of Lancaster* [2018] EWCA Civ 1855, para. 22.

⁷⁰ «Brexit: Buckland says power to override Withdrawal Agreement is “insurance policy”», *BBC*, 13 September 2020.

⁷¹ «Lord Keen: Advocate General for Scotland resigns over Internal Markets Bill», *The Scotsman*, 16 September 2020.

⁷² *IMB*, Fn. 56, Clause 2(1).

⁷³ *Withdrawal Agreement*, Fn. 5, Art. 131.

⁷⁴ EUROPEAN COMMISSION, *A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law*, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM (2014) 158 final/2.

⁷⁵ P. CRAIG and G. DE BÚRCA, *EU Law*, 7th Ed. OUP, 2020, pp. 54-59.

large supermarket chains; limits to the application of the EU State Aid rules to Northern Ireland; and measures to facilitate the identification of «*at risk*» products⁷⁶. In return, the problematic IMB Clauses were removed, so that the *Internal Market Act (IMA)* could be passed into law⁷⁷ and negotiators could address the future trading relationship by concluding the TCA.

3.3. The Trade and Cooperation Agreement 2020

The Trade and Cooperation Agreement (TCA) was finally agreed in the last week of December 2020⁷⁸. In the UK, the TCA was ratified through adoption of the *EU (Future Relationships) Act 2020*⁷⁹, which was waived through Parliament on 30 December 2020, passing the *Commons* with a super-majority of 521 votes to 73. The *Act* was passed so quickly that there was no time for scrutiny in the Brexit-subcommittee⁸⁰. In contrast, the *Scottish Parliament* withheld its consent by 92 to 30 votes. The *Northern Ireland Assembly* similarly withheld its consent by 47 to 28 votes⁸¹. The *European Parliament* delayed ratification until the last possible moment, 27 April 2021⁸².

From the EU Perspective, the TCA aims at maintaining an equilibrium between the UK's Sovereignty, the EU's *Level Playing field* and the *Peace Process* in Northern Ireland. The EU *Level Playing field* is to be secured through the TCA provisions, which scrutinise the economic impact of any retrogression from common trading standards, in which case the *non-retrogression* provisions come into play⁸³. As a consequence, great emphasis is placed on dispute resolution in the TCA; in particular on consultation and arbitration. Ultimately, parties may seek punitive sanctions, which need to be agreed to in the Expert and Specialist Committees⁸⁴.

⁷⁶ JOINT STATEMENT, *Joint Committee on the Implementation of the Withdrawal Agreement*, Brussels, 8 December 2020 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_2346).

⁷⁷ *Ibid.* «The UK will withdraw clauses 44, 45 and 47 of the UK Internal Market Bill», *CML-Rev Editorial* (2021) Fn. 5. at pp. 9-10.

⁷⁸ *Trade and Cooperation Agreement Between The European Union and The European Atomic Energy Community And The United Kingdom Of Great Britain and Northern Ireland*, Brussels of 25.12.2020, (2020) OJ L 444/14. 857 final.

⁷⁹ *EU (Future Relationships) Act 2020* (<https://publicatons.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0236/20236.pdf>).

⁸⁰ *Parliament must continue to scrutinise UK-EU relationship*, Final Committee Report, 21 January 2021 (<https://committees.parliament.uk>).

⁸¹ «Northern Ireland Assembly votes against Brexit and trade deal», *Irish Examiner*, 30 December 2020.

⁸² «The European Parliament flexes its muscles on the EU-UK trade deal», *European Policy Centre*, 5 March 2021.

⁸³ TCA, Fn. 78, Part 6, Title 1, p. 426.

⁸⁴ *Ibid.*, Art. 6.4.

The trade in goods, where the UK has a significant deficit with the EU (£-97bn)⁸⁵, plays the central role in the TCA⁸⁶. The country of origin principle plays the key role; and customs duties may not be raised on goods originating from the territory of the other jurisdiction⁸⁷. Meanwhile, border fees and charges are to be proportionate and not used as instruments for either indirect protection or taxation⁸⁸. Antidumping measures may be resorted to, so long as they are compatible with GATT provisions, and are arrived at in a fair and transparent manner⁸⁹. In the trade in agriproducts emphasis is placed on Sanitary and Phyto-Sanitary tests (SPS-Tests)⁹⁰. With respect to goods, the TCA is to the advantage of EU industry.

Yet with services, where the UK has the surplus in trade with the EU (£+18bn)⁹¹, the TCA is less generous. Whilst business trips⁹², legal advice⁹³ and trade mark protection⁹⁴ enjoy limited protection, other important areas (*e. g. audiovisual services*) are not included⁹⁵. Meanwhile, in such areas as *telephony* the reintroduction of roaming charges is allowed⁹⁶. However, the consequences are greatest in financial services where Brexit has brought an end to the *Passporting* of UK financial services. Here a simple «Framework» for problem solving is provided for in the *Memorandum of Understanding* of 26 March 2021⁹⁷. In services, the TCA is to the detriment of UK industry.

In the broader policy areas, the TCA is designed, from the EU perspective, to secure high levels of protection in areas such as employment law. *Non-retrogression*, should prevent parties from damaging or weakening agreed standards⁹⁸. To this end the TCA⁹⁹ provides for penalties¹⁰⁰. A similar framework is to operate in Consumer and Environmental law¹⁰¹. From London's perspective, however, retrogression will be diffi-

⁸⁵ House of Commons Library, Statistics on UK-EU Trade (2019) 10 November 2020: The UK had a trade deficit of -£79 billion in 2019. A surplus of £18 billion in services, a deficit of -£97 billion in goods.

⁸⁶ TCA, Fn. 78, Part 2, Title 1 Trade in Goods, pp. 19-80.

⁸⁷ *Ibid.*, Art. ORIG.1., p.42.; Art. GOODS.5, p. 34.

⁸⁸ *Ibid.*, Art.GOODS.7.1.

⁸⁹ *Ibid.*, Art. GOODS.17, p. 38.

⁹⁰ *Ibid.*, Art. SPS.1, p. 58. Sanitary and phytosanitary measures (SPS-Rules).

⁹¹ Fn. 85.

⁹² TCA, Fn. 78, Art. SERVIN.4.1.

⁹³ *Ibid.*, Part II, Title II, Chapter 5, Part 7: pp. 140-143. See: Appendix SERVIN-1, p. 602 ff.

⁹⁴ *Ibid.*, IP.7.

⁹⁵ *Ibid.*, Art. SERVIN.1.1.5.

⁹⁶ *Ibid.*, Art. SERVIN.5.36.

⁹⁷ «UK and EU reach financial regulation deal in breakthrough on co-operation», *Financial Times*, 26 March 2021.

⁹⁸ TCA, Fn. 78, Ch. 6, Art. 6.1. and 6.2, Art. 6.2.2: «A Party shall not weaken or reduce, in a manner affecting trade or investment [...] its labour and social levels of protection below the levels in place at the end of the transition period».

⁹⁹ *Ibid.*, Art. 6.3.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Art. 6.4.

¹⁰¹ *Ibid.*, Art. 7.5-7.7

cult to prove: in each case a *concrete impact* on trade and/or investment must first be established. In the PM's view «Europeans» simply require minimal reassurances¹⁰². From the UK's perspective, standards are to be much less strictly enforced than the EU anticipates¹⁰³.

3.4. Trade Turbulence as Grounds for Resiling from the TCA?

The GB-Northern Ireland trading regime which results is controversial: traders fear the increased costs and economists fear the inflationary impact. Long term, should Great Britain move away from the TCA (and Northern Ireland) more radically, the border arrangements will become more invasive still: were GB to succeed in its plan to join the CPTPP (*Common and Progressive Trans-Pacific Partnership*), the Irish Sea border would become an even more important demarcation line. Nevertheless, the most significant aspect of the *I/NI Protocol* remains its overarching role in the *Peace Process*; London and Brussels share responsibilities for guaranteeing that Peace. Yet both EU and UK have already undermined that Peace: first, when the Commission announced (29 January 2021) its plan to trigger border controls under Article 16, *I/NI Protocol*, to prevent the export of Covid-vaccine across the «open» EU-border in Ireland¹⁰⁴. Even though this plan was swiftly withdrawn, the Commission had crossed the rubicon¹⁰⁵. While it was open to London to de-escalate¹⁰⁶, the temptation to stoke the flames of grievance proved too great; Ministers lectured the EU, *inter alia*, on hypocrisy¹⁰⁷ and the need for contractual compliance¹⁰⁸.

Second, and despite the initiation of talks in the *Partnership Council* to resolve the issues of trade disruption, the *Secretary of State for Northern Ireland* then announced the unilateral extension of the transition phase from 31 March 2021 to 1 October 2021¹⁰⁹. Moreover, in its

¹⁰² «Workers Rights after Brexit easily eroded by Brexit trade deal», *The Independent*, 27 December 2020. P. M. JOHNSON, «The UK won't immediately send children up chimneys or pour raw sewage all over its beaches».

¹⁰³ IPPR Report: «*The Brexit EU-UK Trade Deal: A First Analysis*», 27 December 2020 (www.ippr.org).

¹⁰⁴ Fn. 5, Art. 16(1) *I/NI Protocol*: «If the application of this Protocol leads to serious economic, societal or environmental difficulties that are liable to persist, or to diversion of trade, the Union or the [UK] may unilaterally take appropriate safeguard measures».

¹⁰⁵ Commission Statement on the vaccine export authorisation scheme (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_314), «Der alte Brexit-Streit um Nordirland spitzt sich wegen der Impfungen neu zu», *Neuer Zürcher Zeitung (NZZ)*, 5 February 2021.

¹⁰⁶ Fn. 5, Art. 16(2) *I/NI Protocol*: «If a safeguard measure [...] creates an imbalance between the rights and obligations under this Protocol, the Union or the [UK] [...] may take such proportionate rebalancing measures as are strictly necessary to remedy the imbalance. Priority shall be given to such measures as will least disturb the functioning of this Protocol».

¹⁰⁷ «Pandora's box has been opened' Gove warns Article 16 to trigger "Trojan horse" EU threat», *The Express*, 8 February 2021.

¹⁰⁸ «Why are the EU and UK engulfed in a Row over Vaccine Supplies», *The Independent*, 15 March 2021.

¹⁰⁹ Brandon Lewis MP, Secretary of State for Northern Ireland, Hansard: HC Written Statement, 3 March 2021, Vol 690.

reasoning, the Government cited the *Preamble* rather than any of the *I/NI Protocol's* substantive provisions¹¹⁰. Instead of *cooperation*, the UK now faces infringement proceedings¹¹¹ and arbitration proceedings¹¹². Subsequently, the UK announced its intention to further delay the introduction of import controls on goods entering from the UK from the EU, almost as if the country attached no importance to border controls¹¹³.

3.5. Shifting Focus to the *Culture Wars'* Agenda

Brexit points a path to increasing political turbulence, a future in which disagreements with the EU, EU law, the *European Convention on Human Rights* (ECHR) and UN-Norms will need to be carefully choreographed. First, worrying initiatives can be made out in the Government's planned legislation, *inter alia*, the *Nationality and Borders Bill*, the *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill*¹¹⁴, the *Spycops Act*¹¹⁵ and the *Overseas Operations Act*¹¹⁶ as well as the priorities set out in the *Queens Speech 2021*¹¹⁷. Moreover, the Queen's Speech allocates valuable parliamentary time to a *Dissolution and Calling of Parliament Bill* to revoke the *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, while a *Judicial Review Bill* is the government's answer to the *Miller* case-law (above). Meanwhile, an *Electoral Integrity Bill* is to be introduced to deal with the issue of «Voter Fraud» in the UK!

4. TERRITORIAL POLICY CONTESTATION AND INTEGRITY OF THE UK: THE UK WITHDRAWAL FROM THE EUROPEAN UNION (CONTINUITY) (SCOTLAND) ACT 2021

Northern Ireland may be the most notorious issue regarding the UK's territorial constitution that Brexit has unravelled, but it is most certainly not the only one. Scottish devolution is a further constitutional settle-

¹¹⁰ *Preamble*: DETERMINED that the application of this Protocol should impact as little as possible on the everyday life of communities in both Ireland and Northern Ireland,

¹¹¹ Foot note 5, Art. 12 (4) I/NI-Protocol read with Art. 258 TFEU.

¹¹² *Ibid.*, Art. 5, *Withdrawal Agreement*, Dispute Resolution: Withdrawal Agreement, Part 6 Title III. Letter from Šefčovič to Frost, 15 March 2021: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/lettre_to_lord_frost_1532021_en.pdf.

¹¹³ «UK importers brace for “disaster” as new Brexit customs checks loom», *The Guardian*, 8 March 2021.

¹¹⁴ *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021* (<https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0268/200268.pdf>).

¹¹⁵ *Covert Human Intelligence Sources (Criminal Conduct) Act 2021* (<https://bills.parliament.uk/bills/2783>).

¹¹⁶ *Overseas Operations (Service Personnel and Veterans) Act 2020-21* (<https://bills.parliament.uk/bills/2727>), *Triple Lock*: OOA, Section 1(4); OOA Sections 1-3; OOA, Section 5.

¹¹⁷ Queen's Speech, Foot note 42.

ment at jeopardy. It is worth reminding the reader of this book that Scottish devolution was formalised through the Scotland Act 1998, which established the Scottish Parliament and the Scottish Government, providing them with a significant amount of «devolved» powers, while «reserving» key areas to the remit of Westminster. The process of devolution eventually led to the 2014 referendum on the independence of Scotland, which was won by the unionist camp by a narrow margin of 55 % against independence, to 45 % in favour. Opinion polls suggested that the prospect of an independent Scotland becoming a third state having to apply to European Union membership declined the balance towards the unionist camp.

Two years later, the result of the Brexit referendum turned upside down the very premises on which the 2014 referendum had been held. While the overall results in the UK gave «leavers» a very tight 52 % to 48 % win in the Brexit referendum, in Northern Ireland and Scotland, remain gained the majority of votes. In particular, Scottish electors voted by a 62 % in favour of remaining in the EU, against only 38 % in favour of leaving. Regardless of the quite significant nuances to the results in the four nations of the UK, PM Theresa May pushed ahead and triggered article 50 TFEU in order to kick off the withdrawal process. As highlighted previously, the Sewel convention may have led to expect from the UK government to seek consent of the devolved governments ahead of triggering article 50 TEU. Not having done so, however, the UK government arguably contributed to spur tensions and reopen political and constitutional questions that were meant to be settled for at least a generation after the 2014 Independence referendum. Serious disagreements carried on between the UK and Scottish Governments in the negotiations of the Westminster Parliament's European Union (Withdrawal) Bill. Eventually, the UK Parliament enacted the EU (Withdrawal) Act 2018 despite the refusal of the Scottish Parliament to grant consent under the Sewel convention. Tensions went even higher when PM Boris Johnson took over office from PM Theresa May given his new approach to leave behind his predecessor's Checkers plan. This latter move made clear PM Johnson's intentions to abandon both the Single Market and the Customs Union, hence paving the ground for regulatory divergence and competition with the European Union post-Brexit. In contrast to PM Johnson's approach, the SNP backed Scottish Government of FM Nicola Sturgeon had consistently relied on the results of the 2016 Brexit referendum in Scotland in order to salvage regulatory alignment between Scotland and the EU within the remit of devolved powers.

In view of the serious disagreement between the Scottish and the UK Parliaments regarding in particular the role of subordinate legislation made by Ministers in the UK Government with respect to devolved matters, in order to ensure legal continuity after exiting the European Union, the former pressed ahead in 2018 passing the UK Withdrawal from the

European Union (Legal Continuity)(Scotland) Bill¹¹⁸. The Attorney General and the Advocate General for Scotland referred the bill to the UK Supreme Court in order to ascertain whether the so-called «Continuity bill» was within the competence of the Scottish Parliament in accordance with the Scotland Act 1998.

In its judgment of 13 December 2018¹¹⁹, the Supreme Court saw no merit in the UK Government's argument that the entire «Continuity bill» was beyond the Scottish Parliament's legislative powers¹²⁰. Crucially, however, it found that section 17 of the bill—which required for Scottish Ministers' consent to subordinate legislation enacted by UK Government Ministers containing devolved provisions modifying or otherwise affecting the operation of retained (devolved) EU law—implicitly amended section 28(7) the Scotland Act 1998. The Supreme Court therefore found section 17 to be outside the Scottish Parliament's powers¹²¹. However, the Supreme Court also found that, while not exceeding the legislative powers allocated to the Scottish Parliament under the Scotland Act, a significant number of additional operative provisions in the «Continuity bill» amounted to modifications of the UK Withdrawal Act 2018, which was in turn protected against modification under its Schedule 4¹²². In legal and in practical terms, the Supreme Court's judgment crippled the «Continuity bill», forcing the Scottish Government to withdraw it and explore alternative approaches.

In June 2020, however, the Scottish Government introduced into the Scottish Parliament a substantially reworked UK Withdrawal from the European Union (Continuity)(Scotland) Bill. This «second Continuity bill» rescued elements from the first Continuity bill that the Supreme Court had left alive¹²³, and addressed some of the most significant gaps that Brexit had left in environmental governance¹²⁴, one very relevant devolved matter in which the Scottish Government has persistently outperformed other territories in the UK. However, as highlighted by Mc-

¹¹⁸ See C. McCORKINDALE and A. MCHARG, «Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I)», *U.K. Const. L. Blog* (6th Mar. 2018) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>); and C. McCORKINDALE and A. MCHARG, «Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part II)», *U.K. Const. L. Blog* (7th Mar. 2018) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

¹¹⁹ [2018] UKSC 64.

¹²⁰ *Ibid.*, paras. 26-33.

¹²¹ *Ibid.*, para. 52.

¹²² *Ibid.*, para. 99.

¹²³ C. McCORKINDALE, A. MCHARG and T. MULLEN, «The Continuity Bill is Dead; Long Live the Continuity Bill - Regulatory Alignment and Divergence in Scotland Post-Brexit», *U.K. Const. L. Blog* (30th July 2020) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

¹²⁴ L. AUSTIN, A. CARDESA-SALZMANN, C. GEMMELL, J. HUGHES and A. SAVARESI, *Environmental Governance in Scotland on the UK's Withdrawal from the EU. Assessment and Options for Consideration: A Report by the Roundtable on Environment and Climate Change* (Scottish Government, 2018). See also C. T. REID, «The future of environmental governance», *Environmental Law Review*, 2019 (21), p. 225.

Corkindale, McHarg and Mullen, «the second Continuity Bill is as much a piece of political rather than technical law-making»¹²⁵.

Part 1 of the (in the meantime) UK Withdrawal from the European Union (Continuity) (Scotland) Act 2021 (hereinafter, WEUCA) provides Scottish Ministers with power to make provision corresponding to EU law with the political aim of keeping up regulatory alignment with the EU within the confines of devolved powers. In turn, Part 2 of the WEUCA sets out the constitutional framework for environmental governance in Scotland, filling the gaps left after Brexit. Section 13 writes into Scottish law the principles of EU environmental law as enshrined in articles 11 and 191(2) TFEU. However, in contrast to the equivalent piece of legislation for England—the Environment Act 2021—the «European» genealogy of these principles is explicitly acknowledged in section 13(2). Most significantly for the overarching objective of «keeping pace» with EU environmental law developments, its binding nature is formulated in clear and concise terms, and its interpretation is expressly linked to that of the Court of Justice of the European Union over time.

Part 2 also addresses governance gaps arising out of the loss of the hard enforcement edge provided by the European Commission—CJEU tandem. Chapter 2 of Part 2 establishes a public body—Environment Standards Scotland (ESS)—with monitoring and enforcement functions similar to those formerly held by the European Commission—¹²⁶. Accordingly, ESS is endowed with ample and robust investigative powers,¹²⁷ as well as managerial and enforcement powers which range from serving improvement reports conducive to improvement plans¹²⁸, to the issuance of compliance notices¹²⁹. These monitoring and enforcement powers are held vis-à-vis public authorities that have failed to comply with, make effective, or implement or apply environmental law effectively. Under section 38 WEUCA, moreover, ESS has the power to refer a public authority's conduct to judicial review or intervene in judicial proceedings, when it considers that (a) the conduct constitutes a serious failure to comply with environmental law, and (b) it is necessary to make the application to prevent, or mitigate, serious environmental harm.

The functions and powers allocated to ESS are clearly destined to buttress the Scottish Ministers capacity to enact secondary legislation in order to keep track with (environmental) legal developments in the EU over time and maintain regulatory alignment. The WEUCA features some remarkable elements that aim at protecting devolved environmental legislation from non-consented interference from the UK Parliament

¹²⁵ McCORKINDALE *et al.* (n. 6).

¹²⁶ UK Withdrawal from the European Union (Continuity) (Scotland) Act 2021 (WEUCA), s. 20.

¹²⁷ WEUCA, ss. 24 and 25.

¹²⁸ WEUCA, ss. 26 to 30.

¹²⁹ WEUCA, ss. 31 to 37.

and Ministers of the Crown. In that sense, and to borrow again McCorkindale's, McHarg's and Mullin's accurate wording, the WEUCA is therefore as much a political, as it is a technical piece of legislation. It seeks to write into the Scottish statute book the political aim of keeping track with environmental legal developments in the European Union, in stark contrast to the political agenda pursued by the UK Government under PM Boris Johnson. It remains to be seen, however, the extent to which Scottish Ministers will be capable of living up to this expectation in view of legislative developments in the Westminster Parliament, such as the UK Internal Market Act, which is capable of undermining regulatory alignment with EU environmental law in Scotland in such sensitive areas as the regulation of chemicals, pesticides, or climate adaptation, just to mention a few. Overall, one may conclude that the Scottish Government and Parliament are willing to counter the UK Government's agenda for waging cultural wars, waging in turn a constitutional war over highly sensitive policy areas, such as environmental protection, were public opinion may side them in their aspiration for higher levels of autonomy, if not independence.

5. CONCLUSIONS

Brexit has exposed the vulnerability of the UK's «unwritten» constitution to manipulation; and this can be seen in the resort to the Royal Prerogative and Prorogation in the Brexit process; the shift to Executive Sovereignty and the declining influence of Parliament and Judiciary; the hollowing-out of the Sewel Convention; the suspension of the Ministerial Code; and the redefinition of the role of the PM. In theory, the «unwritten» UK constitution has the advantage of flexibility over «hard» law Constitutions. Yet the «unwritten» constitution is open to abuse by the unscrupulous populist to whom the path to an elective dictatorship is opened. As this paper has established, this has implications not simply for the path of future EU/UK relations, seen, *inter alia*, in the instrumentalisation of the withdrawal arrangements, but also, for the territorial coherence of the UK and the contestation of policy within what has become an increasingly «Disunited» Kingdom.

UK Consumer Law after withdrawal from the European Union («Brexit»)

Christian TWIGG-FLESNER*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. UK CONSUMER LAW AT THE TIME OF WITHDRAWAL FROM THE EU.—3. DEALING WITH WITHDRAWAL: THE 2018 ACT.—4. IMMEDIATE CHANGES MADE TO UK CONSUMER LAW.—5. THE TRADE AND CO-OPERATION AGREEMENT AND CONSUMER LAW.—6. FUTURE DEVELOPMENT OF UK CONSUMER LAW.—7. CONCLUSIONS.

ABSTRACT: This chapter explains the state of UK Consumer Law immediately before Brexit. It then explains how the withdrawal from the EU was effected through a statutory scheme which transferred EU legislation and case-law into the domestic law of the UK, and the immediate changes made to UK Consumer Law as a result. It then turns to the implications of the Trade and Cooperation Agreement, before commenting on the first set of reform proposals made after the UK's departure from the EU.

RESUMEN: *Este capítulo explica la situación del Derecho de los consumidores del Reino Unido inmediatamente antes del Brexit. A continuación, se explica cómo se llevó a cabo la retirada de la UE a través de un régimen legal que transfirió la legislación y la jurisprudencia de la UE al Derecho interno de Reino Unido, y los cambios inmediatos realizados en el Derecho del consumidor del Reino Unido como resultado. Finalmente, se abordan las implicaciones del Acuerdo de comercio y cooperación, y se comentan el primer conjunto de propuestas de reforma realizadas tras la salida de Reino Unido de la UE.*

1. INTRODUCTION

This contribution focuses on both the immediate and potential future impact of the United Kingdom's (UK) withdrawal from the European Union (EU), commonly known as «Brexit». It will first summarise the

* Professor of International Commercial Law, University of Warwick (UK).

state of UK Consumer Law before Brexit, before explaining the way in which UK law provided for continuity after Brexit as well as the immediate changes that were made to UK Consumer Law. It then turns to explore the implications of the Trade and Cooperation Agreement for the future trajectory of UK Consumer Law, before examining a first government Consultation Paper on Consumer Law reform.

2. UK CONSUMER LAW AT THE TIME OF WITHDRAWAL FROM THE EU

In the same way as all the other EU Member States, Consumer Law in the UK has been a mixture of EU-derived legislation¹, legislation of a domestic origin, as well as the general law of contract and tort.

Leaving aside the case-based common law rules, which are of general application and not limited to consumer situations specifically, UK legislation dealing with consumer issues has taken one of two forms: (i) *Acts of Parliament*, enacted by Parliament using its legislative processes; and (ii) Secondary legislation (statutory instruments), adopted under an enabling power granted in an Act of Parliament. Typical examples of Acts of Parliament include the Consumer Protection Act 1987², or the Consumer Rights Act 2015³, both concerned exclusively with aspects of consumer law. Prior to the enactment of the Consumer Rights Act 2015, there were consumer-specific provisions in Acts of Parliament with a general scope, such as the Sale of Goods Act 1979 or the Supply of Goods and Services Act 1982. An Act of Parliament is a form of domestic legislation, enacted by both Houses of Parliament, and therefore has the status of domestic law.

In contrast, secondary legislation can only be adopted by the government where Parliament has created an enabling provision through primary legislation (*i. e.*, an Act) which authorises the government (usually through the relevant Secretary of State) to lay legislation before Parliament. Such secondary legislation takes the form of *statutory instruments*, and these are widely used, whether for legislation applicable throughout the UK/Great Britain or applicable in one or more of the constituent jurisdictions. Such statutory instruments can be adopted through one of two procedures: (i) the *negative resolution procedure*: a statutory instrument takes legal effect once it has been signed by the relevant Secretary of State, but it can be annulled if a motion to that effect is moved and passed in either House of Parliament; or (ii) the *affirmative resolution*

¹ See *e. g.*, G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER and T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Abingdon, Routledge, 2017.

² Part I transposes the Product Liability Directive (85/374/EEC).

³ Part I contains provisions transposing the «old» Consumer Sales Directive (99/44/EC), as well as the Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC).

procedure, which requires a vote by both Houses of Parliament before it can take effect. The negative resolution procedure is used more widely than the affirmative resolution procedure. The latter does require a debate and a vote in Parliament, but it is not as complex (and slow) a process as the adoption of an Act of Parliament.

Statutory instruments were widely used to implement EU Directives, including most of the directives on consumer law⁴. The enabling power for such statutory instrument was the broad power contained in the *European Communities Act 1972*. In brief, section 2(1) of the 1972 Act provided that:

«All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly».

This provision was essential to ensure that all directly applicable provisions of EU Law, such as the Treaties themselves, Regulations, and rulings by the Court of Justice of the European Union (CJEU), would have legal effect in the UK. This provision therefore was the key to unlocking the application of EU law in the domestic legal systems of the UK.

All EU regulations relevant to consumer law took effect on the basis of Art. 2 (1), at least to the extent that no further domestic implementing measures were required. This included *e. g.*, the denied boarding regulation (261/2004/EC).

As directives are not directly applicable, they require transposition into national law. Section 2(2) of the 1972 Act conferred powers on the relevant government member to enact secondary legislation in order to implement a directive (and other not directly-applicable provisions of EU Law) into domestic law. This power allowed a government minister to

«make provision—

(a) for the purpose of implementing any EU obligation of the United Kingdom, or enabling any such obligation to be implemented, or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties to be exercised».

Statutory instruments adopted on the basis of s. 2 (2) of the 1972 Act could follow either the negative or the affirmative resolution procedure⁵. It is important to note that this power only extended to the implementation of «any EU obligation», so could only be exercised insofar as this

⁴ As was the case with the Product Liability Directive's transposition in Part 1 of the Consumer Protection Act 1987.

⁵ See Schedule 2, par. 2 (2).

was necessary to implement the substance of a relevant directive or other EU obligation⁶. If the government wanted to go beyond the requirements of an EU directive, *e. g.*, by exercising a provision in a minimum harmonisation directive to introduce more protective rules, it had to rely on a different power or enact primary legislation. This became necessary when the government decided to extend the scope of the old Doorstep Selling rules beyond «unsolicited» visits to cover all contracts between a consumer and a trader concluded in a doorstep selling situation. In order to do so, a special power had to be included in s. 59 of the Consumers, Estate Agents and Redress Act 2007, leading to the enactment of the Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008⁷. These Regulations were subsequently repealed in order to implement the Consumer Rights Directive (2011/83/EU), and the resulting regulations⁸ were based on s. 2 (2) of the 1972 Act. Not every directive was transposed on the basis of s. 2 (2) or through specific powers; the Price Indications Directive (98/6/EU) was implemented via the Price Marking Order 2004⁹, based on a power then provided in s. 2 (3) of the Prices Act 1974.

Most of the consumer law directives were implemented through secondary legislation, whether on the basis of s. 2 (2) of the 1972 Act, or another statutory power. Some consumer directives were implemented, or re-implemented, through primary legislation. Thus, the Product Liability Directive (85/374/EEC) was implemented in Part 1 of the Consumer Protection Act 1987, and the Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC) and the first Consumer Sales Directive (1999/44/EC) were ultimately implemented in the Consumer Rights Act 2015¹⁰.

This overview of the legal basis for the implementation of the various EU consumer law directives is important for the discussion of the impact of the UK's withdrawal. The process of withdrawing would involve the repeal of the European Communities Act 1972, because this was the route for EU Law into the domestic legal systems of the UK. As will be explained in the next section, the process of dealing with the implica-

⁶ The Legislative and Regulatory Reform Act 2006 provided a procedure to combine secondary legislation with additional changes to remove or reduce burdens, but it is not necessary to go into the detail in this paper.

⁷ S. I. 2008/1816.

⁸ The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges Regulations) 2013, S. I. 2013/3134.

⁹ S. I. 2004/102, repealing the earlier implementation through the Price Marking Order 1999 (S.I. 1999/3042).

¹⁰ The Unfair Contract Terms Directive was initially implemented through the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, which were replaced by the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999. Following a comprehensive review and proposals made by the Law Commission, the Directive was re-implemented in Part 2 of the Consumer Rights Act 2015. Similarly, the Consumer Sales Directive was initially implemented through regulations (which amended the relevant primary legislation), before being re-implemented in Part 1 of the Consumer Right Act 2015. Importantly, the provisions of the 2015 Act exceed the minimum requirements provided for in the corresponding directives.

tions of withdrawal for domestic law is very complex and has inevitably gone far beyond simply repealing the 1972 Act. The simple repeal of this Act, without any other provision, would have immediately resulted in the repeal of every statutory instrument adopted on the basis of s. 2 (2) of the 1972 Act. This would have affected a number of measures implementing consumer law directives, although, as seen above, not every measure would have been affected immediately. Any transposition through an Act of Parliament would not have been affected, for example; neither would the Price Marking Order 2004 as it was not enacted on the basis of the 1972 Act.

3. DEALING WITH WITHDRAWAL: THE 2018 ACT

The legislation giving effect to the UK's withdrawal from the EU is the European Union (Withdrawal) Act 2018 («EUWA»), as amended by the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020. This is a complex piece of legislation, but for present purposes, a selective overview suffices¹¹. First, EUWA repeals the European Communities Act 1972¹². However, for the duration of the so-called «implementation period», which lasted until the end of 2020, the 1972 Act continued to have effect¹³, and EU Law remained applicable as before. This included the operation of s. 2 (2) of the 1972 Act, which was the legal basis for much of the secondary legislation relevant to consumer law, and s. 2 (1), which provided for the legal effect of directly applicable EU Law in domestic law. Both provisions ceased to have effect on the expiry of the implementation period¹⁴.

A key purpose of the EUWA is to ensure that from 1 January 2021, so-called «retained EU Law» continues to have effect in domestic law to provide continuity in the law unless and until provisions of «retained EU Law» are amended or repealed. The term «retained EU Law» covers a wide range of legal provisions which are based in EU Law. First, there is «EU-derived domestic law»¹⁵, which covers both the secondary legislation previously enacted on the basis of s. 2 (2) of the 1972 Act¹⁶ as well as any other domestic provision which has its origins in EU Law¹⁷. Second-

¹¹ See also C. BISPING and C. TWIGG-FLESNER, «Preparing for withdrawal from the European Union in the United Kingdom», in M. KRAMME, Ch. BALDUS and M. SCHMIDT-KESSEL (eds.), *Brexit: Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen* (Nomos, 2020).

¹² Section 1. The repeal took effect on «Exit Day», which was 31 January 2020 at 11 pm [s. 20(1) EUWA].

¹³ S. 1A EUWA.

¹⁴ S. 1A (5) EUWA.

¹⁵ See s. 2 EUWA.

¹⁶ S. 1B (7)(a) EUWA.

¹⁷ To a degree, this seems to be «overkill», because any domestic law contained in an Act of Parliament or in secondary legislation not based on the 1972 Act would have remained in effect in any case.

ly, there is «direct EU legislation», which includes regulations and decisions, in particular¹⁸. Third, there is «retained case-law», which includes both decisions by the European Court and domestic cases dealing with the application of EU-law or relevant directly applicable or implemented EU Law¹⁹. Such provisions are retained EU Law insofar as they were binding immediately before the end of the implementation period (*i. e.*, 11pm on 31 December 2020). The EUWA also contains provisions for the amendment of retained EU Law to correct «deficiencies»²⁰. This could entail relatively minor matters such as replacing references to the «EU» with the «UK», or more significant, *e. g.*, the repeal of retained EU Law which no longer works because it requires interaction with the EU and/ or its Member States²¹.

The EUWA provisions on retained EU Law are somewhat more complex than set out here²², but the overall objective can be stated quite simply: their effect is that much of EU Law which was effective before the end of the implementation period continues to apply beyond this end-date, unless and until amended by domestic legislation.

The same applies in respect of the case-law from the EU courts, which could eventually be «overruled» by the Supreme Court²³ or other «relevant courts»²⁴ (such as the Court of Appeal). In deciding whether to depart from retained EU case law, the Supreme Court and other designated relevant courts should follow the test which the Supreme Court would apply in deciding whether to depart from any of its previous decisions (or previous decisions by the Judicial Committee of the House of Lords, its predecessor)²⁵. Whittaker has noted that the temporal effect of a decision to depart from EU case-law, particularly on the interpretation of EU legislation which has been retained, is a difficult one: when the Supreme Court departs from an one of its earlier decision (or of the House of Lords), the effect will usually be retroactive. Whittaker has argued that any retroactive effect should only go back to the point when the Implementation Period ended, because it was only at that point that «retained EU legislation» was created²⁶. It will remain to be seen how the Supreme Court (or, indeed, the Court of Appeal) will utilise its power to depart from European case-law.

¹⁸ S. 3 (2) EUWA.

¹⁹ S. 6 (7) EUWA.

²⁰ The term used in s. 8 EUWA.

²¹ See s. 8(2) EUWA for the kinds of «deficiencies» covered by this provision.

²² For a more detailed analysis, see S. WHITTAKER, «Retaining European Union Law in the United Kingdom» *Law Quarterly Review*, 137, 2021, pp. 478-488.

²³ S. 6 (4)(a) EUWA.

²⁴ As defined in Regulation 3 of the European Union (Withdrawal) Act 2018 (Relevant Court) (Retained EU Case Law) Regulations 2020 (S. I. 2020/1525).

²⁵ Set out in the *Practice Statement (Judicial Precent) 1966* [1966] 1 W.L.R. 1234. Its continued application was confirmed by the Supreme Court in *Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28 (para [25]).

²⁶ S. WHITTAKER, «Retaining European Union Law in the United Kingdom», Fn. 22, p. 486.

The upshot of all this is that the EUWA froze EU Law (other than the treaties) as it was at the point when the Implementation Period ended, and incorporated it into UK Law. At this point, retained EU Law assumed a special status within UK law, although the government has since announced its intention to change this status and to review the substance of many aspects of retained EU Law²⁷.

The immediate benefit of this is obvious: it ensures that there is continuity in the substantive legal rights and obligations conferred by legislation implementing EU Law and directly applicable EU Law, as well as CJEU case-law. It has created the somewhat strange situation where an EU Regulation now exists both in its original EU form, and as a UK version frozen in time as at 31 December 2020, but any legislation implementing EU legislation has continued in effect without interruption, despite the repeal of the enabling provisions in the European Communities Act 1972.

As a result, the UK's withdrawal from the EU at the end of January 2020 and the end of the Implementation Period at the end of December 2020 did not have an immediate effect on consumer rights originating in EU legislation and case-law, although some changes were made to the overall Consumer Law landscape.

4. IMMEDIATE CHANGES MADE TO UK CONSUMER LAW

Whilst the bulk of consumer law originating from the EU continues to apply, there are some important exceptions to this. In particular, EU legislation regarding the enforcement of consumer law has either been repealed altogether or limited in scope to the UK. For example, the Consumer Protection Enforcement Cooperation Regulation (2017/2394)²⁸, which deals with the co-operation between national enforcement authorities, was repealed²⁹ and the necessary amendments to the enforcement regime in the Enterprise Act 2002 were made by the Consumer Protection (Enforcement) (Amendment, etc.) (EU Exit) Regulations 2019³⁰. More generally, the Consumer Protection (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2018³¹, which came into effect at the end of the Implementation Period, amended a number of domestic laws, primarily in order

²⁷ A review of 'retained EU legislation' was announced on 16 September 2021, with particular measures identified in a list published as *Brexit Opportunities: Regulatory Reform* [available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1018386/Brexit_opportunities-_regulatory_reforms.pdf (last accessed 28 September 2021)].

²⁸ Somewhat ironically, the UK had to *implement* relevant provisions by making changes to the legislation dealing with enforcement issues during the Implementation Period: see The Consumer Protection (Enforcement) (Amendment etc.) Regulations 2020 (S. I. 2020/484).

²⁹ Regulation 8, The Consumer Protection (Enforcement) (Amendment, etc.) (EU Exit) Regulations 2019 (S. I. 2019/203).

³⁰ S. I. 2019/203.

³¹ S. I. 2018/1326.

to replace references to the EU or the EEA with references to the United Kingdom, and to make other corresponding amendments. For instance, Regulation 3 of the 2018 Regulations amends references in the Consumer Rights Act 2015 to the «EU» and to a «non-EEA State». Regulation 8 replaces references in Regulation 6 of the Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013³² to the EU Directives on Package Travel (2015/2302/EU) and Timeshare (2008/122/EU) with their UK implementing legislation equivalents. The 2018 Regulations also repealed the retained EU Law version of the Online Dispute Resolution (ODR) Regulation (524/2013)³³. Furthermore, the Consumer Credit (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018³⁴ amended references to the EU in the Consumer Credit Act 1974 and related secondary legislation. A further measure making wide-ranging changes to legislation relevant to Consumer Law are the Product Safety and Metrology etc. (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019³⁵. For example, Schedule 3 to these Regulations amend the Consumer Protection Act 1987 which, *int. al.*, gave effect to the Product Liability Directive (85/374/EEC). Again, these amendments concern mostly geographical references, but also included the repeal of a power to amend the Act (and subsequent Acts) where necessary to give effect to changes to the Product Liability Directive provided in s. 8 of the Consumer Protection Act 1987. Similar technical changes are made to the General Product Safety Regulations 2005 by Schedule 9.

All of these amendments are of the kind permitted by s. 8 EUWA to remedy deficiencies in retained EU Law. As noted, many concerned references to the EU, EEA and similar, which no longer made sense after the UK had completed its withdrawal from the EU. The full repeals of the retained Consumer Protection Enforcement Cooperation Regulation and the ODR Regulation was necessary because these apply to cross-border situations within the EU, so had no purpose to fulfil as a part of UK Law. Furthermore, provisions in the Enterprise Act 2002 giving effect to the Injunctions Directive (2009/22/EU) were removed or amended for the same reason.

The immediate effect of the UK's completion of withdrawing from the EU has therefore been limited to technical adjustments of retained EU Law, particularly in respect of the geographical scope or extent of particular provision, and the repeal of retained EU law which only applied to cross-border issues. Although these changes covered a large number of domestic laws from the pool of retained EU Law, they have not had significant implications for the level of consumer protection in the UK. However, this does not mean that there will not be any

³² S. I. 2013/3134; these Regulations implemented the Consumer Rights Directive (2011/83/EU).

³³ Regulation 10.

³⁴ S. I. 2018/1038.

³⁵ S. I. 2019/696.

changes to aspects of UK consumer law which have their origins in EU Law. Indeed, in July 2021, the Department for Business, Energy and Industrial Strategy (BEIS) published a Consultation Paper on reforming competition and consumer policy, which raises the spectre of substantive reforms in the near future. This will be discussed below. First, however, it is necessary to consider to what extent the agreement between the UK and the EU governing its future relationship—the Trade and Co-operation Agreement—addresses consumer protection aspects.

5. THE TRADE AND CO-OPERATION AGREEMENT AND CONSUMER LAW

The future relationship between the UK and the EU is governed by the Trade and Co-operation Agreement (TCA), which was agreed at the end of 2020 and entered into force provisionally on 1 January 2021, and definitively on 1 May 2021 following ratification by the European Parliament. The TCA was implemented into UK Law by the European Union (Future Relationship) Act 2020 [«EU(FR)A»].

In the entire text of the TCA³⁶, the word «consumer» appears a total of 57 times in a document comprising 2555 pages. Nevertheless, there are several provisions of relevance to consumer law. Point 7 of the Preamble stresses that the UK and EU have «autonomy and rights to regulate within their territories in order to achieve legitimate public policy objectives such as the protection and promotion of [...] consumer protection [...] while striving to improve their respective high levels of protection». This emphasises that the UK can act freely in deciding issues of consumer protection but should seek to *improve* the already existing levels of consumer protection. «Improve» can mean several things: it could mean making it easier to utilise consumer rights, clarification of the law, removal of gaps and inconsistencies, but also further increases in the level of consumer protection. The exact intention behind this commitment is therefore somewhat vague.

This statement in the Preamble therefore encapsulates a commitment to maintain and improve (however understood) existing levels of consumer protection, but does not require that the UK and EU take the same path. It also does not commit either to leave specific rules of existing consumer law untouched; rather, the focus seems to be on the overall level of consumer protection. Furthermore, point 12 of the Preamble expresses the desire that the TCA should «contribute to consumer welfare through policies ensuring a high level of consumer protection and eco-

³⁶ Available e. g., at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/982648/TS_8.2021_UK_EU_EAEC_Trade_and_Cooperation_Agreement.pdf (accessed 28 September 2021).

conomic well-being». The commitment to preserving and enhancing a high level of consumer protection has therefore been clearly stated in the TCA.

However, there is not a separate title or chapter in the TCA dealing with consumer protection issues; rather, consumer protection is mentioned at various points throughout the TCA in the context of more specific policy areas. For instance, Art. 123 (Title II, chapter 1 on services and investment), para. 2, is one of several instances³⁷ where the TCA reaffirms the regulatory freedom of the EU and UK with regard to, *int. al.*, consumer protection, but there is nothing more substantial beyond this.

However, Title III on Digital Trade contains a more detailed provision in Art. 208. This provides as follows:

«1. Recognising the importance of enhancing consumer trust in digital trade, each Party shall adopt or maintain measures to ensure the effective protection of consumers engaging in electronic commerce transactions, including but not limited to measures that:

- (a) proscribe fraudulent and deceptive commercial practices;
- (b) require suppliers of goods and services to act in good faith and abide by fair commercial practices, including through the prohibition of charging consumers for unsolicited goods and services;
- (c) require suppliers of goods or services to provide consumers with clear and thorough information, including when they act through intermediary service suppliers, regarding their identity and contact details, the transaction concerned, including the main characteristics of the goods or services and the full price inclusive of all applicable charges, and the applicable consumer rights (in the case of intermediary service suppliers, this includes enabling the provision of such information by the supplier of goods or services); and
- (d) grant consumers access to redress for breaches of their rights, including a right to remedies if goods or services are paid for and are not delivered or provided as agreed.

2. The Parties recognise the importance of entrusting their consumer protection agencies or other relevant bodies with adequate enforcement powers and the importance of cooperation between these agencies in order to protect consumers and enhance online consumer trust».

Crucially, Art. 208 TCA only applies in respect of consumer protection in the context of electronic commerce transactions, and does not extend to all consumer transactions. On a cursory reading, much of this Article seems familiar from the existing consumer law *acquis*, but there are a number of departures from the current *acquis*³⁸. For example, subparagraph (a) broadly reflect aspects of the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EU) and the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 - although in both these measures, the concern is with

³⁷ See also *e. g.*, Art. 198 or Art. 302.

³⁸ S. WHITTAKER, «Retaining European Union Law in the United Kingdom», Fn. 22, *esp.* pp. 498-501.

misleading and aggressive commercial practices, rather than «fraudulent and deceptive» practices. Similarly, sub-paragraph (b) appears to reflect the general prohibition on unfair commercial practices, with the reference to «good faith» corresponding to the use of this concept in the definition of «professional diligence» in the UCPD/the 2008 Regulations³⁹. However, it has inverted the familiar prohibition into a positive obligation, and so it will be interesting to see if both the EU and the UK will consider reflecting this shift in a future revision of the legislation. There is also particular mention of a prohibition on charging for unsolicited goods and services, which is one of the commercial practices always regarded as unfair under the UCPD/CPRs⁴⁰, as supplemented by Art. 27 of the Consumer Rights Directive⁴¹. However, none of the other prohibited practices are expressly mentioned, so the inclusion of this particular one seems odd.

The requirements of sub-paragraph (c) reflect the detailed information duties already in existence in EU and UK Law, particularly under the Consumer Rights Directive (2011/83/EU) and the Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013. Neither measure is specifically limited to electronic commerce transactions, but both apply to such transactions because they would be «distance contracts» within the meaning of the Directive/Regulations.

Finally, sub-paragraph (d) looks innocuous, but could potentially have significant implications. It contains a general commitment to ensure that consumers can access redress for breaches of their rights, but only in the context of electronic commerce transactions. Presumably, this means rights in the context of electronic commerce transaction generally, but these will include the rights listed in Art. 208 (1) (a)-(c). This means that there should be redress for consumers for instances when the information required by sub-paragraph (c) has not been given. The Consumer Rights Directive simply requires that any information provided becomes an integral part of the contract⁴², allowing for the application of contract law remedies⁴³. A similar approach is taken under the Consumer Contract Regulations 2013 in the UK⁴⁴, with the Consumer Rights Act 2015 doing the same⁴⁵ this and making available specific remedies for a breach of the terms containing the information. In the case of contracts for the supply of goods, for instance, s. 19(5) CRA provides that a consumer can recover from the trader any costs incurred as a result of the failure to provide information up to the value of the price paid⁴⁶. If

³⁹ Cf. Art. 2 (h) UCPD and Reg. 2 (1) CPUTR.

⁴⁰ Cf. Annex I, para. 29 UCPD and Schedule 1, para. 29 CPUTR, respectively.

⁴¹ The UK has given effect to Art. 27 by inserting Regulation 27A into the CPUTR.

⁴² Art. 6 (5) CRD.

⁴³ In most cases, a claim for damages if loss can be proved.

⁴⁴ Regulation 18 CCR.

⁴⁵ See ss. 11 (4) and 12 for goods, ss. 36 (3) and 37 for digital content, and s. 50 (3) for services contracts.

⁴⁶ See also s. 42 (4) in respect of digital content

the information about the main characteristics of the goods has not been provided, however, then this is treated as an instance of a non-conformity and the full range of remedies under the Act becomes available⁴⁷. The onus might therefore be on the EU to improve its provisions on redress in respect of non-compliance with information duties.

With regard to the rights in sub-paragraph (a) and (b), the situation is less clear-cut. As noted, both sub-paragraphs relate to the UCPD. As originally enacted, the UCPD did not provide for any kind of private redress for individual consumers, but this was changed by the Better Enforcement and Modernisation Directive (2019/2161/EU, «BEMD»). Art. 3 BEMD inserted a new Art. 11a into the UCPD which requires that Member States provide for «proportionate and effective remedies, including compensation for damage suffered by the consumer and, where relevant, a price reduction or the termination of the contract» for consumers harmed by unfair commercial practices. This would seem to meet the requirements of Art. 208 TCA as far as sub-paragraphs (a) and (b) are concerned. The UK had already introduced a private right of redress by amending the CPUTR 2008 in 2014⁴⁸, but this does not extend to all the provisions of the Regulations but only to misleading actions and aggressive practices⁴⁹, provided a number of other conditions are met⁵⁰. There is no go into the detail of these provisions here⁵¹; rather, the point is that UK law currently is more limited in the way it approaches the private right of redress. In order to fulfil its obligations under the TCA, the UK might have to modify its provisions on the private right of redress in the CPUTR, at least with regard to electronic commerce transactions.

In contrast, the general reference to «services» in Art. 208 (1)(d) might suggest that provisions should be in place in respect of the non-performance or non-conformity of services (at least where these result from an electronic commerce transaction). In the UK, ss. 48-57 of the Consumer Rights Act 2015 would seem to fulfil this requirement. However, EU law has, thus far, not addressed the conformity of services other than in respect of digital services⁵², and so might now be obliged to act.

A further important provision is Art. 438 TCA in the chapter on aviation. In particular, Art. 438 (2) provides that:

«The Parties shall ensure that effective and non-discriminatory measures are taken to protect the interests of consumers in air transport. Such measures shall include the appropriate access to information, assistance including

⁴⁷ For a discussion, see C. TWIGG-FLESNER and R. CANAVAN, *Aityah and Adams' Sale of Goods*, 14th ed. Pearson, 2020, ch. 19, pp. 482-490.

⁴⁸ See Part 4A of the CPUTR, inserted by the Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014 (S. I. 2014/870).

⁴⁹ Reg. 27B CPUTR.

⁵⁰ See Reg. 27A CPUTR.

⁵¹ See G. WOODROFFE, C. TWIGG-FLESNER and C. WILLETT, *Woodroffe and Lowe on Consumer Law*, 10th ed., Sweet & Maxwell, 2016, pp. 130-132.

⁵² See the Digital Content and Digital Services Directive (2019/770/EU).

for persons with disabilities and reduced mobility, reimbursement and, if applicable, compensation in case of denied boarding, cancellation or delays, and efficient complaint handling procedures».

The final part of this sub-paragraph is worth noting. It refers to «compensation in case of denied boarding, cancellation or delays». In EU Law, this matter is addressed in Regulation 261/2004⁵³, which remains in force with some amendments to geographical references in the UK as retained direct EU legislation. This provision resulted in an early judicial consideration of the impact of the TCA by the Court of Appeal in a case involving a claim under Regulation 261/2004 - *Lipton v. BA City Flyer Ltd*, decided in March 2021⁵⁴. The case concerned a claim arising from the cancellation of a flight after the captain became ill, which resulted in the claimant consumer being rebooked on a flight which arrived just under 3 hours later than the original flight. Coulson LJ addressed the substantive aspect of the claim by reviewing the Regulation and relevant CJEU and domestic case-law. Although the facts giving rise to the case arose in 2018 at a time when the UK was still a member of the EU, the Court of Appeal did consider the effect of the UK's withdrawal. Green LJ undertook a detailed examination of the UK's legislative framework (summarised above) for withdrawal and the retention of EU Law, as well as the effect of the TCA.

First, Green LJ determined the status of the Regulation as retained direct EU legislation under s. 3 of the European Union (Withdrawal) Act 2018. The retained EU Law version of the Regulation was amended by the Air Passenger Rights and Air Travel Organisers' Licencing (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019 to amend geographical designations as well as references to EU legislation to reflect the reduced scope of the Regulation in UK Law. Green LJ then considered whether Art. 438 (then labelled Art. AIRTRN.22) affected the application of Reg. 261/2004. This required consideration of s. 29 EU(FR)A 2020, which provides a «sweeping up mechanism»⁵⁵ for the implementation of the TCA. As Art. 438 TCA had not been specifically implemented, s. 29 came into relevance. In essence, this provides that existing domestic law has effect «with such modifications as are required for the purposes of implementing»⁵⁶ the TCA, unless implemented elsewhere, if this is required to ensure that the UK complies with its international obligations under the TCA. In consequence, any provision of existing domestic law, which could be deemed as implementing a corresponding provision of the TCA, is effectively modified so as to reflect the TCA. This means that the effect of s. 29 EU(FR)A is that provisions of do-

⁵³ Regulation (EC) No 261/2004 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights (2004) O.J. L 46/1.

⁵⁴ [2021] EWCA Civ 454, 30 March 2021.

⁵⁵ Green LJ at para [77].

⁵⁶ Section 29(1) EU(FR)A 2020, my emphasis.

mestic law have to be treated as having been modified by the TCA and be read as meaning «what the TCA says it means, regardless of the language used»⁵⁷. Any modifications to domestic law under s. 29 EU(FR)A only arise if domestic law is not already consistent with the relevant provisions of the TCA and where these are necessary for compliance with the UK's international law obligations. Green LJ explained that the application of s. 29 EU(FR)A requires three steps. First, relevant domestic law has to be identified. For Art. 438 TCA, this would be the UK's version of Regulation 261/2004. Secondly, the domestic law has to be compared with the relevant provision(s) of the TCA in order to determine whether domestic law is already the same as the TCA provisions. If so, nothing further needs to be done. But if there is «inconsistency, daylight or a lacuna»⁵⁸, then domestic law is amended by virtue of s. 29 to bring it into line with the TCA. Thus, the effect of s. 29 EU(FR)A is not simply to require the interpretation of domestic law in accordance with the provisions of the TCA, but it operates so as to change domestic law to bring it in line with the TCA⁵⁹. In this particular case, the purposive reading of Regulation 261/2004 by Coulson LJ in light of the relevant CJEU case law already complied with Art. 438 TAC, and so recourse to s. 29 EU(FR)A was not necessary.

At this point, it is necessary to return briefly to Art. 208 TCA. Above, it was noted that UK law might fall short in respect of the right of redress for unfair commercial practices when compared to Art. 208(a), (b) and (d) TCA. Art. 208 (1) TCA requires that the EU and UK «shall adopt» measures which comply with sub-paragraphs (a)-(d), and so are part of the UK's international obligations under the TCA. The effect of s. 29 EU(FR)A, as analysed by Green LJ in *Lipton v. BA City Flyer*, could well be that the CPUTR are already modified through the operation of s. 29 to provide for an extended right of redress in respect of unfair commercial practices in the context of electronic commerce transaction (the scope of Art. 208 TCA)⁶⁰. The CPUTR are the domestic legislation dealing with commercial practices (including, although not limited to, electronic commerce transactions). The redress for breaches of their right in respect of unfair commercial practices in the CPUTR is limited, so there is a «gap» in the CPUTR when compared to the TCA. This is the kind of situation when s. 29 EU(FR)A will operate to effect a modification of domestic law so as to reflect TCA.

In summary, whilst there are some interesting features of the TCA with regard to Consumer Law, its main significance is that it requires both the UK and the EU to maintain a high level of consumer protection,

⁵⁷ Green LJ at para [78].

⁵⁸ Green LJ at para [82].

⁵⁹ Cf. Green LJ at para [78].

⁶⁰ See also S. WHITTAKER, «Retaining European Union Law in the United Kingdom», Fn. 22, at p. 501, reaching the same conclusion.

whilst recognising their respective autonomy to act in this area. Neither is obliged to follow what the other decides to do; however, if and when divergence between the UK and EU's respective approaches to Consumer Law happen, a close eye will have to be kept on whether this has the effect of reducing the overall level of consumer protection.

6. FUTURE DEVELOPMENT OF UK CONSUMER LAW

Thus far, this contribution has discussed the current situation regarding Consumer Law after the UK's withdrawal from the EU. In the immediate aftermath, very little has changed, although some EU measures no longer apply in the UK at all, whereas others have been modified to reflect the fact that the UK is no longer an EU Member State and that the body of «retained EU Law» only applies within the UK. These developments aside, Consumer Law in the UK has not been affected significantly by Brexit at this point.

However, the Department for Business, Energy and Industrial Strategy (BEIS) has consulted on possible changes to consumer and competition law⁶¹. Chapter 2 of the Consultation Paper focuses on consumer rights. It contains a number of specific proposals, but also invites comments on wider reforms to UK consumer law. One set of proposals focuses on subscription contracts, auto-renewals and introductory offers; a second deals with the problem of fake reviews. With regard to fake reviews, it makes two proposals which, in substance, resemble the changes made to the Annex of the UCPD by the Better Enforcement and Modernisation Directive (2019/2161/EU). Art. 3 BEMD added points 23b and 23c to Annex I (prohibiting the publication of reviews without checking that consumer reviews are by consumers who have bought or used the product, and prohibiting the submission of, or the commissioning of someone to submit, false consumer reviews). Somewhat disingenuously, no mention is made in the Consultation Paper that these proposals correspond with the changes made to the UCPD and are instead presented as reform proposals arising from work undertaken by the Competition and Markets Authority (CMA)⁶². A further proposal which corresponds with changes made deals with not identifying paid-for search results as such - also now a listed practice in point 11a of Annex I. Other proposals relate to refund practices in light of difficulties encountered by many consumers in the early phase of the Covid-19 pandemic in spring 2020, as well as the implementation of a Law Commission draft bill on prepayment protection⁶³.

⁶¹ BEIS, *Reforming Competition and Consumer Policy: Driving growth and delivering competitive markets that work for consumers*, CP 488, July 2021.

⁶² Cf. paras. 2.32 and 2.43 of the Consultation Paper.

⁶³ Law Commission, *Consumer sales contracts: transfer of ownership*, Report No. 398 (HC 1365).

But then there is also a wildcard question inviting those responding to the consultation to identify aspects which could be simplified, clarified, or which are «redundant or unnecessarily burdensome requirements to provide information or other reporting requirements, which burden businesses disproportionately compared to the benefits they bring to consumers»⁶⁴. This could be an opportunity for some to argue for significant adjustments to consumer law and bring with it the risk of a lowering of the overall level of consumer protection in the UK. Of course, the question focuses on «information or other reporting requirements», but with most information requirements originating in EU Law, this question is potentially far less innocent than it might seem.

Indeed, it is remarkable that the Consultation Paper does not say much at all about the connection between UK consumer law and EU consumer law, nor is there any mention of the impact of the TCA (both in the specific areas discussed above and the general commitment towards consumer protection)⁶⁵. For instance, several of the proposals mirror reforms made in EU Law already. The Consultation Paper does not mention this, instead providing some basic reasons for the proposals. It passes on the opportunity to consult on the way the UK might wish to take account of consumer law developments at the European level. There are significant chunks of UK Consumer Law which have their origins in EU Law, often actively encouraged by the UK government to promote the reform of domestic consumer law on the back of implementing relevant directives. Reforms to these measures, as has recently happened, should be noted, and it should be asked whether the UK should make corresponding changes or not, or consider different changes instead. The UK now has regulatory freedom in the field of consumer law, but this does not mean that it is forced to ignore EU developments altogether. When the UK was still a member of the EU, it was obliged to implement EU legislation - now it has the freedom to choose whether or not to do so. One topic which is missing from this Consultation Paper is whether the UK should have a process for considering changes to EU consumer law and whether to make corresponding changes to domestic law or to do something else. The government is perhaps being a little sly in proposing changes reflecting EU reforms but not acknowledging this anywhere.

If this Consultation Paper is a guide to the short-to-medium term attitudes of the UK government to Consumer Law after Brexit, then the likelihood of drastic change seems low. Indeed, the specific proposals presented here (both corresponding to EU reforms and arising from separate work by the English Law Commission) would improve consumer protection. However, there is also the possibility that some changes will be made to existing legislation, although these are unlikely to be significant.

⁶⁴ Q. 50 on p. 96 of the Consultation Paper.

⁶⁵ It is mentioned *once* in a reference to Competition Law enforcement (p. 79, para. 1.239).

Yet, there are unanswered questions. First, nothing is said about how the UK will implement the consumer protection obligations under the TCA, particularly with regard to electronic commerce transactions and air passenger rights. The latter already seem covered by the UK version of Regulation 261/2004, but as the UK government plans to change the status of retained EU law, this seems far from assured beyond the short term. Secondly, the UK government should clarify whether it intends to ignore EU developments, even where these might be relevant to reforming UK law, or create some form of tracking process. Whatever it intends to do would be preferable to the way in which reform proposals with an obvious EU parallel were presented, with no mention of the EU, in the 2021 Consultation Paper.

7. CONCLUSIONS

The immediate impact of Brexit on Consumer Law has been relatively light, although some important measures for co-ordinated enforcement have been lost. The real difference is the greater regulatory freedom the UK now has in the field of consumer protection - something which has repeatedly been acknowledged in the TCA. The TCA itself contains some consumer protection obligations, but there are many aspects which are not touched by the TCA. However, as yet, there is no clarity as to how the TCA provisions on consumer protection will contribute to shaping future consumer law development, nor has the UK government managed to grapple with the legacy connection of domestic consumer law with EU consumer law. For the time being, a reduction of consumer rights or significant legislative overhauls seem unlikely.

El impacto del *Brexit* en los servicios: el caso de la industria creativa en Reino Unido

Claudia MANRIQUE CARPIO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS FRENTE AL *BREXIT*.—3. EL NUEVO RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS EN LAS RELACIONES *POSBREXIT*: 3.1. El resultado ambiguo del comercio internacional de servicios en el Acuerdo de comercio y cooperación. 3.2. Las particularidades del Acuerdo de comercio y cooperación en sectores claves del comercio internacional de servicios.—4. LA INDUSTRIA CREATIVA Y LA MOVILIDAD DE PERSONAS FÍSICAS CON EL *BREXIT*: 4.1. La industria creativa y la situación del sector en Reino Unido. 4.2. El movimiento temporal de personas físicas en el Acuerdo de comercio y cooperación y la industria creativa.—5. CONSECUENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES PARA LA INDUSTRIA CREATIVA.—6. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: El comercio internacional de servicios enfrenta serias limitaciones derivadas de las disposiciones del Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la UE. En el sector de la industria creativa, la restringida regulación en materia de movilidad temporal de personas naturales provoca trámites complejos, onerosos y burocráticos para visados y permisos. Esto dificulta sustancialmente la realización de giras internacionales de los trabajadores creativos, prioritarias para el sector. Encontrar soluciones se convierte en una tarea compleja frente a los retos de futuras negociaciones y la falta de voluntad política.

ABSTRACT: *International Trade in Services faces significant constraints derived from the provisions of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement. For the Creative Industry sector, the limited regulation regarding the temporary mobility of natural persons has resulted in complex, burdensome, and bureaucratic procedures and requirement for visas and permits. This significantly hinders international tours of creative workers, vital for the sector. Attaining solutions is a complex task, due to the challenges of future negotiations and the lack of political will.*

* Investigadora Posdoctoral Asociada de la Universidad de Barcelona, Repórter del CELIS Institute. Las páginas web mencionadas han sido consultadas el 30 de noviembre de 2021.

1. INTRODUCCIÓN

Luego del inesperado referéndum que decidió la salida de Reino Unido (RU) de la Unión Europea (UE) y después de cuatro años y medio de incertidumbre sobre las relaciones comerciales entre las partes, en diciembre 2020, se alcanzó el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre UE y RU (ACC)¹. En esta nueva arquitectura, cabe considerar al sector de los servicios con especial atención. El comercio internacional de servicios (CIS) importa en la UE y RU, tanto por su importancia en el crecimiento económico como por el grado de liberalización intra-UE que tiene el sector. Su relevancia, sin embargo, no se corresponde con el contenido de las negociaciones del ACC ni con el resultado de su texto final. Si bien se alcanzó un acuerdo con relación al CIS, lo que fue mucho mejor que el temido «no acuerdo»², los resultados han sido, en su mayoría, poco favorables para el sector. Existen importantes retos en varios sectores, lo que hace prever posibles complicaciones en las relaciones comerciales, reclamos de la sociedad civil y futuras renegociaciones. Es por ello sustancial entender hasta qué punto las condiciones para el CIS entre RU y la UE han cambiado y cómo o en qué medida el ACC facilita o no el CIS.

Dentro del sector de los servicios, la industria creativa es uno de los sectores más pioneros e innovadores. En RU tiene un gran valor para su economía (es el segundo después de servicios financieros), crea empleo para más de dos millones de personas y aporta uno de los mayores ingresos por exportaciones de servicios. Sin embargo, la recuperación de la industria creativa, fuertemente abatida por la covid-19 y que dependía en gran medida de las relaciones con la UE, se ha visto especialmente afectada con el resultado del *Brexit*. En concreto, el efecto del nuevo régimen de «libertad de movimiento», las disposiciones sobre el movimiento temporal de personas físicas en el ACC, está afectando a los trabajadores de la industria creativa. No se alcanzó un acuerdo para facilitar la entrada y estancia temporal de estos proveedores de servicios en la UE, sin la necesidad de solicitar visados o permiso de trabajo. Esto hace que sus actuaciones, representación y giras en la UE sean casi imposibles de realizar. El *Brexit* y el resultado del ACC conllevan que la prestación de servicios en la UE sea mucho más complicada. En particular, los viajes de trabajo, a los que el sector de la industria creativa estaba acostumbrado, ahora resultan excesivamente burocráticos, costosos y logísticamente comple-

¹ Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, DO L 444/14, de 31 de diciembre de 2020.

² RU reconoció que no alcanzar un acuerdo en servicios significaría enfrentar barreras serias para los proveedores, incluyendo requisitos para la movilidad y el reconocimiento de las cualificaciones. Vid. HM GOVERNMENT, *Implications for Business and Trade of a No Deal Exit on 29 March 2019*, 26 de febrero de 2019, paras. 39-42. I. JOZEPA, M. WARD y D. HARARI, *Trade in services and Brexit* Briefing Paper, 8586, House of Commons library, 2019, p. 74, esp. p. 26.

jos. Se amenaza así la viabilidad de realizar una parte importante, si no vital, de su actividad profesional. En tanto que en RU se ha dado una importante cobertura mediática y política sobre este tema y en particular sobre el reclamo del sector de la música, el teatro y la moda.

En este contexto, este capítulo, luego de introducir los aspectos generales de los servicios y del CIS en el contexto del *Brexit*, examina el resultado y alcance del ACC en materia de servicios, considerando las futuras relaciones UE-RU. El análisis se ocupa de algunas consecuencias relevantes para el caso de estudio, dentro de ellas, los resultados por modos de suministro y en los sectores de los servicios profesionales y servicios de transporte. A partir de allí, el estudio se enfoca en el efecto del ACC en la industria creativa y las complicaciones que se han creado en este sector, especialmente para las giras artísticas a la UE. El caso del estudio se centra en el movimiento temporal de profesionales de la industria creativa desde RU hacia la UE, para prestar un servicio. En concreto, mediante el estudio del régimen de «estancia temporal de personas físicas con fines empresariales» en el ACC (Modo 4) y sus consecuencias para la realización de giras artísticas en la UE, se busca entender ¿por qué el sector de servicios y en particular la industria creativa ha sido dejado a un lado en las negociaciones del *Brexit*? ¿Cuál es el resultado normativo del ACC en servicios y qué implicancias puede tener para el CIS? ¿Cómo se regula el movimiento temporal de personas físicas para el comercio de servicios en el ACC y qué relación tiene con el caso de estudio? ¿Por qué y cómo está afectando a los trabajadores creativos el nuevo régimen de servicios del ACC? y ¿qué posibles soluciones y alternativas normativas y/o políticas se pueden plantear?

2. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS FRENTE AL *BREXIT*

La contribución del sector de los servicios al desarrollo económico de los países es fundamental y también lo es el papel que tienen como soporte al conjunto del comercio de bienes y servicios. También son esenciales en la creación de infraestructuras nacionales (servicios de transporte o telecomunicaciones) y tienen un rol fundamental en el cumplimiento de objetivos nacionales de carácter no económico, como es el caso de los llamados servicios culturales, recreativos, de educación o de seguridad³. Es el sector que más contribuye a la economía y a la creación de empleo en la UE⁴. Por su lado, en RU los servicios son una parte vital de su economía, ya que representan cerca del 80 por 100 de su PIB, las exporta-

³ Vid. A. SEGURA SERRANO, «Los «servicios de interés económico general» tras el tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 26, núm. 38, 2011, pp. 59-96.

⁴ Los servicios constituyen el 25 por 100 del PBI de la UE. La UE es el mayor exportador de servicios en el mundo. Vid. EUROSTAT, *Statistics Explained*, International trade in services- an

ciones de servicios son un 45 por 100 del total de sus exportaciones⁵. El CIS ha tenido un crecimiento mundial excepcional en los últimos veinte años. La relación comercial entre la UE y RU en el sector de servicios es de alta importancia y dependencia⁶. Son, entre ellos, principales socios comerciales en la exportación e importación de servicios y la UE es el socio comercial más importante para RU⁷.

El CIS no tiene una definición única y es de amplio alcance, incluye varios sectores como son: los servicios profesionales, financieros, de telecomunicaciones, transporte, postales y de mensajería, de construcción, distribución, medioambientales, de salud, de educación, de turismo, recreacionales. También incluye sociedades de capital, empresas mixtas, oficinas de representación en sectores de servicios, entre otros⁸. Las normas internacionales del CIS a nivel multilateral y regional, como es el caso del ACC, los definen y regulan con base en sus diversos modos de suministro⁹. La distinción entre los modos se basa en si el proveedor y el consumidor de los servicios están presentes en el mismo país o están en países diferentes cuando se produce la transacción. En el Modo 1, *suministro transfronterizo*, el proveedor de servicios presta el servicio desde el territorio de un país hacia el de otro país, sin moverse ni el proveedor ni el consumidor. En el Modo 2, *consumo en el extranjero*, el consumidor o usuario se traslada al extranjero para recibir el servicio. En el Modo 3, *presencia comercial*, el proveedor de servicios establece una presencia comercial de una empresa de un país en el territorio de otro país. En el Modo 4, *movimiento de personas físicas*, el servicio es prestado mediante la presencia de personas físicas de un país en el territorio de otro país. Incluye los profesionales independientes y las personas físicas empleadas por un proveedor de servicios, (transferidos dentro la misma empresa, visitantes de negocios o proveedores de servicios por contratos específicos)¹⁰. Cabe resaltar que el Modo 4 se refiere a una presencia

overview, EUROSTAT online publication, abril de 2021, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=International_trade_-_services.

⁵ HOUSE OF COMMONS LIBRARY, Services industries: key economic indicators, Research Briefing, núm. 02786, 25 de octubre de 2021.

⁶ Uno de los principales socios de la UE es RU fue en el 2019 el mayor destino sus exportaciones de servicios y representó 21 por 100 de las exportaciones de servicios de la UE hacia países no miembros. *Ibid.* L. CORSELLI-NORDBLAD y H. STRANDELL (eds.), *Key figures on Europe*, Luxembourg, Eurostat, Flagship Publications, 2021, pp. 40-41.

⁷ En 2019 más del 40 por 100 de las exportaciones de servicios de RU fueron hacia la UE y las exportaciones crecieron una media de 5,2 por 100 anual. EUROSTAT, Statistics Explained, International trade in services, *op. cit.*

⁸ *Vid.* la clasificación sectorial de referencia Clasificación Central Provisional de Productos de las Naciones Unidas (CPC). Usada generalmente para la consignación de compromisos en el marco del AGCS, MTN.GNS/W/120.

⁹ *Vid.* el AGCS, art. 1, párrafo 2.º El origen de esta taxonomía se puede rastrear hasta 1985 el trabajo de Sampson y Snape en G. P. SAMPSON y R. H. SNAPE, «Identifying Issues in Trade In Services», *World Economy*, vol. 8, núm. 2, 1985, pp. 171-182.

¹⁰ Ejemplos de los Modos de suministro son: en Modo 1, los servicios de telecomunicaciones, servicios postales, servicios incorporados a mercancías, servicios profesionales prestados por vía telemática. En Modo 2, son los servicios de turismo, educación o salud, el turista, estu-

solamente «temporal», no se aplica a medidas que afecten a personas físicas que tratan de acceder al mercado de trabajo de un país, ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente. Las cuestiones migratorias quedan, en principio, fuera del alcance de este modo de suministro y del CIS.

Las condiciones de acceso al mercado nacional del CIS se determinan mediante reglamentaciones nacionales, contingentes, etc., que pueden resultar en barreras regulatorias, por ello la dificultad de liberalizar el sector de una manera uniforme y amplia por los diferentes países¹¹. Las características de CIS hacen compleja las negociaciones para acordar normas multilaterales que cubran la amplitud y características de las barreras del CIS¹². Tampoco se ha tenido éxito en el ámbito de los acuerdos comerciales regionales o bilaterales, donde los compromisos en el sector de los servicios no son muy amplios.

En el ámbito de la UE, el régimen del mercado único europeo en materia de servicios está aún en progreso. Sin embargo, contribuye en gran medida a facilitar el intercambio de servicios entre los miembros. Los Estados miembros se benefician de un ecosistema basado en normas comunes, un único marco de supervisión, revisión y de un sistema judicial común. La liberalización de los servicios intra-UE ha ido más allá de lo alcanzado por el Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC o en otros acuerdos del libre comercio, es el «área de libre comercio para los servicios más avanzada»¹³. El proceso se sustenta en las disposiciones y principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁴, lo que se ha materializado en la Directiva de servicios y en la Directiva sobre cualificaciones profesionales¹⁵, así como otras directivas

dante o paciente que viaja a otro país para que se les suministre el servicio. En Modo 3, son las sociedades de capital, empresas mixtas, oficinas de representación. Servicios prestados mediante la presencia comercial de bancos, hoteles o empresas de construcción. El Modo 4, es el caso de los consultores, médicos, abogados, intérpretes, artistas.

¹¹ En el ámbito de la OMC los miembros se comprometen a liberalizar los sectores y subsectores y bajo las modalidades y especificaciones contenidas en los listados de compromisos. *Vid.* MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS THE URUGUAY ROUND, *Group of Negotiations on Services, Scheduling of Initial Commitments in Trade In Services: explanatory note*, MTN.GNS/W/164/, 3 de septiembre de 1993.

¹² Las barreras son básicamente de carácter regulatorio. *Vid.* las negociaciones de la OMC sobre la creación de estándares de reglamentación nacional en el CIS. Después de quince años de negociación sin acuerdo, las negociaciones son ahora plurilaterales, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/dom_reg_negs_s.htm. También *vid.* las negociaciones sobre Normas: Salvaguardias, Compras Gubernamentales, Subsidios, que no han tenido avance sustancial, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gats_rules_negs_s.htm.

¹³ L. A. WINTERS, *Not Fit for Service: The Future UK-EU Trading Relationship*, UKTPO, 2019; S. LOWE, *Brexit and services. How deep can the UK-EU relationship go?*, Centre for European Reform, 2018, https://www.cer.eu/sites/default/files/brexit_trade_sl_pbrief_6.12.18.pdf.

¹⁴ Los principios básicos del mercado común de servicios son: la libertad de establecer una empresa en otro país de la UE (art. 49 TFUE), la libertad de prestación de servicios en un país de la UE distinto de aquel en el que esté establecida la empresa o el consumidor (art. 56 TFUE).

¹⁵ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, *DO L 376*, de 27 de diciembre de 2006, pp. 36-68.

en varios sectores. Incluye compromisos en el movimiento de personas, lo que facilita mucho el suministro de servicios. La directiva de servicios tiene el objetivo de eliminar los obstáculos (regulatorios y burocráticos) que restringen la libertad de establecimiento de los prestadores y a la libre circulación de servicios en los Estados miembros. Si bien la directiva fue implementada por todos los países desde el 2009, se continúa trabajando para mejorar y garantizar la libre prestación de servicios dentro de la UE. Una parte del potencial del mercado único de los servicios sigue sin aprovecharse, por lo que urge abordar la cuestión de las barreras, especialmente en forma de regulaciones que puedan considerarse desproporcionadas e injustificadas. Las instituciones de la UE vienen destacando la necesidad de garantizar la aplicación de las normas del mercado único de servicios, así como de mejorar las medidas coercitivas para su implementación¹⁶.

3. EL NUEVO RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS EN LAS RELACIONES POSBREXIT

3.1. El resultado ambiguo del comercio internacional de servicios en el Acuerdo de comercio y cooperación

El resultado de las negociaciones del ACC en el sector de los servicios parece haber inclinado la balanza hacia la UE, en tanto que RU adoptó una posición de *trade off*, renunciar al acceso del mercado único de la UE de servicios si, a cambio, abandonaba el principio fundamental y disciplinas sobre libre circulación y de personas en la UE¹⁷. Esa posición, más bien política, fue ampliamente aceptada por la UE y se refleja en el Acuerdo de Retirada, en la Declaración Política que lo acompaña y en el ACC. No parece haber habido un esfuerzo significativo durante las negociaciones para buscar resultados de mayor liberalización y cooperación, el resultado refleja también la característica regulatoria de las barreras del CIS y la prevalencia del interés político del gobierno de RU en recobrar su autonomía y libertades regulatorias.

El nivel de apertura acordado en el ACC, en el ámbito de los servicios, es mayor que el del marco multilateral del AGCS, pero refleja también el fin del mercado único en el sector servicios y de la libre prestación de

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Refuerzo del mercado único: el futuro de la libre circulación de servicios*, Resolución del Parlamento Europeo, 2020/2020(INI). 20 de enero de 2021.

¹⁷ *Vid.* Tratado de la Unión Europea - Versión Consolidada (TUE); DO C 202/15, de 7 de junio de 2016, art. 3, apartado 2; Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - Versión Consolidada (TFUE), DO C 326/47, de 26 de octubre de 2012, art. 21, Títulos IV y V; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 326/391 (2012/C 326/02), de 26 de octubre de 2021, art. 45; Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. DO L 158/77, de 30 de abril de 2004.

servicios en toda la UE para RU¹⁸. RU deja de gozar de las libertades europeas de libre circulación/movimiento de personas, libre prestación de servicios y libertad de establecimiento y por ende «los proveedores de servicios pierden su derecho automático a prestar servicios dentro de la UE»¹⁹. El suministro de servicios entre RU y la UE ahora es parte de la política de comercio internacional de ambas partes, por lo que los proveedores deben cumplir con las disposiciones y los compromisos del ACC y con las normas del país receptor, si quieren suministrar los servicios. El CIS ya no se beneficia del enfoque del «país de origen» para regular el comercio transfronterizo o del concepto de «régimen de pasaporte», que se usa en concreto en los servicios financieros. Por estos principios, era posible suministrar los servicios en otro Estado miembro de la UE, cumpliendo únicamente con las regulaciones y permisos requeridos en el Estado de origen, en tanto que las autorizaciones expedidas por un Estado miembro de conformidad con las normas de la UE permiten acceso a todo el mercado único de la UE. Las relaciones del CIS están basadas ahora en regulación y equivalencia y no en reconocimiento mutuo. En particular, en lo que respecta al reconocimiento de las cualificaciones profesionales y la concesión de licencias.

El ACC ha adoptado para el CIS los principios de no discriminación, trato nacional y trato de la nación más favorecida (TNMF)²⁰ de forma amplia y se aplican al comercio transfronterizo de servicios (Modos 1 y 2)²¹ a las inversiones (Modo 3) y a las categorías con compromisos en Modo 4. Mediante las disposiciones sobre no discriminación, los proveedores de servicios e inversores de la UE en RU y de RU en la UE concederán a la otra parte un trato no menos favorable que el que concedan, en situaciones similares, a sus propios servicios y proveedores de servicios. Recibirán entre ellos un trato más favorable del que tienen proveedores de servicios de terceros países a los que no son aplicables las disposiciones del ACC. Ello, en tanto que el proveedor de servicios o inversor cumpla con las normas y requerimientos internos del país de acogida, en caso de que sea un requerimiento para el suministro o inversión.

¹⁸ Vid. TFUE, arts. 45-62 (libre circulación de personas, servicios y capitales).

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Preguntas y respuestas: Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido*, Bruselas, 24 de diciembre de 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2532.

²⁰ Vid. ACC, art. SERVIN.2.3 trato nacional y SERVIN.2.4 TNMF en las inversiones de servicios. ACC, art. SERVIN.3.4 trato nacional y art. SERVIN.3.5 TNMF en el comercio transfronterizo de servicios; I. JOZEPA, N. FOLEY y M. GOWER, *EU-UK Trade and Cooperation Agreement: Temporary business travel* Commons Library Research Briefing, The House of Commons Library, 2021, pp. 4-5. La cláusula de TNMF garantiza que, si RU o la UE otorgaran en sus futuros acuerdos comerciales términos más favorables en comercio de servicios o inversiones a un tercer país, estos términos se extenderían automáticamente a RU o UE según corresponda. El TNMF tiene excepciones en materia de fiscalidad, medidas de reconocimiento y en medidas prudenciales relacionadas con los servicios financieros.

²¹ Vid. ACC, art. SERVIN.1.2.e). La definición de comercio transfronterizo de servicios para el Acuerdo incluye: prestación de un servicio: i) desde el territorio de una Parte, en el territorio de la otra Parte, o ii) en el territorio de una Parte, al consumidor de servicios de la otra Parte.

El acceso al mercado se facilita con la eliminación de barreras de carácter numérico como límites en el número de transacciones o personas admitidas, valores de las transacciones, pruebas de necesidad económicas, entre otras²². Se incluyen así compromisos amplios en Modos 1-3 mediante «listas negativas». Mediante este enfoque todos los sectores de servicios están cubiertos a menos que explícitamente esté listado mediante restricciones/reservas en los anexos. En tanto que en el Modo 4, el enfoque es de «listas positivas». Se ha establecido una lista de actividades permitidas. Estas también están sujetas a ciertas reservas en los anexos que tienen los miembros al acceso al mercado de los servicios. Constituye un marco AGCS *Plus*, similar a lo alcanzado en el CETA o el Acuerdo de UE-Japón²³. El acceso al mercado de servicios, proveedores de servicios e inversiones depende finalmente de las reservas concretas que hayan realizado, existe en una gran cantidad de reservas y excepciones a los compromisos en servicios, realizadas por la UE, sus Estados miembros por separado y RU, las que se detallan en diversos y complejos anexos del ACC²⁴. La apertura del sector es por ende más limitada de lo que se podría anticipar del contenido de las disposiciones generales. En el ACC también se establece la reserva general del «derecho a regular» el sector en el territorio de las partes, para alcanzar sus objetivos legítimos nacionales. También son excluidos algunos sectores como los servicios públicos, servicios de interés general, algunos servicios de transporte y servicios audiovisuales²⁵, lo que constituyen prácticas usuales en los Acuerdos comerciales de la UE.

La capacidad de suministrar servicios mediante la presencia de personas *físicas* (Modo 4) se ha restringido enormemente con el ACC, en relación con lo que existía antes del *Brexit*. Se facilita la estancia temporal con fines empresariales, básicamente solamente para los viajes de trabajo de corta duración y comisiones de servicios de carácter temporal y para trabajadores altamente cualificados²⁶. Se establece que las disposiciones y compromisos sobre servicios e inversiones no se aplican a las personas físicas que traten de acceder al mercado ni a las medidas de carácter

²² ACC, arts. SERVIN.2.2 y SERVIN.3.2.

²³ Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, DO L 11/23, de 14 de enero de 2017, EUROPEAN COMMISSION, *Annex to the Proposal for a Council Decision on the conclusion of the Economic Partnership Agreement between the European Union and Japan*, COM/2018/192 final, Brussels, 18 de abril de 2018. Sobre la relación entre recientes acuerdos de la UE y el resultado del ACC, *vid.* J. MAGTORN y L. A. WINTERS, *Can CETA-plus solve the UK's services problem?* Briefing Paper UKTPO, 2018; S. WOOLCOCK, «What a CETA (or CETA+) free trade agreement would mean», *LSE Brexit Blog*, 9 de marzo de 2018.

²⁴ ACC, Anexo SERVIN.1: medidas vigentes; Anexo SERVIN.2: medidas futuras; Anexo SERVIN.3: personas en visita de negocios con fines de establecimiento, personas trasladadas dentro de una misma empresa y personas en visita de negocios de corta duración; Anexo SERVIN.4: proveedores de servicios contractuales y profesionales independientes.

²⁵ ACC, art. SERVIN.1.1, párrafo 5.º

²⁶ ACC, art. SERVIN.4.1 y ss. *Vid.* mayor detalle sobre el movimiento de personas físicas entre la UE y RU en el apartado 4.2 de este trabajo. *El movimiento temporal de personas físicas en el ACC y la Industria Creativa.*

permanente relativas a la nacionalidad, la ciudadanía, la residencia o el empleo²⁷. Tal aclaración en relación con la inmigración y el mercado laboral muestra la clara determinación de las partes de no avanzar en la cooperación en materia de movilidad de personas y visados.

3.2. Las particularidades del Acuerdo de comercio y cooperación en sectores claves del comercio internacional de servicios

En general el ACC ha generado cierta liberalización en materia de servicios, pero no es especialmente ambiciosa. Existen exclusiones importantes como en los sectores servicios audiovisuales y los servicios financieros. En los servicios audiovisuales, si bien era previsible por parte de la UE, es un duro golpe para RU dada su sólida posición en la radiodifusión, los medios de comunicación y algunas industrias creativas. Solo en pocos sectores como las telecomunicaciones, el transporte marítimo internacional y el comercio digital se han dado disciplinas más fuertes para una mayor apertura al mercado²⁸. En tanto que las desventajas que conlleva el ACC se evidencian especialmente en el caso de los servicios financieros²⁹, los servicios de transporte aéreo y por carretera, los servicios profesionales y empresariales³⁰, así como en el sector del caso de estudio, el sector de la industria creativa. En términos generales, las restricciones pueden afectar más a las empresas más pequeñas que a las grandes, que pueden tener filiales en el extranjero y, por tanto, podrían adaptarse más fácilmente reubicando sus actividades a través de las fronteras. El retroceso es importante si se consideran los cambios sustanciales sufridos en las condiciones comerciales, así como el hecho de que se han pospuesto decisiones cruciales en los servicios financieros, en los servicios digitales sobre la transferencia de datos personales³¹ y en el reconocimiento de calificaciones profesionales.

²⁷ ACC, arts. SERVIN.1.1.3 y SERVIN.1.1.4.

²⁸ I. BORCHERT y M. MORITA-JAEGER, *Taking stock of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Trade In Services and Digital Trade* Briefing Paper 53, Sussex, UK Trade Policy Observatory, University of Sussex, 2021, p. 2.

²⁹ Vid. A. SHALCHI, *The UK-EU trade deal: financial services* Research Briefing, London, House of Commons Library, 2021, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9263/CBP-9263.pdf>; I. HALLAK *et al.*, *EU-UK Trade and Cooperation Agreement An analytical overview*, en EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (ed.), Brussels, European Parliament, 2021, pp. 8-10; H. BERGER y N. BADENHOOP, «Financial Services and Brexit: Navigating towards Future Market Access», *European Business Organization Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2018, pp. 679-714.

³⁰ Sobre el análisis de resultado del ACC en varios sectores de servicios, *vid.*, entre otros, I. BORCHERT y M. MORITA-JAEGER, *Taking stock of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Trade In Services and Digital Trade*, *op. cit.*, np. 28, pp. 4 y ss.; I. JOZEPA, M. WARD y D. HARARI, *Trade in services and Brexit*, *op. cit.*; EUROPEAN UNION COMMITTEE OF THE HOUSE OF LORDS, *Beyond Brexit: trade in services*, Authority of the House of Lords, 2021.

³¹ Luego de meses de incertidumbre el 30 de junio de 2021, la Comisión Europea aprobó la Decisión de Adecuación, decidiendo positivamente sobre la capacidad de las empresas de RU para transferir datos personales desde y hacia la UE. *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Decision, pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of*

A continuación, se explica el resultado del ACC en relación con los servicios de transporte de carretera y servicios profesionales, dos sectores clave y con especial impacto negativo del *Brexit* los que tienen particular relación con el caso de estudios de la industria creativa en RU. A partir del *Brexit*, el transporte por carretera tiene limitaciones. Se permite el transporte de punto a punto, pero se restringe bastante la posibilidad de hacer trayectos interiores en el territorio de la unión (cabotaje). Solamente pueden detenerse en un punto y cargar con mercancía para volver al origen. Se han constatado complicaciones en el sector relacionados con estas limitaciones del cabotaje en RU, con una escasez de conductores que afectó a las gasolineras y los supermercados en octubre de 2021³².

Los servicios profesionales y de negocios afrontan dos cuestiones importantes, la necesidad de un marco que facilite el reconocimiento mutuo, entre RU-UE, de las cualificaciones y titulaciones y la posibilidad de movilizarse temporalmente dentro del territorio del Estado receptor para prestar sus servicios. En estos dos aspectos, el ACC se ha quedado muy corto³³. Las normas de la UE relativas a las cualificaciones profesionales ya no se aplican a RU y ha finalizado el régimen de reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales entre RU-UE (mediante reconocimiento simplificado o automático)³⁴. Ahora cualquiera de los Estados miembros y RU puede exigir las cualificaciones profesionales necesarias, según los requerimientos del territorio donde se realice la actividad³⁵, *es decir, se aplica el principio de las «normas del país de acogida»*. Por ello, como regla general, se deberá solicitar el reconocimiento de cualificaciones no adquiridas en el país donde se desee establecer o prestar el servicio. La única excepción significativa del ACC es en los servicios jurídicos, que permite a los abogados ejercer con la titularidad de origen, si bien sujeto a varias reservas³⁶. El ACC no facilita el reconocimiento mutuo, sino que llama a la conclusión de acuerdos individuales entre los órganos o asociaciones profesionales³⁷. Estas propuestas sobre reconocimiento mutuo son particularmente relevantes para las profesiones re-

the Council on the adequate protection of personal data by the United Kingdom, C(2021) 4800 final, Brussels, 28 de junio de 2021.

³² Como medida aislada RU propuso para final del año un régimen temporal que permitiría a los conductores de camiones extranjeros realizar un número ilimitado de recogidas y entregas dentro de RU. Vid. <https://www.theguardian.com/business/2021/oct/15/foreign-lorry-drivers-to-be-allowed-to-make-more-uk-deliveries-cabotage>.

³³ La movilidad de personas naturales con el ACC se verá en detalle en el apartado 4.2.

³⁴ Vid. la Directiva 2005/36/EC, modificada por la Directiva 2013/55/EU. La directiva propone un sistema moderno de reconocimiento de cualificación profesional en la UE, DO L 354, de 28 de diciembre de 2013, p. 132.

³⁵ Vid. ACC, art. SERVIN.5.13 sobre Cualificaciones profesionales.

³⁶ Vid. ACC, art. SERVIN.5.49: Obligaciones.

³⁷ Existe la posibilidad de que los organismos profesionales o las autoridades pertinentes negocien recomendaciones conjuntas sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales. Vid. ACC, art. SERVIN.5.13.2 - SERVIN.5.13.5 y Anexo SERVIN-6: Directrices para las Disposiciones Relativas al Reconocimiento de las Cualificaciones Profesionales.

guladas, como médicos, arquitectos, abogados o auditores contables. Las disposiciones sobre reconocimiento de cualificaciones en el ACC podrían mejorarse en un futuro, ya que ambas partes pueden buscar establecer acuerdos recíprocos sector por sector³⁸.

4. LA INDUSTRIA CREATIVA Y LA MOVILIDAD DE PERSONAS FÍSICAS CON EL *BREXIT*

4.1. La industria creativa y la situación del sector en Reino Unido

Es el sector que convierte las ideas y la imaginación en medios de vida. Se identifica en su sentido más amplio con la economía creativa e implica la generación de productos y servicios a través del uso y aplicación de la creatividad y la cultura. Si bien no hay una definición única, para la temática de este documento resaltamos la definición dada por la UNCTAD y el PNUD, que enfatiza en la creatividad humana como fuente generadora de bienes y servicios³⁹, e incluye: publicidad, arquitectura, artes y oficios, diseño, moda, cine, vídeo, fotografía, música, artes escénicas, publicaciones, investigación y desarrollo, *software*, juegos de computadora, publicaciones electrónicas y TV/radio.

La industria creativa es vital en la economía creativa, pero es sobre todo expresiones de la imaginación humana, que suelen incluir valores sociales y culturales. Puede constituir una herramienta importante para el respeto a los derechos fundamentales y brindar oportunidades para que los países en desarrollo se integren en áreas emergentes para el crecimiento. El sector creativo y cultural tiene un rápido crecimiento y contribuye al 3 por 100 del PIB mundial, pero la covid-19 lo ha impactado con fuerza⁴⁰. En la UE y en RU, la industria creativa tiene también un valor muy importante y es un emblema cultural. Esto es especialmente cierto para RU donde el sector estaba valorado en el 2019 en más de 100.000 millones de libras y empleó a más de dos millones de personas⁴¹, pero, recientemente, el sector creativo ha enfrentado limitaciones y retos

³⁸ ACC, art. SERVIN.5.13.1, nota 23.

³⁹ Constituye «ciclos de creación, producción y distribución de los bienes y servicios provenientes de la creatividad. Son un conjunto de actividades basadas en el conocimiento, que se relacionan con el comercio y los derechos de propiedad intelectual para generar ingresos». Vid. PNUD, UNCTAD, *Creative Economy: A Feasible Development Option*, United Nations, 2010, p. 7, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctab20103_en.pdf. Otra definición similar es la de la UNESCO, en G. ALONSO CANO, L. BONET, A. GARZÓN y H. SCHARGORODSKY, *Políticas para la creatividad. Guía para el desarrollo de las industrias culturales y creativas*, 2010, p. 17.

⁴⁰ R. NAYLOR, J. TODD, M. MORETTO y R. TRAVERSO, *Las industrias culturales y creativas frente a la covid-19: panorama del impacto económico*, CLT/CEE/2021/RP/4, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2021, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377863>.

⁴¹ El sector de la música individualmente aporta 5.800 millones de libras y emplea a más de 100.000 personas, que depende especialmente de las giras transfronterizas. Vid. EUROPEAN UNION COMMITTEE OF THE HOUSE OF LORDS, *Beyond Brexit: trade in services*, op. cit., pp. 44 y ss.

muy importantes. Las restricciones derivadas de la pandemia⁴² y, en gran medida, el efecto del *Brexit* está debilitando al sector y afectando a los trabajadores.

En RU, si bien ya se preveía que el impacto de abandonar la UE en los sectores de las artes y la cultura sería negativo (a pesar de que la Comunidad Europea tiene competencias muy reducidas en la política cultural, ya que la mayoría es dejada a los Estados miembros), el efecto del *Brexit* está resultado ser sustancial. Desde enero de 2021, los profesionales de la industria creativa se enfrentan al gran impacto de la pérdida de la libertad de movimiento dentro de la UE. Se generaron reclamaciones de asociaciones e individuos relacionados con el sector, especialmente de los músicos que buscan soluciones frente a las inadecuadas decisiones del *Brexit* para su sector, lo que ha captado también la atención mediática, con la participación de celebridades, con pronunciamientos del gobierno y revisiones e investigaciones del Parlamento de RU⁴³.

Como miembros de la UE, los ciudadanos británicos disfrutaban de toda libertad para moverse o viajar con el fin de realizar actividades económicas y profesionales, sin visados, lo que facilitaba mucho los trabajos de corta duración en la UE realizados por trabajadores de la industria creativa. El sector creativo, en particular los artistas que realizan giras musicales en diferentes países de la UE, tienen ahora muy limitados sus derechos de movilidad temporal, deben cumplir con el requerimiento de solicitar visados para entrar en varios de los países de la UE, y/o cumplir con otros requerimientos dispuestos por cada país. Los profesionales/trabajadores creativos deben navegar por 27 sistemas diferentes para revisar las condiciones de entrada en diversas situaciones y los costos relacionados, no solo para ellos mismos, sino también para otros profesionales vinculados con la instalación y funcionamiento de los conciertos, así como el transporte de bienes necesarios para realizar el servicio, como los instrumentos musicales y accesorios.

Las giras, junto con las coproducciones y contrataciones conjuntas representan una parte esencial del trabajo en el sector de la música en RU. El 44 por 100 de los músicos obtienen hasta la mitad de sus ingresos por este medio. Además, es muy importante para los artistas poder realizar el trabajo internacional con un corto plazo de planificación y por periodos

⁴² HOUSE OF COMMONS, *Impact of covid-19 on DCMS sectors: First Report, Third Report of Session 2019-21*, Digital, Culture, Media and Sport Committee, 2020, p. 22, <https://committees.parliament.uk/publications/2022/documents/19516/default/>.

⁴³ Vid. Jess Murphy sobre la posición de los activistas artistas, pidiendo al gobierno de RU «dejar a los artistas hacer giras a la UE» después de *Brexit*, en European Movement Virtual Conference 2021, Panel: *What Does Brexit Mean For The Creative Industries?*, 27 de marzo de 2021, <https://youtu.be/7ZqU8vypIVU>, https://www.europeanmovement.co.uk/2021_em_conference. Sobre el apoyo de artistas como Elton John y su llamada a renegociar el acuerdo para permitir la entrada a los músicos a la UE, vid. <https://www.theguardian.com/music/2021/feb/07/elton-john-brexit-negotiators-screwed-up-deal-for-british-musicians>.

de estancia corta⁴⁴. Para que su actividad sea viable económicamente, un artista independiente necesita viajar por diferentes lugares de la UE, varias veces al año, haciendo diferentes giras y otros eventos. Esto resulta imposible al tener que lidiar con las solicitudes de visados, papeleo, documentación, costos y tiempo que implican. Para los profesionales de la industria creativa de la UE también se ha vuelto un desafío realizar actividades en RU, pero no en la medida que lo es para los profesionales de RU.

A inicios del 2021, el sector presentó una petición ante el Comité de Peticiones de la Cámara de los Comunes del Parlamento de RU (alcanzó 285.870 firmas), que solicitaba al gobierno de RU negociar un permiso de trabajo cultural y sin visado, para los artistas y profesionales de la industria creativas que realizan giras en Europa. Así como la excepción del requisito de visado para equipos relacionados con las giras⁴⁵. La Cámara de los Comunes celebró dos sesiones de seguimiento de la petición, tomando evidencia de diversos actores del sector⁴⁶. Adicionalmente el Comité Digital, Cultura, Medios de Comunicación y Deporte (DCMS) del Parlamento ha cuestionado las acciones que viene realizando el gobierno con la UE para permitir que los profesionales creativos trabajen más fácilmente en toda la UE⁴⁷. Al haber pasado seis meses desde la presentación de la petición, el Comité de Peticiones ha pasado su informe al Parlamento. Recientemente, se ha celebrado un debate general de la cuestión sobre la posibilidad de que los músicos de RU puedan trabajar sin visados y permisos en la UE y sobre lo que está haciendo el gobierno para solucionar el problema⁴⁸.

Muchos otros profesionales como los de la industria de la moda, el teatro y otras industrias creativas también se han visto afectados por la pérdida de derechos de libre circulación. Sin embargo, las características en el funcionamiento de la industria musical hacen que estén especialmente afectados. Ellos además han sido particularmente organizados frente a la falta de protección de sus derechos. Cabe mencionar

⁴⁴ Vid. el estudio de 2017 realizado por el ARTS COUNCIL ENGLAND, *Impact of Brexit on the arts and culture sector*, London, pp. 33 y ss. y 55, https://www.artscouncil.org.uk/sites/default/files/download-file/Arts%20Council_Brexit%20Research%202017_Report_FINAL.pdf.

⁴⁵ Vid. la petición electrónica 563294, *Seek Europe-wide Visa-free work permit for touring professionals and artists*, presentada ante el Comité de Peticiones de la Cámara de los Comunes, <https://petition.parliament.uk/petitions/563294>.

⁴⁶ El 4 de febrero de 2021, los parlamentarios escucharon la evidencia presentada por profesionales del sector sobre la petición de los artistas y profesionales de RU de tener acuerdos para realizar las giras artísticas en la UE, <https://parliamentlive.tv/Event/Index/1af4f09c-3853-4819-a6ac-80bd08436939>. El 8 de febrero de 2021, el Comité de Peticiones de la Cámara de los Comunes celebró una sesión de electrónica de debate sobre la petición, <https://youtu.be/VsaAKoULWNs>.

⁴⁷ HOUSE OF COMMONS, *Oral evidence: EU visa arrangements for creative workers*, HC 47, Digital, Culture, Media and Sport Committee, 29 de junio de 2021, <https://committees.parliament.uk/oralevidence/2480/pdf/>.

⁴⁸ HOUSE OF COMMONS, *Westminster Hall Debates, Touring Musicians: EU Visas and Permits*, Volume 703: debated on Thursday 18 November 2021, <https://hansard.parliament.uk/Commons/2021-11-18/debates/29a7e8d5-938f-487d-9bf0-70beaae0273f/WestminsterHall>. Vid. el debate (a partir de las 3 pm) en [Parliamentlive.tv/Event/Index/ac2b19c5-f2a7-49c0-87f1-72221b6ed61](https://parliamentlive.tv/Event/Index/ac2b19c5-f2a7-49c0-87f1-72221b6ed61).

que esta situación es diferente para otros sectores de servicios, para los cuales el ACC cubriría la entrada de profesionales en casos *específicos* sin visado.

Esta situación tiene importantes implicaciones laborales, económicas, del sector, sociales y culturales, no solo para RU sino para toda Europa. Pero ¿cómo es que el sector de la industria creativa y en particular los artistas y músicos que realizan giras en la UE no están cubiertos, por lo menos en parte, por el ACC? ¿Por qué sus derechos de movilidad para suministrar servicios dentro de la UE están tan limitados a pesar de su importancia? ¿Se trata de una falta de previsión, capacidad técnica o desinterés político del gobierno de RU?

4.2. El movimiento temporal de personas físicas en el Acuerdo de comercio y cooperación y la industria creativa

Cabe recordar que la libre circulación de personas dentro de la UE ya no alcanza a RU con su salida del mercado único⁴⁹. Como ha señalado la doctrina, la movilidad en el ACC ya no es un derecho social autónomo, sino un prerequisite de cooperación económica. Su fuente es el derecho del comercio internacional y no las libertades civiles⁵⁰. Para entender cuál es la situación de movilidad de las personas físicas, a partir del *Brexit*, en particular la movilidad para la prestación de servicios y su relación con las demandas de los trabajadores de la industria creativa, es útil considerar como punto de quiebre el 31 de diciembre de 2021.

Los ciudadanos de RU que llegaron a la UE hasta el 31 de diciembre de 2020 mantendrán sus derechos de residencia y trabajo en la UE, incluida la libertad de movimiento y prestación de servicios en el territorio de la Unión. Lo mismo es el caso para los ciudadanos de la UE que estén o hayan ingresado a RU hasta esa fecha. En RU, se ha establecido un régimen de regularización de residencia (*Settlement Scheme*) que les permite mantener sus derechos de residencia⁵¹. Los ciudadanos de RU que tengan su residencia en un país de la UE al 31 de diciembre de 2020 mantienen sus derechos de residencia en ese país automáticamente, pero pierden el derecho de ciudadanía y movilidad en los otros países de la UE. En algunos Estados miembros se ha establecido el requerimiento de

⁴⁹ Vid. el apartado 0.0, El resultado ambiguo en el Comercio Internacional de Servicios en el ACC.

⁵⁰ C. BARNARD y E. LEINARTE, «Movility of Persons», en F. FABBRINI (ed.), *The Law & Politics of Brexit: Volume III: The Framework of New EU-UK Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 134-156.

⁵¹ Si un ciudadano de la UE ha tenido una residencia probada en RU de dos años tiene derecho a un Pre-Settled Status, si ha tenido una residencia por cinco o más años obtiene un Settled Status, el cual le permite residir en RU sin pedir una renovación y ausentarse hasta cinco años del territorio sin perder sus derechos. El procedimiento debía concluir en junio de 2021, sin embargo, aún hay algunas excepciones que siguen atendiendo. Vid. <https://www.gov.uk/settled-status-eu-citizens-families/applying-for-settled-status>.

solicitar tarjetas de residencia⁵². Para los ciudadanos de RU que llegaron al territorio de la UE a partir del 1 de enero 2021, la situación es completamente diferente (a excepción de los nacionales de Irlanda del Norte donde se mantiene una Zona de Viaje Común). Los derechos de ciudadanía, residencia y trabajo, de los que disfrutaban dentro de la UE, han cesado, ya no les es aplicable el principio de libre circulación de personas de la UE⁵³. La capacidad de movilidad entre RU y la UE para las personas físicas está ahora supeditada, o bien al régimen general de inmigración, con los procedimientos de solicitud de visados de residencia y trabajo de cada una de las partes, o bien al régimen del ACC vinculado al comercio de servicios, el que otorga limitados derechos vinculados únicamente a la estancia temporal de personas físicas con fines empresariales.

El ACC no establece un régimen especial sobre movilidad y/o visados, por lo que el acceso para actividades profesionales y de negocios temporales se ha visto afectado. Lo único alcanzado es un marco reducido y específico para la entrada y estancia temporal de «viajeros temporales de negocios», que equivale al Modo 4 (movimiento de personas físicas) del AGCS. Este régimen para la entrada de personas físicas con fines empresariales permite realizar el servicio (actividad profesional o de negocio) sin necesidad de pedir permiso de trabajo a ciertas categorías de visitantes y bajo ciertas circunstancias y condiciones⁵⁴. Está regulado en el capítulo de servicios del ACC sobre la «entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales»⁵⁵, el que debe leerse junto con los requerimientos adicionales y numerosas reservas realizadas por los diferentes Estados. Comprende las categorías de: personas en visita de negocios con fines de establecimiento, prestadores de servicios contractuales, personas trasladadas dentro de la misma empresa, personas en visita de negocios de corta duración, y profesionales independientes⁵⁶. Todos los demás tipos de visitantes que no estén incluidos en las categorías específicas, incluidas visitas por investigación, estudio, formación, y los intercambios de jóvenes, están fuera del ámbito de aplicación del ACC.

RU y la UE han acordado, para estas categorías de visitantes, no restringir el acceso al mercado ni aplicar pruebas de necesidades económicas (evaluación de la demanda del mercado) y, en determinadas circunstancias, tampoco permisos de trabajo. Estos proveedores de ser-

⁵² En el caso de España, desde el 6 de julio de 2020 se expiden las tarjetas de beneficiario del art. 18.4 del Acuerdo de retirada, cuya obtención no es obligatoria pero sí recomendable. *Vid. Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía*, por la que se determina el procedimiento para la expedición documento de residencia previsto en el art. 18.4 del ACC, *BOE* núm. 184, de 4 de julio de 2020.

⁵³ *Vid.* TFUE, arts. 45-62 (libre circulación de personas, servicios y capitales).

⁵⁴ Por ejemplo, una empresa que manda gerentes y especialistas a trabajar en oficinas en el extranjero por un periodo de hasta tres años.

⁵⁵ ACC, Capítulo 4, art. SERVIN.4.1 - SERVIN.4.5.

⁵⁶ Para una revisión del contenido de categorías de personas físicas con fines empresariales, *vid.* C. BARNARD y E. LEINARTE, «Movility of Persons», *op. cit.*, p. 154; I. JOZEPA, N. FOLEY y M. GOWER, *EU-UK Trade and Cooperation Agreement: Temporary business travel*, *op. cit.*, pp. 6-13.

vicios recibirán un trato similar al de los proveedores nacionales durante su estancia (principio de trato nacional). Las definiciones, requisitos y condiciones sobre la prestación, el proveedor de servicios y el tiempo de estancia permitido, varían entre las cinco categorías. Además, mediante las reservas que han hecho las partes, se establecen en la práctica restricciones a manera de requisitos adicionales como visas, permisos de trabajo y pruebas de necesidad económicas en los diferentes sectores y tipos de personas de negocios. Si bien el marco proporciona una mejor movilidad de profesionales más cualificados en comparación con el AGCS, no se ha tomado en cuenta la necesidad de entrada temporal de trabajadores menos cualificados, lo que genera perjuicios para estos potenciales trabajadores y para la competitividad de empresas de RU⁵⁷.

Al analizar las condiciones de cada una de las categorías, se aprecia que el sector de la industria creativa no se ajusta a ninguna de ellas⁵⁸. Las categorías de visitantes empresariales que potencialmente podrían cubrir al sector de la industria creativa (en particular las giras de los músicos) son las de *visitantes de negocios de corta duración, los proveedores de servicios contractuales y los profesionales independientes*. En el caso de los *visitantes de negocios de corta duración*, el listado de actividades permitidas no incluye ninguna relacionada con los servicios de esparcimiento, ocio, culturales o similares (las actuaciones, espectáculos, representaciones artísticas y musicales están incluidas aquí)⁵⁹. No están permitidos de suministrar el servicio al público en general y no pueden recibir remuneración en el Estado de acogida. En el caso de los proveedores de *servicios contractuales*, los servicios relacionados con la industria creativa tampoco están listados como actividades permitidas en los compromisos anexos. El fin de permitir los servicios contractuales es facilitar el negocio de servicios del empleador y no de la persona física, ya que está supeditada a que exista un contrato entre la entidad empleadora del país de origen y el consumidor final del país de destino. Se requiere ser empleado por una persona jurídica en el país de origen, lo que no es fácil de cumplir por los artistas independientes de RU que son una mayoría, como tampoco, a veces, los tres años de experiencia y mucho menos el no recibir una remuneración el Estado de acogida, que es uno de los principales motivos para realizar giras artísticas en la UE.

En la categoría de los *profesionales independientes* permitidos, dentro de los sectores listados no están los sectores vinculados con la industria creativa o artes escénicas. Además, de ellos se exige una experiencia profesional amplia (seis años) y calificaciones universitarias, que limita el rango de artistas con posibilidades. Finalmente, el requisito de contrato

⁵⁷ I. BORCHERT y M. MORITA-JAEGER, *Taking stock of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Trade In Services and Digital Trade*, op. cit., n. 28.

⁵⁸ ACC Capítulo 4: Entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales, art. SERVIN.4.1 - SERVIN.4.5.

⁵⁹ OMC, Nota de la secretaria, Lista de clasificación sectorial de los servicios, MTN.GNS.W/120, 10 de julio de 1991.

con el consumidor final también es complicado, en tanto que los consumidores finales serían la audiencia en los conciertos o representaciones.

Los requisitos limitantes de las categorías hacen que se excluyan del Acuerdo grupos de personas que prestan servicios importantes. Esto se evidencia en el caso de estudio de la Industria Creativa en RU, donde a pesar de tener características similares y relacionadas con las categorías de visitantes incluidos en el régimen del ACC de «entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales», no estarían comprendidas en ninguna de las categorías y por tanto el sector y, en particular, los artistas en las giras, están sujetos a las condiciones establecidas en la legislación de la UE y de los Estados miembros para trabajo de extranjeros y poder suministrar sus servicios.

5. CONSECUENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES PARA LA INDUSTRIA CREATIVA Y LAS GIRAS MUSICALES DE REINO UNIDO

La industria creativa de RU y en particular los artistas y músicos que realizan giras a la UE, como se vio, no se ajustan a los criterios establecidos en las categorías de visitantes temporales con fines empresariales, para poder suministrar un servicio dentro de la UE sin requerimientos de entrada/visados. Por ello, están limitados en muchos casos por requerimientos nacionales y/o procedimientos migratorios que son burocráticos, costosos y onerosos en el tiempo. Los requerimientos regulatorios y administrativos que enfrentan los profesionales de la industria creativa varían dependiendo de donde tengan previsto realizar las giras, la duración de las estancias y a cuántos países quieran visitar. Los Estados están facultados para hacer excepciones al requisito de obtener permisos de trabajo para visitas de corta duración, algunos países como Alemania o Austria están haciendo estas excepciones, en tanto que otros, como España o Italia, tienen procedimientos más tediosos y onerosos⁶⁰. Los artistas en gira necesitan ahora entender las leyes y los procedimientos migratorios de todos Estados miembros de la UE. Otros aspectos gravosos relacionados son los requisitos y procedimientos necesarios para los trabajadores acompañantes de los artistas y músicos (montaje y preparación de las presentaciones, etc.), así como la existencia de regulaciones específicas de cabotaje que deben cumplirse para transportar instrumentos dentro de la UE, y el requisito del carné exigido por la UE para transportar bienes en las giras, todo esto hace que la logística sea muy compleja.

Por su parte, los artistas y músicos de la UE de gira en RU pueden suministrar sus servicios mediante esquemas migratorios un poco más

⁶⁰ Por ejemplo, en el caso de Alemania, Lituania y Austria pueden realizar las giras por un mes sin necesidad de visado. En tanto que para en España e Italia necesitan solicitar un visado de trabajo y vale de 500 a 600 libras para una sola representación para cualquier periodo de estancia.

sencillos. La ruta más simple son *Permitted Paid Engagements* (compromisos remunerados permitidos)⁶¹, que permiten a los ciudadanos de la UE una estancia de hasta un mes, sin pedir visa ni realizar pago alguno y puede solicitarse directamente en frontera. Cubre, entre otras, las actividades relacionadas al arte y entretenimiento. El solicitante debe probar que ha sido invitado por una organización o cliente con sede en RU. Para un músico o artista que está empezando su carrera, esta condición puede ser complicada de cumplir, pero aparte de ello el procedimiento es bastante simple. La siguiente mejor opción es la *exención de Visa Creativa*⁶², es una concesión para realizar un trabajo temporal en el sector, con un contrato en RU y sin visado. Sirve para cuando se requiera una estancia mayor de un mes y hasta tres meses y para realizar compromisos específicos (con menos de catorce días entre compromisos). El contratista debe proporcionar al visitante un Certificado de Patrocinio, no es necesario pedirlo anticipadamente ni realizar pago alguno. Otras opciones son la *visa de Trabajador Temporal - Trabajador Creativo*⁶³ y la *visa Global Talent*⁶⁴, finalmente el visitante puede participar en festivales y eventos organizados y ser remunerados, siempre que los festivales estén incluidos en la lista de *Permit Free Festival List*⁶⁵.

Estas restricciones a la movilidad y entrada temporal, especialmente para artistas, intérpretes y músicos, de RU en la UE para prestar sus servicios⁶⁶, junto con la burocracia y costos de los requerimientos de inmigración y solicitudes de visados, tienen impactos negativos en el sector creativo⁶⁷. En una encuesta realizada a los artistas que realizan giras en

⁶¹ Los requisitos y procedimientos sobre visitas a RU, con *Permitted Paid Engagement* visa. Vid. <https://www.gov.uk/permitted-paid-engagement-visa>. Es importante indicar que en los requisitos generales indican que debe hacerse un visado, con su respectiva cita y pago. Sin embargo, al cumplimentar el caso concreto de ciudadano Europeo, ya se indica que se podrá entrar a RU sin visado si está invitado como un experto en su profesión, con un permiso de *Permitted Paid Engagement*, https://www.gov.uk/check-uk-visa/y/spain/work/six_months_or_less.

⁶² Sobre la exención de *Visa de Trabajo Creativo*, vid. <https://www.gov.uk/creative-worker-visa/creative-worker-concession>.

⁶³ La *Temporary Work - Creative Worker Visa* es el visado necesario cuando las estancias para realizar actividades de entretenimiento como giras musicales son por más de tres meses. Entre otras condiciones, esta ruta requiere que el individuo obtenga un certificado de patrocinio de un empleador con licencia y tiene un costo elevado, vid. <https://www.gov.uk/creative-worker-visa>.

⁶⁴ La *Visa Global Talent* esta dirigida a líderes o líderes potenciales en su campo (academia, investigación, arte y cultura y tecnología digital), se requiere respaldo de un organismo de RU confirmando que es experto en su campo. Tiene una duración de cinco años y costo significativo.

⁶⁵ El permiso para festivales listados *Permit Free Festival List* (PFF) puede usarse hasta por seis meses. Vid. <https://www.gov.uk/government/publications/apply-to-be-on-the-list-of-permit-free-festivals/how-to-apply-to-get-on-the-list-of-permit-free-festivals>.

⁶⁶ HOUSE OF LORDS, EUROPEAN AFFAIRS COMMITTEE, *Uncorrected oral evidence: Movement of Creative Professionals*, 14 de septiembre de 2021, p. 3, <https://committees.parliament.uk/oralevidence/2766/pdf/>.

⁶⁷ HOUSE OF LORDS, «Select Committee on the European Union, Services Sub-Committee, Corrected oral evidence: Inquiry on the future UK-EU relations: trade in services», *Creative industries gives evidence on the future UK-EU relationship on trade in services*, 21 de enero de 2021, pp. 5 y ss., <https://committees.parliament.uk/oralevidence/1565/pdf/>.

la UE⁶⁸ señalaron que: dada la importancia de viajar a Europa para su trabajo, un 60 por 100 están considerando quizá dejar la profesión, en tanto que ya se están dando éxodos de artistas hacia Europa⁶⁹, en los artistas independientes y que están iniciando sus carreras. Existen muchos casos de pérdidas de empleo, especialmente de músicos que han sido despedidos, dejan de tener audiciones, o los empleadores de la UE deciden no contar con ellos al no tener pasaportes europeos⁷⁰.

En tanto la repuesta inicial del gobierno de RU, frente a las reclamaciones del sector y los cuestionamientos del Parlamento, ha sido defensiva. Se conformaron con destacar que, en las negociaciones para el ACC, presentaron una propuesta que reflejaba los intereses de la industria creativa, en particular la de la música. La propuesta buscaba que los artistas, intérpretes y su personal acompañante continuaran realizando sus actividades en la UE sin la necesidad de permisos de trabajo. Específicamente, se propuso incorporar las actividades del sector a la lista de *actividades permitidas para visitantes de negocios de corta duración* del ACC⁷¹. La UE rechazó la propuesta sobre la base de que los músicos estaban proporcionando un servicio para el que consideraban necesario tener un permiso de trabajo/visa. La posición de la UE puede deberse a que la definición estándar de la UE de «visitantes de negocios a corto plazo», en sus acuerdos comerciales, excluye explícitamente cualquier situación en la que el visitante reciba pagos de personas en el país que está visitando y el visitante venda servicios al público en general durante su visita⁷².

La UE durante las negociaciones propuso un régimen de *exención de visas para viajes cortos* para realizar actividades pagadas del sector de artistas, músicos o intérpretes o del requisito de visado de trabajo para viajes de hasta 90 días en 180. El acuerdo de exención de visa también podría extenderse a otros profesionales (como personal técnico o de apoyo) en función de lo que se negocie⁷³. Para el gobierno de RU, la propues-

⁶⁸ HOUSE OF COMMONS, PETITIONS COMMITTEE, *Survey on arrangements for UK touring professionals and artists in the EU, Summary*, febrero de 2021, <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/22289/default/>.

⁶⁹ I. MAC DONOGH, *British Musicians Are Already Feeling the Pinch From Brexit*, Bloomberg, 20 de abril de 2021, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-04-20/british-musicians-are-already-feeling-the-pinch-from-brexit>.

⁷⁰ HOUSE OF LORDS, EUROPEAN AFFAIRS COMMITTEE, *Uncorrected oral evidence: Movement of creative Professionals*, doc. cit., n. 66, p. 3.

⁷¹ *Vid.* carta de respuesta al Comité de Peticiones sobre las negociaciones entre RU y la UE para viajar sin visado, de la ministra de Estado para temas Digitales y Cultura, Caroline Dinenage, 4 de marzo de 2021, <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/23569/default/>. Luego de los recientes acuerdos comerciales firmados con países de Asia Pacífico en los que se incorporaron las propuestas de RU para visitantes de negocios de corta duración, el gobierno sostiene con mayor firmeza que su propuesta era viable.

⁷² *Vid.*, por ejemplo, la definición de visitantes de negocios a corto plazo Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, cit., art. 10.9.

⁷³ *Vid.* la propuesta de Acuerdo de la UE: EUROPEAN COMMISSION, TASK FORCE FOR RELATIONS WITH THE UNITED KINGDOM, *Draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom*, UKTF (2020) 14, 18 de marzo de 2020, art. MOBI.4: Visa-free travel, <https://ec.europa>.

ta fue rechazada porque el paquete era incompatible con el compromiso del gobierno de poner fin a la libre circulación de personas y recuperar el control de sus fronteras⁷⁴. Esta postura se puede entender en cierta medida, si se consideran las implicancias del principio de no discriminación entre los Estados miembros de la UE, que guiaba el borrador del ACC y, en particular, el título sobre movilidad de personas naturales⁷⁵. Por otro lado, el alcance actual del régimen de visados de RU es bastante indulgente y parecido a un marco de exención de visados. Por lo que el riesgo de RU de someterse a criterios amplios de reciprocidad en política migratoria es mínimo. Cualesquiera que sean las razones detrás de la situación actual, son los músicos (y otros) los que soportarán las consecuencias⁷⁶. En tanto las restricciones de la covid-19 se han ido levantado y los profesionales del arte siguen sin tener clara las posibilidades, requisitos y restricciones para prestar sus servicios y mostrar su creatividad a Europa. Desde el lado del mercado interior de la UE, ya se han visto afectadas las giras pequeñas y medias por la exigencia del visado con sus respectivos pagos y burocracias⁷⁷.

Las posibles soluciones frente al vacío del ACC, que permitan a la industria creativa viajar y trabajar con libertad por la UE, dependen ahora esencialmente de las medidas de RU y los esfuerzos de las partes en futuras negociaciones.

Las primeras reacciones del gobierno de RU fueron lentas. Se podría decir que buscaban dejar las cosas tal cual, intentando mejoras aisladas. Se han publicado orientaciones y guías⁷⁸ para intentar ayudar al sector a comprender y navegar por los diversos sistemas de inmigración de los

eu/info/sites/info/files/200318-draft-agreement-gen.pdf; *Joint Declaration On The Interpretation Of The Category Of Persons Travelling For The Purpose Of Carrying Out A Paid Activity As Provided For In Article M3(3) Of This Agreement*. Esta es una práctica ya usada en el acuerdo de la UE-Colombia sobre exención de visados para estancias de corta duración.

⁷⁴ Vid. la respuesta de Caroline Dinenage, secretaria de Estado para lo Digital, Cultura Media y Deportes. UK PARLIAMENT, *Written questions, answers and statements, Question for Department for Digital, Culture, Media and Sport. Musicians: Visas*, UIN 146865, 1 de febrero de 2021, <https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2021-02-01/146865>.

⁷⁵ Vid. EUROPEAN COMMISSION, TASK FORCE FOR RELATIONS WITH THE UNITED KINGDOM, *Draft text of the Agreement*, cit. Title XI: Mobility of Natural Persons, art. MOBI.3: Principle.

⁷⁶ Sobre las propuestas y posiciones de las partes en las negociaciones del *Brexit* vid. https://www.freemovement.org.uk/the-row-over-post-brexit-visas-for-musicians-explained/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=the-row-over-post-brexit-visas-for-musicians-explained#The_EU_offer.

⁷⁷ Por ejemplo, en España, Barcelona, en septiembre de 2021 se anunció la cancelación de giras musicales que estaban programadas para finales del año por la promotora Primavera Sound. Vid. la noticia en prensa, *La Vanguardia* del 30 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.lavanguardia.com/cultura/musica/20210930/7756638/brexit-burocracia-musicos-britanicos-conciertos-espana.html>.

⁷⁸ La página del gobierno de RU presenta una guía para artistas músicos y personal acompañante, en trabajos, actuaciones, y giras en Europa, <https://www.gov.uk/guidance/working-performing-and-touring-in-europe-guidance-for-musicians-and-accompanying-staff>. También ha creado listas de verificación sobre viajes por Europa para quienes trabajan en los sectores de las artes, la cultura, la creatividad y el patrimonio, <https://www.gov.uk/government/collections/touring-europe-checklists-for-the-arts-cultural-creative-and-heritage-sectors>.

Estados de la UE. Esta información sigue teniendo algunas lagunas y fallos importantes⁷⁹ y solo facilita en menor medida un ahorro de tiempo, pero no evita las gestiones y costos. Se creó un paquete de ayuda financiera para el sector de la industria creativa y, en particular, las artes escénicas para mitigar los costes adicionales y posibles pérdidas de trabajo, pero estas ayudas han servido tímida y únicamente para mitigar los daños ya causados con la covid-19.

Una segunda opción apunta a reabrir las negociaciones con la UE para lograr cambios en el ACC. Si bien hay disposiciones que posibilitan la revisión del ACC, sería un proceso complicado⁸⁰. También se plantea la creación de un Acuerdo independiente con excepciones a los requerimientos de visados para la movilidad de personas físicas de la industria creativa. Tendría que eximir a los artistas o intérpretes en gira, a todo el equipo creativo y transportistas de obtener visado de trabajo por 90 días en un periodo de 180 días. Para esto han estado presionado los trabajadores del sector creativo y miembros del parlamento en sus sesiones de revisión, pero el gobierno se ha mantenido reticente a esta posibilidad⁸¹.

Un tercer camino, en el que el gobierno de RU está poniendo mayor empeño, consiste en realizar conversaciones y convenios bilaterales con los Estados para que, de manera individual, permitan la entrada de los artistas y músicos en particular y se faciliten las giras en la UE. El gobierno de RU, luego de la movilización del sector y las peticiones y reuniones realizadas ante el Parlamento⁸², ha entablado conversaciones con los Estados miembros de la UE, destaca la participación de grupos de interés del sector en coordinación con las embajadas. Esta ruta, si bien útil, no da fin a la fragmentación y confusión de los distintos procedimientos y es un proceso lento y mal informado. Ahora, 21 Estados de la UE tienen algún tipo de arreglo para que los músicos e intérpretes de RU puedan entrar sin visados de trabajo para realizar giras de corta duración⁸³. En varios de los países ya existía un modo alternativo antes de las conversaciones y en otros siguen existiendo limitaciones importantes, requisitos

⁷⁹ HOUSE OF LORDS, EUROPEAN AFFAIRS COMMITTEE, *Uncorrected oral evidence: Movement of creative Professionals*, doc. cit., n. 66, pp. 4-5 y 17-18.

⁸⁰ Las partes pueden revisar las disposiciones sobre servicios e inversiones después de cinco años, con miras a introducir mejoras. ACC, art. 126.

⁸¹ *Vid.* la respuesta de Caroline Dinenage, secretaria de Estado para lo Digital, Cultura Media y Deportes. UK PARLIAMENT, *Written questions, answers and statements, Question for Department for Digital, Culture, Media and Sport. Entertainers: EU countries*, UIN 172035, 25 de marzo de 2021, <https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2021-03-19/172035>.

⁸² HOUSE OF COMMONS, DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE, *Oral evidence: EU visa arrangements for creative, workers*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

⁸³ Estos países son: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, República Checa, Suecia, Rumanía y España. *Vid.* carta de Julia López MP, Minister of State for DCMS, 23 de septiembre de 2021. Disponible en <https://committees.parliament.uk/publications/7513/documents/79252/default/>.

y procedimiento que deben cumplirse⁸⁴. Quedan aún varios países que no están alineados con los intereses de RU, los cuales actualmente no ofrecen ningún tipo concesiones o exenciones culturales para los visados o permisos de trabajo, tales como Croacia, Grecia, Portugal, Bulgaria, Rumanía, Malta y Chipre. España ha sido el más reciente en aceptar un régimen de entrada especial. También está pendiente de que RU explore con la UE las posibles exenciones para los nuevos carnés para transporte de instrumentos y regulaciones de cabotaje.

6. REFLEXIONES FINALES

Frente a la incertidumbre de la recuperación de la economía mundial con la pandemia de la covid-19 y los retos de la actual revolución tecnológica y de la economía digital, el reajuste consensuado de las normas internacionales relacionadas con el CIS es crucial. El Modo 4 del CIS del movimiento temporal de personas físicas podría convertirse en una herramienta de innovación e impulso de nuevas orientaciones. Sin embargo, en la situación actual de inestabilidad e incluso resquebrajamiento del sistema multilateral del comercio, esta necesidad parece cada vez más lejos de resolver. En la UE la profundización del mercado único de servicios es clave para incrementar los flujos comerciales, mejorar las cadenas de suministro, y contribuir a reducir la recesión y fomentar el crecimiento luego de la crisis provocada por la pandemia. Esta tarea se ha complicado con el *Brexit* y el resultado poco ambicioso del ACC en materia de servicios.

El *Brexit* y la retirada del mercado único de la UE en materia de servicios, como se anticipó, tienen repercusiones importantes en las relaciones económicas y comerciales entre RU y la UE. Las consecuencias del *Brexit* se relacionan directamente con un incremento en el nivel de restricciones de acceso al mercado para los proveedores servicios de RU que exportan a la UE y viceversa, generalmente en la forma de reglamentos nacionales. Se ha producido un fuerte impacto para los sectores de servicios que hasta ahora se han basado en el reconocimiento de la regulación de RU para suministrar en la UE, como es el caso de los servicios profesionales que se basan en el reconocimiento de las licencias y/o cualificaciones.

En concreto, la introducción de restricciones al movimiento de personas tiene un impacto significativo en el CIS y en particular en los proveedores de servicios en RU que son personas naturales independientes, que quieren prestar el servicio mediante el Modo 4. Los profesionales de la industria creativa ven limitadas sus posibilidades de hacer giras en los países de Europa, lo que está causando perjuicios económicos y sociales

⁸⁴ HOUSE OF LORDS, EUROPEAN AFFAIRS COMMITTEE, *Uncorrected oral evidence: Movement of creative Professionals*, doc. cit., n. 66, pp. 6-7.

en el sector y especialmente en los músicos e intérpretes. Las disposiciones del ACC, que regulan el movimiento de personas físicas con fines empresariales (profesionales independientes y visitantes de negocios a corto plazo), excluyen en gran medida a los trabajadores de las industrias creativas de RU. La complejidad técnica de los compromisos, la diversidad en los requerimientos y reservas en las categorías permitidas, junto con el laberinto de las regulaciones nacionales a que tienen que enfrentarse los proveedores de servicios que no encajen en las categorías comprometidas, hace que el movimiento de personas con fines de empresariales en el ACC sea de difícil alcance y esté muy lejos de la libre circulación de personas dentro de la UE.

El esquema del ACC permite el acceso a algunas categorías de personas físicas, pero no tiene finalmente el alcance suficiente para incluir a la industria creativa, ya que los requisitos y condiciones son muy específicos a cada una de las categorías de visitantes empresariales y dejan poco margen para incluir otros sectores de servicios no considerados. En el caso de la industria creativa y las giras artísticas/musicales, las categorías permitidas no incluyen los criterios de independencia, versatilidad de las actividades y remuneración que son indispensables para el funcionamiento del sector. En tanto las restricciones de la covid-19 se han ido levantado y los profesionales del arte siguen sin tener claras las posibilidades y requisitos para prestar sus servicios en la UE.

Lo ideal sería que RU y la UE se pusieran de acuerdo, dejando a un lado intereses políticos, para solucionar estos problemas técnicos en el contenido del ACC que tienen consecuencias económicas, comerciales o laborales y que también ponen en riesgo la continuidad de la estrecha colaboración cultural después del *Brexit*. Por el momento, el sector de servicios de RU y la industria creativa siguen afrontando las consecuencias del *Brexit* y el sector creativo sigue esforzándose para lograr los cambios normativos que lo alejen de su aislamiento. En todo caso, queda la esperanza de un futuro cambio en el régimen de las relaciones con la UE.

El impacto del *Brexit* en los controles de exportaciones estratégicas

Ana SÁNCHEZ COBALEDA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE COMERCIO: 2.1. Exportaciones desde Reino Unido tras el *Brexit*.-2.2. Exportaciones desde la UE tras el *Brexit*.—3. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD: 3.1. Divergencias en el ámbito de aplicación de los controles. 3.2. Aplicación de sanciones.—4. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PODER E INFLUENCIA: 4.1. Consecuencias para la UE en materia de influencia. 4.2. Consecuencias para Reino Unido en materia de influencia.—5. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Los controles de comercio estratégico buscan prevenir la proliferación de armas de destrucción masiva (ADM) a través del control de los llamados bienes y tecnologías de doble uso. El presente capítulo ofrece una visión general de los cambios más notables en los regímenes europeo y británico de control de productos de doble uso como consecuencia de la retirada de Reino Unido de la UE, abordando los efectos en el comercio, las consecuencias en el ámbito de la seguridad y los cambios en la capacidad de influencia de cada uno de estos actores.

ABSTRACT: *Strategic trade controls seek to prevent the proliferation of weapons of mass destruction (WMD) through the control of so-called dual-use goods and technologies. This chapter provides an overview of the most notable changes in the European and British regimes for the control of dual-use items as a result of the UK's withdrawal from the EU, addressing the effects on trade, the consequences in the security sphere and the shifts in the ability of each of these actors to exert influence.*

1. INTRODUCCIÓN

Los controles de comercio estratégico —o controles a las exportaciones estratégicas— son políticas que los Estados emplean para regular el movimiento internacional de productos de doble uso, esto es, bienes y tecnologías que pueden usarse tanto con fines civiles como con fines

* Investigadora Posdoctoral de la Universidad de Barcelona.

relacionados con la producción y el uso de armas de destrucción masiva (ADM) y sus sistemas vectores. Durante los últimos veinte años la UE ha desempeñado un rol fundamental en el desarrollo de normativa reguladora de las transferencias de dichos bienes, estableciendo, en virtud de consecutivos reglamentos, un sistema de control jurídicamente vinculante para todos sus Estados miembros basado en listas de bienes y autorizaciones a la exportación. Se trata de un área de política exterior donde se han alcanzado cotas de cooperación muy altas y donde los británicos han ejercido un rol importante.

Aunque durante los debates previos al referéndum de 2016 que desembocaría en el abandono de Reino Unido de la UE la atención del gran público se centró en otras muchas cuestiones importantes de la futura relación entre las partes, este capítulo aborda el impacto —nada baladí— que el *Brexit* está teniendo sobre los controles de comercio estratégico, componente esencial no solo desde el punto de vista económico y comercial, sino también desde la geoestrategia y la seguridad nacional, tanto para la UE como para Reino Unido.

En el momento de decidir sobre su permanencia en la UE, Reino Unido estaba jurídicamente vinculado, en tanto que Estado miembro, a controlar la exportación fuera de la UE de los bienes de doble uso de conformidad con el entonces todavía en vigor Reglamento (CE) 428/2009, de 5 de mayo, por el que se establecía un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso. Este constituyó durante más de una década el principal fundamento jurídico de la UE para el control de estos bienes, siendo recientemente substituido por el Reglamento 2021/821. En virtud de dichos Reglamentos —y sus listas de productos sometidos a control—, los Estados miembros de la UE consideran «exportaciones» solo aquellos envíos con destino fuera del territorio aduanero de la UE, de tal forma que las exportaciones entre Estados miembros no requieren autorización (a excepción de casos muy concretos)¹. Ahora bien, desde el 31 de enero del 2020, esta exención ya no se aplica a Reino Unido ni a sus transferencias, comportando que el comercio estratégico hacia y desde dicho Estado se vea sometido a condiciones propias del comercio con terceros Estados.

El control de las exportaciones de doble uso es un aspecto de la política comercial europea que, de conformidad con el Tratado de Lisboa, es «competencia exclusiva» de la UE. Antes del *Brexit*, la normativa de control de las exportaciones de Reino Unido —al igual que la de otros Estados miembros de la UE— consistía en un mosaico de medidas nacionales y de la UE en el que el control de las exportaciones de los bienes y tecnologías de doble uso se regía por el mencionado Reglamento 428/2009

¹ La excepción se encuentra regulada en el art. 11 del Reglamento 2021/821 (y en el art. 22 del ya substituido Reglamento 428/2009): «La transferencia intracomunitaria de los productos de doble uso enumerados en el Anexo IV requerirá una autorización».

y la concesión de licencias y su aplicación se realizaba a nivel nacional. Por tanto, el proceso de aplicación de los controles de las exportaciones estratégicas de Reino Unido —establecidos en la Orden de Control de Exportaciones de Reino Unido de 2008 y cuya principal base jurídica fue el Reglamento de la UE— no se ha visto esencialmente afectado por el *Brexit*. No obstante, y si bien el gobierno británico afirmó que «*the overall framework of controls for dual-use exports will not change*», la salida de Reino Unido de la UE sí que ha modificado algunos aspectos de su comercio estratégico, imponiendo nuevas restricciones a las transferencias entre ambos y, sobre todo, afectando a la aplicación de medidas comerciales y de seguridad².

En cualquier caso, tanto Westminster como Bruselas se han esforzado por evitar un resultado en el que el *Brexit* acarree en este ámbito nuevos controles comerciales demasiado costosos, requisitos de autorización y prohibición excesivos o distancias irreconciliables y, en gran medida, han tenido éxito en ese esfuerzo. A continuación, se ofrece una visión general de los cambios más notables consecuencia de la retirada de Reino Unido de la UE, diferenciando entre los efectos a nivel comercial y los efectos a nivel de seguridad, ambos aspectos estrechamente relacionados, así como los cambios en la capacidad de influencia de cada uno.

2. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE COMERCIO

En virtud del Reglamento europeo sobre productos de doble uso, la circulación de estos bienes y tecnologías entre los Estados miembros de la UE no se considera una exportación, sino una transferencia intracomunitaria que no requiere autorización (salvo en el caso de los productos enumerados en el Anexo IV del Reglamento, por ser considerados especialmente sensibles). Con ello, la UE pretende facilitar el comercio, promover los intercambios entre Estados miembros en materia de bienes estratégicos, garantizar la igualdad de condiciones entre exportadores de distintos Estados y combatir la proliferación de ADM. Ahora bien, las transferencias extracomunitarias, esto es, las exportaciones a terceros Estados, incluso a aquellos más afines a la UE, se ven sometidas a controles que requieren autorizaciones y licencias que pretenden garantizar que estos materiales estratégicos no sean empleados para fines relacionados con la producción o el uso de ADM y sus sistemas vectores. Es precisamente su naturaleza dual —característica que permite que un mismo bien pueda ser empleado con fines pacíficos o con una finalidad hostil vinculada a la proliferación— la que comporta que los bienes y tecnologías de doble uso sean sometidos a controles de exportación. Con el abandono de Reino Unido del territorio aduanero de la UE, la exención

² EXPORT CONTROL JOINT UNIT AND DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL TRADE, «Guidance - Exporting Controlled Goods», *UK Government*, 2020, pp. 1-8.

de controles a las transferencias de productos de doble uso dentro de las fronteras de la Unión deja de aplicarse a las exportaciones estratégicas desde esta a Reino Unido y viceversa. En tanto que ha pasado a ser una relación con un tercer Estado, se aplican restricciones al comercio con el consecuente aumento de burocracia, tiempo y, por tanto, costes.

El Reglamento sobre bienes de doble uso de la UE ha quedado incorporado a la legislación de Reino Unido, como otros muchos reglamentos en una amplia gama de ámbitos normativos. Por tanto, las características principales del Reglamento sobre productos de doble uso —incluida la lista de productos sometidos a control contenida en el Anexo I del Reglamento, las definiciones de los términos clave, los requisitos de autorización y las prohibiciones— siguen aplicándose en Reino Unido, aunque ahora lo hagan en función de la legislación nacional³.

En lo que a las exportaciones entre Reino Unido y la UE se refiere, una vez finalizado el periodo de transición del *Brexit* el 31 de diciembre de 2020, se empezaron a aplicar los controles comerciales previstos en el Reglamento 428/2009 (y en las respectivas leyes nacionales de comercio de productos estratégicos), tal y como se aplican actualmente en el caso de terceros países. Las importaciones y exportaciones entre Reino Unido y la UE continúan sin aranceles ni cuotas. Sin embargo, hay más trabajo de tramitación y documentación para los envíos de exportación desde Reino Unido, relacionado principalmente con la clasificación de productos de doble uso y la necesidad de licencia. Además, las exportaciones desde cada una de las partes hacia otros terceros Estados también sufren ligeras modificaciones a raíz del *Brexit*, relacionadas con las autoridades competentes que pueden autorizar tales movimientos.

2.1. Exportaciones desde Reino Unido tras el *Brexit*

En el lado británico encontramos que, desde que dejó oficialmente de formar parte del bloque comercial europeo, los envíos de productos de doble uso a países de la UE, así como a otros Estados, requieren una autorización de conformidad con la Orden de Control de Exportaciones Británica, en vigor desde el 6 de abril del 2009 (*The Export Control Order 2008*). El Reglamento europeo en la que esta se basó preveía una serie de autorizaciones generales de exportación de la Unión (EUGEA, por sus siglas en inglés *European Union General Export Authorisations*)⁴, que permiten la transferencia de productos de doble uso a jurisdicciones específicas para fines concretos⁵, y el Gobierno británico, que ya había adoptado tales autorizaciones en su legislación nacional, las ha conservado como GEA (son la versión de las UGEA basada en la legislación de

³ *Ibid.*

⁴ Anteriormente denominadas *Autorización General de Exportación Comunitaria*.

⁵ Art. 2.9 del Reglamento 428/2009.

Reino Unido y se las conoce como *retained GEA*). Los registros existentes para las autorizaciones de la UE (EUGEA) en el sistema de licencias en línea de Reino Unido (llamado SPIRE)⁶ han pasado a convertirse en estas GEA «conservadas», por lo que los exportadores de Reino Unido no necesitan volver a registrarse para las mismas si ya lo habían hecho previamente para sus equivalentes de la UE. De este modo, la Unidad Conjunta de Control de las Exportaciones (*Export Control Joint Unit* o ECJU) pretende minimizar el impacto en los exportadores británicos. Ahora bien, los exportadores de Reino Unido deben confirmar en el sistema SPIRE que sus registros han sido actualizados, ya que puede haber nuevos números de registro que deberán figurar en toda la documentación de exportación pertinente.

Junto con las EUGEA, el Reglamento europeo también prevé las autorizaciones generales de exportación nacional⁷. Estas autorizaciones anteriores al *Brexit* también se han trasladado al actual régimen británico (conocidas como OGEL, *Open General Export License*), y tampoco es necesario que los exportadores vuelvan a registrarse para obtenerlas, aunque sí conviene comprobar que han sido actualizados sus registros para evitar incidencias burocráticas a la hora de exportar. En este contexto, para mitigar las repercusiones del *Brexit*, las autoridades de Reino Unido han emitido una nueva OGEL que autoriza la exportación a la UE de la gran mayoría de los productos de doble uso que anteriormente podían exportarse sin licencia⁸. Para ayudar a sus empresas a cumplir con las nuevas exigencias de autorización, Reino Unido cuenta con la ECJU, que administra y aplica el sistema británico de controles y licencias de exportación. Esta es quien ha emitido la OGEL, esta nueva licencia necesaria para cualquier empresa británica que quiera exportar bienes de doble uso a cualquier Estado de la UE o a las Islas del Canal desde el 1 de enero de 2021⁹. Efectivamente, también se requiere licencia para exportar a estas últimas, aunque tales exportaciones también quedarán

⁶ SPIRE, el sistema de licencias de exportación en línea de la organización de control de las exportaciones depende del Departamento de Comercio Internacional de Reino Unido. Acceso a la información y a la plataforma disponibles aquí: www.spire.trade.gov.uk/spire/fox/espire/LOGIN/login (todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 11 de octubre de 2021).

⁷ Esta autorización general de exportación nacional es definida por el art. 2.16 del Reglamento 2021/821 como «una autorización de exportación definida por la legislación nacional de conformidad con el art. 12, apartado 6, y la Sección C del Anexo III». El reglamento anterior, al cual estaba sometido Reino Unido en su momento, la definía como «una autorización de exportación concedida de conformidad con el art. 9, apartado 2, y definida por la legislación nacional de conformidad con el art. 9 y el Anexo IIIc».

⁸ Las siguientes categorías de artículos/sectores de interés que entran en el ámbito de aplicación de la nueva OGEL son: materiales nucleares y equipos de procesamiento; procesamiento de materiales —máquinas— herramienta; electrónica; ordenadores —parámetros específicos—; telecomunicaciones; seguridad de la información, incluyendo cibernética y criptografía; sensores y láseres, incluyendo equipos de imagen y radares; navegación y aviónica; marina; y aeroespacial y propulsión.

⁹ DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL TRADE, «Open General Export Licence Export of Dual-Use Items to EU Member States», *UK Government*, 2020.

cubiertas por la misma OGEL que cubra las exportaciones a la UE. La ECJU también ha publicado orientaciones para las empresas sobre la definición y el amplio alcance de la normativa relativa a la transferencia de tecnología de doble uso sometida a control¹⁰.

Si bien este útil avance significa que los exportadores británicos no necesitan solicitar una licencia individual hecha a medida para muchos de los productos de doble uso que se dirigen desde Reino Unido a la UE, las partes que deseen utilizar la nueva OGEL deben registrarse en un plazo de treinta días a partir de su primer uso. Así, los exportadores británicos deberán comprobar la Lista Estratégica de Control de Exportaciones de Reino Unido, registrarse ante las autoridades británicas para ser autorizados a exportar (o confirmar la actualización de sus registros si es que ya estaban registrados) y cumplir con las condiciones exigidas por la autorización (p. ej., la presentación de documentación o el mantenimiento de registros, requisitos que antes no se exigían para las transferencias entre Reino Unido y los Estados miembros). De lo contrario, exportar sin la licencia requerida podría acarrear responsabilidad penal causada por infracciones involuntarias o por delito de evasión deliberada de los controles de exportación, con penas económicas de multas ilimitadas o incluso privación de libertad hasta diez años, catorce en caso de material nuclear (*Customs and Excise Management Act*, 1979). El *Brexit* no ha afectado al modo en que la ley sobre infracciones de doble uso se aplica en Reino Unido, ya que seguirá aplicándose a través del Departamento de Hacienda y Aduanas (*HM Revenue & Customs*), en virtud de la Orden de Control de las Exportaciones Británica de 2008 y la Ley de Gestión de Aduanas e Impuestos Especiales de 1979.

Por último, en lo que respecta a las exportaciones a terceros Estados no miembros de la UE, antes del *Brexit* era posible exportar productos de doble uso desde Reino Unido con licencias de exportación emitidas por otros Estados miembros de la UE, y lo mismo se permitía respecto a las exportaciones de otros Estados miembros autorizados en virtud de licencias de Reino Unido. Sin embargo, esa práctica ya no es posible. Las licencias que tienen los exportadores para exportar productos de doble uso a un país no perteneciente a la UE emitidas en Reino Unido seguirán siendo válidas para la exportación desde Reino Unido. Ahora bien, una licencia de exportación expedida por un Estado miembro de la UE para este tipo de exportaciones ha dejado de tener validez para la exportación desde el Estado insular.

Llegados a este punto, es importante detenerse en las consideraciones especiales que merece la situación en Irlanda del Norte, ya que el *statu quo* anterior al *Brexit* se mantiene con respecto a las exportaciones de doble uso entre esta y la UE. Aunque Irlanda del Norte forma parte de Gran

¹⁰ Estos ejemplos abarcan desde un fabricante de visores nocturnos para armas pequeñas hasta un proveedor de servicios en la nube (EXPORT CONTROL JOINT UNIT AND DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL TRADE, «Guidance - Exporting Military or Dual-Use Technology: Definitions and Scope», *UK Government*, 2021).

Bretaña, tras el *Brexit*, las normas de la UE sobre comercio estratégico seguirán aplicándose allí para evitar un «endurecimiento» de la frontera entre esta y la República de Irlanda, ya que eso supondría la inclusión de nuevos controles y comprobaciones que frenarían el flujo comercial. En consecuencia, Irlanda del Norte sigue formando parte, en gran medida, del marco de control de las exportaciones de la UE en virtud del Protocolo de Irlanda del Norte (que aplica diversas medidas provisionales relativas a las importaciones y exportaciones entre Irlanda del Norte y la UE, y otras cuestiones relacionadas con las fronteras). Este acuerdo especial se diseñó para continuar con el marco de cooperación económica entre Irlanda e Irlanda del Norte, así como para evitar poner en peligro el acuerdo de paz de 1998 entre los gobiernos británico e irlandés. En la práctica, y en consonancia con el Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte del acuerdo del *Brexit*, el Reglamento de la UE sobre productos de doble uso seguirá aplicándose en Irlanda del Norte, y los envíos de productos estratégicos entre esta y la UE se consideran transferencias intracomunitarias que no están sujetas a autorización de exportación¹¹. A su vez, los envíos de productos de doble uso desde Irlanda del Norte a Reino Unido o a otros países no pertenecientes a la UE seguirán estando sujetos a la autorización de exportación de la UE; es decir, las EUGEA y las OGEL de la UE seguirán siendo aplicables en Irlanda del Norte.

2.2. Exportaciones desde la UE tras el *Brexit*

En sentido inverso, esto es, en el caso de las exportaciones de Estados miembros de la UE hacia Reino Unido, la UE también ha tomado medidas para tratar de contrarrestar los obstáculos surgidos a raíz del *Brexit*. En primer lugar, la UE ha modificado la Autorización General de Exportación de la Unión (EUGEA) EU001 del Reglamento de doble uso para incluir a Reino Unido como destino permitido. Las Autorizaciones Generales de la UE (de las que encontramos seis tipos diferentes) son las que cubren exportaciones sin necesidad de licencia individual a medida y son válidas para ciertas mercancías con destino a Estados específicos, siempre que los exportadores residentes en la UE cumplan con las condiciones establecidas en el Anexo II del Reglamento. Así, un mismo exportador ve cubiertas múltiples exportaciones de sus productos cuando son destinados para reparación o sustitución, exportaciones temporales para exposiciones o ferias, etc. Concretamente, la categoría EUGEA EU001 permite exportar sin licencia los productos de doble uso del Anexo I¹² a Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Liechtenstein y Suiza, esto es, Estados que la UE estima importantes socios comerciales y con los que existe una marcada afinidad política, también en materia de

¹¹ Con la excepción de determinados productos de doble uso especialmente sensibles enumerados en el Anexo IV del Reglamento de doble uso de la UE.

¹² Salvo los recogidos en el Anexo IV.

seguridad. Es precisamente en esta categoría en la que se ha insertado a Reino Unido desde que abandonó la UE, de acuerdo con la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE que fue adoptada por las instituciones europeas en diciembre del 2020¹³. Aunque ha pasado al estatus de tercer Estado, su inclusión en el grupo de socios sometidos a la categoría EUGEA 001 puede considerarse como un cierto alivio a las barreras que, en cualquier caso, ha impuesto el *Brexit*. Esta modificación permite a los exportadores de la UE que están registrados para la autorización EU001 exportar la mayoría de los productos de doble uso a Reino Unido (siempre que cumplan los requisitos de mantenimiento de registros y otras condiciones impuestas en virtud de la autorización EU001). Para la exportación de otros productos de doble uso a Reino Unido, será necesario obtener una autorización individual¹⁴ o global¹⁵. Esta nueva exigencia impone a las empresas una carga que, aunque no necesariamente muy significativa, puede perjudicar su competitividad. Las empresas europeas que así lo requieran, pueden solicitar orientación a la autoridad competente que en cada Estado miembro concede las licencias a nivel nacional.

Con relación a las licencias de exportación a otros terceros Estados, y del mismo modo que ahora es necesario para Reino Unido obtener una licencia propiamente británica para las exportaciones de doble uso desde ese país, los exportadores europeos que antes utilizaban licencias de Reino Unido en otros Estados miembros ahora deben obtener licencias específicas de la autoridad competente de cualquier Estado miembro de la UE para poder exportar a otros terceros Estados. Las autorizaciones de transferencia intracomunitaria emitidas antes del final del periodo de transición por una autoridad competente de un Estado miembro de la UE para las transferencias a Reino Unido han seguido siendo autorizaciones válidas para la exportación a Reino Unido después del final del periodo de transición, hasta la expiración de la autorización. De un modo parecido, las licencias emitidas por Reino Unido que estuviesen ya en vigor para exportar bienes de doble uso a países no pertenecientes a la UE seguirán siendo válidas después del fin del periodo de transición hasta la fecha de expiración de la licencia.

3. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD

En tanto que la proliferación de ADM y sus sistemas vectores es considerada por ambas partes «una de las amenazas más graves para la es-

¹³ Reglamento (UE) 2020/2171.

¹⁴ El art. 2.12 define «autorización de exportación individual» como «una autorización concedida a un exportador determinado para un usuario final o destinatario en un tercer país y relativa a uno o más productos de doble uso».

¹⁵ El art. 2.13 define «autorización global de exportación» como «una autorización concedida a un exportador específico para un tipo o una categoría de productos de doble uso que podrá ser válida para las exportaciones destinadas a uno o más usuarios finales específicos o en uno o más terceros países determinados».

tabilidad y la seguridad internacionales», ya sea a manos de agentes públicos o privados, en el art. 765 del acuerdo de comercio y cooperación del *Brexit*, Reino Unido y la UE acuerdan cooperar y contribuir a la lucha contra esta amenaza. Así, además de cumpliendo y aplicando nacionalmente las obligaciones derivadas de tratados y acuerdos internacionales de no proliferación y desarme de las que todos son parte (como el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, la Convención sobre la Prohibición de Armas Biológicas o la Convención sobre la Prohibición de Armas Químicas), las partes se comprometen a combatir la proliferación:

«2.a) adoptando las medidas necesarias para firmar, ratificar o adherirse, según proceda, a todos los demás instrumentos internacionales pertinentes, y aplicándolos en su totalidad; y

b) estableciendo un sistema eficaz de controles nacionales a la exportación, que controle las exportaciones y el tránsito de mercancías relacionadas con las armas de destrucción masiva, en particular un control del uso final en dichas armas de las tecnologías de doble uso que incluya sanciones eficaces para las infracciones a los controles a la exportación».

Por el momento, como se ha indicado anteriormente, el marco jurídico de Reino Unido en materia de control de exportaciones no ha cambiado sustantivamente con el *Brexit*, y es que, en esencia, tanto Reino Unido como la UE encuentran la base de sus obligaciones de control de exportaciones en el mismo marco jurídico internacional. En este sentido, Reino Unido es parte en los principales tratados de desarme y no proliferación e, igual que todos los Estados miembros de la UE, está obligado por la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1540, que en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas compele, entre otras cosas, a controlar las exportaciones estratégicas para combatir la proliferación de ADM a manos de los actores no estatales¹⁶. Además, tanto Reino Unido como la mayoría de los Estados miembros, así como, en algunos casos, la propia UE, participan en los foros multilaterales de control de exportaciones en los que Estados afines políticamente acuerdan sus condiciones a la exportación sobre bienes sensibles a determinados Estados fuera de los grupos¹⁷.

Ahora bien, aunque el gobierno británico advierta de que el marco normativo va a permanecer en gran medida intacto, las diferencias se irán acusando a medida que pase el tiempo, ya que algunos aspectos de

¹⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *S/RES/1540 - Resolución 1540 aprobada por el Consejo de Seguridad* (Nueva York, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4956.ª sesión, celebrada el 28 de abril, 2004).

¹⁷ Concretamente, la UE es miembro del Grupo Australia, encargado del control de exportaciones de bienes de doble uso químicos y biológicos, y tiene estatuto de observador en el Grupo de Suministradores Nucleares. En ambos foros participan también los 27 Estados miembros individualmente. Respecto al Arreglo Wassenaar, donde participan todos menos Chipre, la UE asiste a las reuniones como parte de la delegación del Estado miembro que en ese momento ostente la presidencia del Consejo, igual que ocurre en las reuniones del Régimen de Control de la Tecnología de Misiles, donde participan actualmente 18 Estados miembros.

los controles de Reino Unido, como la lista de control y el alcance de determinadas licencias, se actualizaban hasta ahora automáticamente al actualizarse los controles de la UE¹⁸. En ese sentido, resulta ilustrativo el Reglamento 2021/821 adoptado recientemente y actual instrumento de referencia a nivel europeo, que identifica como productos de doble uso sometidos a control tecnologías de ciber-vigilancia e incluye consideraciones relacionadas con la protección de los derechos humanos, únicas y exclusivas —por ahora— del marco europeo¹⁹.

En cualquier caso, el acuerdo de comercio y cooperación establece que tanto la UE como Reino Unido deben notificar a la otra parte los cambios en los marcos reglamentarios existentes y considerar las normas internacionales como punto de partida para la nueva reglamentación. Cuando una de las partes decida desviarse de las normas internacionales, deberá justificarlo a la otra (art. 5.2).

3.1. Divergencias en el ámbito de aplicación de los controles

La adopción del nuevo Reglamento de la UE es el primer ejemplo significativo de divergencia entre los controles de exportación de doble uso de Reino Unido y de la UE. El gobierno de Reino Unido no se ha comprometido a permanecer alineado con esas nuevas normas, que venían debatiéndose y negociándose desde el 2016²⁰. Sin embargo, dado el mayor alcance de las nuevas restricciones adoptadas en Bruselas, las empresas británicas que operan en la UE harían bien en evaluar si las nuevas normas cubren sus operaciones, ya que, por ejemplo, se han ampliado los controles sobre los servicios de corretaje y de asistencia técnica a intermediarios y prestadores de asistencia que no son residentes ni están establecidos en un Estado miembro de la UE (art. 13.1 del Reglamento 2021/821).

Además de ampliar los controles en cuanto a las actividades, también se ha ampliado en cuanto a los bienes sometidos a control a través de la llamada cláusula *catch-all* (o *atrapa-todo*) que realiza un control sobre el uso final. Las tecnologías de cibervigilancia, es decir, productos de doble uso especialmente diseñados para permitir la vigilancia encubierta de personas físicas mediante el control, la extracción, la recogida o el análisis de datos procedentes de sistemas de información y telecomunicaciones (art. 2.20), constituyen un pilar central de la nueva normativa y están sujetas a am-

¹⁸ M. BROMLEY, «Brexit and Export Controls: Entering Uncharted Waters», *SIPRI Commentary*, julio de 2016.

¹⁹ M. BROMLEY y K. BROCKMANN, «Implementing the 2021 Recast of the EU Dual-Use Regulation: Challenges and Opportunities», *EU Non-Proliferation and Disarmament Consortium*, núm. 77, 2021, pp. 6-7.

²⁰ A. SÁNCHEZ COBALEDA, «La reforma del Reglamento europeo para el control de los bienes de doble uso», en N. CORNAGO, J. L. DE CASTRO RUANO y L. MOURE (eds.), *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 567-576.

plias restricciones a través de la cláusula *catch-all*. Esta cláusula, uno de los elementos más característicos del régimen europeo de control de bienes de doble uso, faculta a las autoridades nacionales a prohibir la exportación de productos estratégicos que no figuren en la lista de bienes controlados cuando crean que dichos productos pueden tener un uso ilícito relacionado con la proliferación de ADM y sus sistemas vectores [art. 4.1.a)], a un uso final militar y si el país de compra o destino está sujeto a un embargo de armas [art. 4.1.b)]. Ahora, el Reglamento 2021/821 acaba de introducir un nuevo control del uso final de los equipos de cibervigilancia para cuando el exportador tenga conocimiento o haya sido informado de que los productos exportados están o pueden estar destinados a ser utilizados en relación con la represión interna o la comisión de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario (art. 5.1).

La cláusula *catch-all* permite que el Reglamento se enfrente a los nuevos y rápidos descubrimientos de la ciencia y la tecnología y exige a los exportadores que informen a sus autoridades competentes para valorar si necesitan o no una autorización (art. 5.2). Si un Estado miembro utiliza esta cláusula para un artículo de cibervigilancia no incluido en la lista, la UE deberá publicar los detalles siempre y cuando el resto de Estados miembros indiquen en un plazo de sesenta días hábiles que desean hacer lo mismo. Es decir, tal y como exponen Bromley y Brockman (2021), el Reglamento 2021/821 ha creado un mecanismo para establecer una «lista de la UE de productos de cibervigilancia controlados», pero no lo conecta formalmente con la lista de control de la UE y dota a cada Estado miembro del derecho de veto sobre si se añade algo o no a esa nueva lista (p. 9).

Desde el punto de vista de Reino Unido, aunque no esté obligado a aplicar los nuevos controles basados en la *catch-all*, las evaluaciones serán especialmente importantes para los exportadores británicos que comercian con tecnologías de cibervigilancia. Por otro lado, su salida de la UE deja también un vacío en lo que a la información compartida se refiere. La información es un elemento fundamental en la ya de por sí difícil aplicación de una cláusula basada en la diligencia debida y la buena comunicación entre exportadores y autoridades competentes²¹. Reino Unido siempre fue un miembro riguroso en la aplicación de la cláusula *catch-all*, destacando por el uso de sus servicios de inteligencia y compartiendo información técnica, basada en pruebas, y siempre relevante sobre las denegaciones a usuarios finales preocupantes (*of concern*). En este respecto, sería recomendable promover un continuado y armonizado intercambio de información fluido y eficiente para el fin último: la lucha contra la proliferación de ADM.

El establecimiento de un nuevo punto de control de exportaciones tanto para la UE como para Reino Unido supone la aparición de nuevos

²¹ S. BENNINK y G. VAN DAM, «Catch-All Clause Catch-All Clause catch me if you can: toward a common policy on EU catch-all controls», *WorldECR*, núm. 12, 2019, pp. 19-21, esp. p. 20.

obstáculos al comercio. Sin embargo, la exigencia sobrevenida de ejercer un mayor escrutinio sobre las exportaciones estratégicas puede considerarse también algo útil, especialmente desde el punto de vista de la seguridad. Ahora bien, para ello es fundamental que ambas partes, a la hora de realizar los controles de exportación a terceros Estados busquen la armonización entre sus medidas —incluyendo la aplicación de la *catch-all*—, para evitar que compradores y usuarios finales aprovechen la salida de Reino Unido de la UE para hacerse con los bienes estratégicos en aquel mercado donde el escrutinio sea menor. Este fenómeno en el que el Estado que desea hacerse con un determinado bien de doble uso puede solicitarlo en distintos Estados tras la denegación de la transferencia en otro es conocido como *licence shopping*, en referencia a la actuación similar que se conoce en otras ramas del derecho como *forum shopping*²².

La armonización no tiene por qué ser sencilla, tal y como demuestra la dificultad de homogeneizar la aplicación del Reglamento en los 27 Estados miembros de la UE²³. No obstante, los posibles obstáculos del intento de armonización con este nuevo tercer Estado que es Reino Unido no deben desalentar a las partes en el empeño por garantizar la no proliferación de ADM y sus sistemas vectores a través del control de exportaciones, no en vano ambas partes se han comprometido en el acuerdo a preservar la seguridad internacional.

3.2. Aplicación de sanciones

Por último, y relacionado tanto con el comercio como con la seguridad, el estatus de tercer Estado de Reino Unido también va a apreciarse a la hora de imponer y aplicar sanciones. Reino Unido aplica un estricto régimen de licencias para mantener las sanciones internacionales y garantizar que los equipos militares y los artículos de doble uso no caigan en manos equivocadas. Los controles y la aplicación efectiva de las normas contra la proliferación de ADM son una prioridad para el Gobierno británico y, hasta ahora, Reino Unido contribuía a que estas gozaran de eficacia y legitimidad en el marco europeo en su conjunto. De hecho, ha desempeñado un papel muy importante en la definición del alcance de las sanciones de la UE a Irán y Rusia.

Desde su salida, Reino Unido dispone de la libertad para aplicar sanciones sin modular su política a través del régimen de la UE e implementa los nuevos regímenes de sanciones a través de reglamentos promulgados de conformidad con la Ley de Sanciones y Antilavado de Dinero 2018

²² Q. MICHEL y L. CAPONETTI, *Introduction to International Strategic Trade Control Regimes*, Liège, European Studies Unit - University of Liège, 2017, p. 71.

²³ S. BAUER *et al.*, *Challenges and Good Practices in the Implementation of the EU's Arms and Dual-Use Export Controls: A Cross-Sector Analysis*, Stockholm, SIPRI, 2017; Q. MICHEL *et al.*, *Controlling the Trade of Strategic Goods: Sanctions and Penalties*, Liège, European Studies Unit - University of Liège, 2016.

(*Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018* o SAMLA). Aunque por ahora las sanciones de Reino Unido reflejen la legislación actual de sanciones de la UE, aquellos británicos que deban cumplir con el régimen de sanciones británicas no deben asumir que este vaya a ser idéntico al de la UE y viceversa. Para garantizar que las sanciones impuestas se respetan, los exportadores pueden consultar las listas publicadas por la Oficina de Sanciones Financieras de Reino Unido (*Office of Financial Sanctions* u OFSI)²⁴. La OFSI ha actualizado la Lista Consolidada para que solo incluya los objetivos de las sanciones financieras en virtud de los reglamentos derivados de la SAMLA y de otra legislación de Reino Unido. La Oficina de Asuntos Exteriores, de la Commonwealth y de Desarrollo de Reino Unido (*Foreign, Commonwealth and Development Office* o FCDO)²⁵ también publica una lista separada con todas las personas, entidades y buques designados en virtud de la normativa derivada de la SAMLA (es decir, no solo los identificados en virtud de sanciones financieras, sino también los designados en virtud de sanciones comerciales, de viaje y de transporte). El Reglamento de «bloqueo» 2271/96 de la UE, que prohíbe el cumplimiento de determinadas sanciones estadounidenses que tienen alcance extraterritorial y que se considera que afectan indebidamente a personas no estadounidenses, se mantiene en gran medida en Reino Unido, sin embargo, el secretario de Estado de Comercio Internacional de Reino Unido (en lugar de la Comisión Europea) administrará ahora las solicitudes de cumplimiento de las sanciones estadounidenses y será responsable de su aplicación.

Por su parte, la UE deberá seguir intentando alinear a sus 27 Estados miembros con las sanciones internacionales. Esta es una tarea ardua, ya que las medidas sancionatorias requieren unanimidad en el seno de la UE y las posiciones en cuestiones de geopolítica, a veces sustancialmente diferentes entre los Estados miembros, dificultan la aplicación de sanciones agresivas en el momento oportuno. Por ejemplo, las distintas posiciones respecto a Rusia o Turquía manifiestan el desencuentro entre Estados y las sanciones que acaban aprobándose son necesariamente más limitados debido a la necesidad de consenso. Los embargos y sanciones de la UE reproducen los adoptados por la ONU, pero la UE también pueden ampliarlos, o, llegado el caso, incluso emitir medidas restrictivas específicas de la Unión, totalmente autónomas, como en el caso de las sanciones de la UE a Rusia, Siria o Irán²⁶.

Parece probable que en la aplicación unilateral de sanciones por parte de Reino Unido se den medidas de coordinación con la UE, especialmente en lo referente al intercambio de información sobre los posibles objetivos de las sanciones y la cooperación en materia de aplicación. De

²⁴ OFSI web, www.gov.uk/government/organisations/office-of-financial-sanctions-implementation.

²⁵ FCDO web, www.gov.uk/government/organisations/foreign-commonwealth-development-office.

²⁶ M. BROMLEY, *op. cit.*, nota 18.

hecho, el Reglamento de «bloqueo» 2271/96 de la UE, que prohíbe el cumplimiento de determinadas sanciones estadounidenses que tienen alcance extraterritorial y que se considera que afectan indebidamente a personas no estadounidenses²⁷, se mantiene en gran medida en Reino Unido. Obviamente, quien administrará ahora las solicitudes de cumplimiento de las llamadas «sanciones» secundarias impuestas por Estados Unidos y quien será responsable de su aplicación será el secretario de Estado de Comercio Internacional de Reino Unido (en lugar de la Comisión Europea).

4. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE PODER E INFLUENCIA

Reino Unido ha destacado, entre otros muchos aspectos, por ser un Estado miembro implicado y muy proactivo en los avances referentes al control de las exportaciones estratégicas. Su condición de Estado poseedor del arma nuclear —en la terminología empleada por el TNP—, su estatus de miembro en las principales organizaciones internacionales sobre no proliferación y desarme, así como su participación en todos los foros multilaterales de control de exportaciones, colocan a Reino Unido en una posición de marcada relevancia en el régimen de la no proliferación de las ADM y sus sistemas vectores. Asimismo, su amplia e interconectada red de instituciones y departamentos nacionales orientados a la acción exterior, el comercio, la seguridad y la defensa, así como el elevado conocimiento técnico de su funcionariado público, explican el notable rol que el antiguo miembro de la UE desempeñó a lo largo de las dos últimas décadas en las que el régimen europeo de control de bienes de doble uso ha ido consolidándose²⁸.

Por ello, y como se expone a continuación, el *Brexit* tiene también consecuencias para ambas partes en su autoridad y capacidad de influencia.

4.1. Consecuencias para la UE en materia de influencia

La salida de Reino Unido, hasta el momento el miembro más liberal económicamente²⁹, supone para la UE la pérdida de importantes activos aportados por los británicos a lo largo de los cuarenta y siete años en los que fue parte de la Unión. En el ámbito del control de exportaciones estos activos consistían en el conocimiento avanzado y la implicación

²⁷ I. A. COLUSSI, «Action and Reaction: Effects of Country-Based Trade Sanctions», *Strategic Trade Review*, vol. 2, núm. 3, 2016, pp. 103-120, esp. pp. 114-115.

²⁸ I. J. STEWART y J. BREWER, «Engaging the Private Sector in Nonproliferation: Reflections from Practitioners», *Strategic Trade Review*, vol. 2, núm. 3, 2016, pp. 143-152.

²⁹ A. RILEY y F. GHILÈA, «Brexit: Causes and Consequences», *Notes Internacionals CIDOB*, núm. 159, octubre de 2016, pp. 1-4.

profunda de Reino Unido en todo lo relacionado con los bienes de doble uso y las ADM (así como en materia de armas convencionales)³⁰.

Por un lado, Reino Unido ha sido siempre activo en la modificación de disposiciones y en los avances legislativos, jugando también un papel muy destacado en el establecimiento de sanciones, como acabamos de ver. La capacidad y pericia de los funcionarios de Reino Unido, su profesionalidad y experiencia, y la eficiente interconexión entre los distintos departamentos de la administración británica (aduanas, comercio, inteligencia, asuntos exteriores, etc.) son recursos de gran valor cuya ausencia está siendo acusada por las autoridades de los Estados miembros acostumbradas a tratar con sus contrapartes británicas. Como en casi cualquier ámbito, también en el de control de exportaciones, la aportación rigurosa de la experiencia británica y de su academia ha sido fundamental.

Por otro lado, la implicación de los británicos en el control de los bienes de doble uso iba más allá de las reformas legislativas y su aplicación, ya que contribuyeron fuertemente a desarrollar los programas de cooperación técnica que la UE lleva a cabo en terceros Estados, concretamente el Programa de Control de las Exportaciones P2P (*partner-to-partner*)³¹, un proyecto de desarrollo de capacidades y concienciación con socios fuera de la UE³². Este Programa, presente en más de 30 países de seis regiones distintas, ha contado con la participación de numerosos funcionarios y expertos británicos que pusieron a disposición de la UE no solo su *expertise*, sino también un grado de legitimidad que, en algunas regiones donde Reino Unido conserva lazos políticos, económicos y/o culturales debido a su historia, también contribuía a presentar la cooperación técnica de la UE de una forma más creíble y robusta.

Reino Unido no solo era uno de los dos únicos Estados miembros de la UE con un puesto permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU (quedando ahora solo Francia), sino que también daba acceso directo a la Commonwealth. Por todo ello, así como por el peso y la vinculación de Reino Unido en Estados de África, Asia u Oceanía, el *Brexit* deja un marcado vacío en materia de cooperación técnica especialmente notable a la hora de que la UE se relacione con terceros Estados. Sin la presencia y participación de Reino Unido en las delegaciones de la UE en el exterior, esta ve atenuada su autoridad, ya que carece del peso del que le dotaba quien goza de una indiscutible capacidad de influencia

³⁰ En este ámbito, Reino Unido desempeñó un papel fundamental en la adopción del Código de Conducta de la UE sobre exportaciones de armas, que fue precursor de la Posición Común de la UE de control de armas, la cual establece las normas de control de las transferencias de material militar. Asimismo, también impulsó el apoyo europeo al Tratado sobre Comercio de Armas (M. BROMLEY, *op. cit.*, nota 18).

³¹ Los detalles del *EU P2P Export Control Programme sobre bienes de doble uso* se encuentran en https://europa.eu/cbrn-risk-mitigation/eu-p2p-export-control-programme/dual-use-trade-control_en.

³² S. OSBORNE, «Brexit and Export Controls», *Project Alpha*, 2018, p. 3.

en el mundo. En consecuencia, el *Brexit* conduce a una reducción de la capacidad de la UE para promover sus normas en el ámbito del control de las exportaciones a nivel internacional, aunque la UE puede tratar de compensarlo fomentando una mayor cohesión entre sus 27 miembros y promoviendo la asignación de recursos destinados a los esfuerzos fuera de la Unión.

4.2. Consecuencias para Reino Unido en materia de influencia

Reino Unido también ha salido debilitado tras el *Brexit*, teniendo que hacer frente a algunos costes en materia de poder e influencia como consecuencia de su decisión de abandonar la UE.

En primer lugar, las autoridades británicas determinan cuáles de sus leyes encuentran su fundamento jurídico en el ámbito nacional y cuáles en el europeo, reteniendo, en muchos supuestos, el contenido de las normas de la UE, a pesar de haber perdido toda participación en la elaboración y modificación de estas. Todo ello requiere en múltiples casos la redacción y promulgación de nueva legislación, con los consecuentes recursos administrativos y potenciales procesos parlamentarios. Teniendo en cuenta que los controles de exportaciones estratégicas son solo uno de los numerosos ámbitos en los que habrá que llevar a cabo procesos equivalentes, la ingente tarea que se le presenta a Reino Unido, con la consecuente inversión de recursos y tiempo, va a seguir lastrando a una administración saturada por la burocracia y mermada desde los recortes presupuestarios posteriores a la crisis del 2008³³.

En segundo lugar, la pérdida de influencia y conocimiento de primera mano de las políticas de otros Estados miembros de la UE será el otro gran coste del *Brexit* para Reino Unido. Efectivamente, tras su salida, Reino Unido no tendrá vías para influir en las políticas de la UE en el ámbito del control de las exportaciones, habiendo perdido la posibilidad de hacer avanzar su propia agenda en el seno de una unión potente económicamente. Asimismo, también ha perdido el acceso completo a los mecanismos de consulta e intercambio de información, aunque igual que Noruega y otros Estados no miembros conserve un acceso parcial a algunos de los debates e intercambios de opiniones menos sustanciales³⁴. Por último, su participación en los programas de cooperación técnica en terceros Estados deberá canalizarse de forma bilateral, si es que decide llevar a cabo actividades de *outreach* como las conducidas en el marco del programa P2P. No sería un caso aislado de prestación de asistencia;

³³ T. FETZER, «Did Austerity in the UK Lead to the Brexit Crisis?», *Harvard Business Review*, 2019, <https://hbr.org/2019/08/did-austerity-in-the-uk-lead-to-the-brexit-crisis>; N. WESTCOTT, «Brexit is a political Ponzi Scheme», *LSE's Brexit Blog*, 2021, <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2021/05/17/brexit-is-a-political-ponzi-scheme/>.

³⁴ M. BROMLEY, *op. cit.*, nota 18.

otros países, como Estados Unidos, llevan a cabo proyectos parecidos, aunque en ese sentido, la institucionalización del EXBS (el mayor programa de asistencia técnica en control de exportaciones) o, por supuesto, el de la UE, lleva años de ventaja a la que podría poner en marcha Reino Unido³⁵.

5. CONCLUSIÓN

Aunque es muy poco probable que se produzcan grandes desviaciones de las prácticas de doble uso existentes tanto en la UE como en Reino Unido en el corto o medio plazo —al menos mientras la política exterior estratégica y los intereses políticos y de seguridad de este sigan siendo muy similares a los de los Estados miembros de la UE—, sí que es posible que se produzca cierto nivel de divergencia con el tiempo. Estas distinciones podrían perpetuarse a medio y largo plazo debido a los cambiantes intereses posibles de la política exterior de Reino Unido, como su deseo de utilizar la industria de defensa y doble uso británica para fortalecer la economía de Reino Unido a la luz del *Brexit* o el surgimiento de nuevos términos en algún acuerdo de libre comercio que los británicos pudiesen llegar a celebrar. Por ahora, sin embargo, deben destacarse los esfuerzos por parte de las autoridades británicas y de la UE por tomar medidas que colman sustancialmente las lagunas provocadas por este cambio en el *statu quo*, siendo la más destacable de estas medidas la emisión de licencias generales orientadas a facilitar los intercambios entre los antiguos socios.

El impacto a largo plazo del *Brexit* sobre la UE en su conjunto es difícil de determinar todavía, aunque sí puede concluirse que será amplio y se notará en diferentes ámbitos, no solo en el del comercio, sino también en el de la seguridad y la capacidad de influencia. Todavía está por ver si el *Brexit* conducirá a una profundización de la cooperación entre los 27 Estados miembros restantes de la UE o si comportará una disminución del tamaño y la ambición de la UE. La entrada en vigor del Reglamento 2021/821, con sus ambiciosos controles ampliados, parece acercarnos a un escenario como el primero, en el que la UE podrá desarrollar políticas más armonizadas y potencialmente más restrictivas en el ámbito del control de las exportaciones, siempre que no se den bloqueos ni se obstaculice la adopción de ciertas iniciativas o esfuerzos de la Comisión u otros Estados miembros para profundizar la cooperación de la UE. Si, en cambio, se consolida un escenario como el segundo, ello podría implicar una reducción del grado en que la UE facilita la formación y promoción de normas en el ámbito de los controles de las exportaciones y una cre-

³⁵ B. R. EARLY, M. T. NANCE y M. P. COTTRELL, «Global Governance at the Energy-Security Nexus: Lessons from UNSCR 1540», *Energy Research & Social Science*, vol. 24, 2017, pp. 94-101, esp. p. 96.

ciente dependencia de otros foros políticos de control de exportaciones en los que participan los Estados miembros.

En tanto que las decisiones sobre el control de las exportaciones de bienes y tecnologías de doble uso implican un complejo equilibrio entre la restricción del suministro a quienes pueden hacer un mal uso de ellas, la promoción del derecho a desarrollarse de aquellos que quieren darles un buen uso, y el fomento de la industria, la prosperidad y el empleo en la UE y en Reino Unido, la transparencia, el intercambio de información y la cooperación siguen perfilándose como la forma idónea para salvar las distancias creadas por el *Brexit*.

La Unión Europea como actor global tras el *Brexit*: el giro geopolítico

Leire MOURE*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA POTENCIA NORMATIVA CUESTIONADA.—3. LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL RETORNO DE LA GEOPOLÍTICA.—4. LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO RELATO TRAS EL *BREXIT*: DANDO FORMA AL GIRO GEOPOLÍTICO: 4.1. Una estrategia global para la Unión Europea. 4.2. La idea de soberanía europea. 4.3. La autonomía estratégica.—5. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: Esta contribución examina la evolución discursiva que ha tenido lugar desde el comienzo del proceso de retirada de Reino Unido de la UE. Dicho giro discursivo está fundamentalmente orientado a modificar su tradicional identidad como actor internacional normativo. La Unión pretende así repositionarse como un actor geopolítico con aspiraciones globales en un entorno internacional cada vez más tumultuoso e inestable.

ABSTRACT: *This contribution examines the discursive evolution that has taken place since the beginning of the process of withdrawal of the United Kingdom from the EU. This discursive turn is fundamentally oriented to modify its traditional identity as an international normative actor. The Union thus intends to reposition itself as a geopolitical actor with global aspirations in an increasingly tumultuous and unstable international environment.*

1. INTRODUCCIÓN

El 23 de junio de 2016 se celebró el referéndum sobre la pertenencia de Reino Unido a la Unión Europea (UE). El 51,9 por 100 de los votantes optaron por abandonar la Unión. En consecuencia, el 29 de marzo de 2017, Reino Unido invocó el art. 50 del Tratado de la Unión, notificando

* Profesora Agregada (Contratada Doctora) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (leire.moure@ehu.es). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 25 de octubre de 2021.

así formalmente su intención de retirarse. Se abrió entonces un periodo de dos años en el que se negoció el Acuerdo de retirada¹ y Reino Unido pasó a tener la consideración de tercer país el 31 de enero de 2020. Durante el periodo transitorio, las partes alcanzaron un compromiso sobre un Acuerdo de comercio y cooperación, un Acuerdo sobre seguridad de la información y un Acuerdo relativo a cooperación sobre usos pacíficos de la energía nuclear, que entraron en vigor de manera provisional el 1 de enero de 2021.

Este proceso generó gran incertidumbre tanto en la ciudadanía y en la opinión pública como en la academia. Una revisión bibliográfica de los últimos cuatro años no deja lugar a dudas. Desde 2017 son casi 200.000 los artículos académicos que *Google scholar* devuelve en una búsqueda simple sobre el impacto del *Brexit* y sus posibles efectos e implicaciones tanto para Reino Unido como para la UE². El abultado número de contribuciones científicas parece indicar que el reconocimiento de la existencia misma de la Unión no puede ni debe darse por sentado. Lo que se ha descrito por Van Middelaar como un «momento maquiavélico» evocó con claridad la necesidad de la UE de sobrevivir como entidad política como nunca antes³.

En este sentido, en 2018 el presidente Macron afirmaba ante el Parlamento Europeo que era necesario «ante las grandes convulsiones a nivel mundial [...] una soberanía mayor que la nuestra, complementaria, una soberanía europea»⁴.

Más tarde, en 2019, Ursula von der Leyen, presidenta de la Comisión Europea, se estrenaba en el cargo afirmando ante el Parlamento su compromiso para crear y dirigir una «Comisión geopolítica» en los próximos

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, «Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica», 2019/C 384 I/01, 12 de noviembre de 2019.

² Los principales ámbitos que se abordan son: el impacto financiero y económico, por ejemplo, A. BELKE, I. DUBOVA y T. OSOWSKI, «Policy Uncertainty and International Financial Markets: The Case of Brexit», *Applied Economics*, vol. 50, núms. 34-35, 2018, pp. 3752-3770; R. KIERZENKOWSKI, N. PAIN, E. RUSTICELLI y S. ZWART, *The Economic Consequences of Brexit: A Taxing Decision*, OECD Publishing, 2016; el impacto comercial, por ejemplo, J. STEINBERG, «Brexit and the Macroeconomic Impact of Trade Policy Uncertainty», *Journal of International Economics*, vol. 117, 2019, pp. 175-195; A. GRAZIANO, K. HANDLEY y N. LIMÃO, «Brexit Uncertainty and Trade Disintegration», *NBER Working Paper*, núm. 25.334, 2018, pp. 1-49; F. DE VILLE y G. SILES-BRÜGGE, «The Impact of Brexit on EU Trade Policy», *Politics and Governance*, vol. 7, núm. 3, 2019, pp. 7-18; y el impacto político o geopolítico, por ejemplo, A. GAMBLE, «Taking back control: the political implications of Brexit», *Journal of European Public Policy*, vol. 25, núm. 8, 2018, pp. 1215-1232; A. MANGAS, «Posbrexit: una Europa confusa, entre el desánimo y la incertidumbre», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 1-12; J. L. DE CASTRO y D. BORRAJO, «El futuro de la seguridad y la defensa en la UE post-Brexit», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 60, 2019, pp. 187-217.

³ L. VAN MIDDELAAR, «Brexit as the European Union's "Machiavellian moment"», *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 2, 2018, pp. 3-28.

⁴ PARLAMENTO EUROPEO, «Emmanuel Macron defiende una "soberanía europea"», *Notas de prensa de la Sesión Plenaria de 17 de abril de 2018*, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20180411IPR01517/emmanuel-macron-defiende-una-soberania-europea>.

cinco años. El principal objetivo de la nueva Comisión debía plasmarse en una agenda orientada a fortalecer el papel de la UE como actor internacional relevante y a regenerar el orden global mediante el refuerzo del multilateralismo⁵.

Ese mismo año Josep Borrell —siendo aún ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de España— afirmaba que la UE debía «aprovechar los retos que plantean los nuevos desafíos geopolíticos» para hacer que su política exterior y de seguridad común fuera «lo más efectiva posible» y poder «ejercer su papel de actor global de una forma coherente, suficiente y solidaria». Subrayaba igualmente la necesidad de instaurar una «cultura estratégica común» para alcanzar soluciones eficaces a los problemas de los Estados miembros. La vía propuesta por el actual Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad se asentaba en «superar el mecanismo intergubernamental», «la búsqueda de una mayor integración» y «una decidida voluntad política que otorgue a la Unión una única voz» alertando de que lo contrario solo redundaría en beneficio de aquellos que «busquen la discordia, el bloqueo y la división en el viejo continente». En suma, para el Alto Representante, la UE debía «aprender rápidamente a hablar el lenguaje del poder»⁶. En este sentido, para evitar ser los perdedores en la competencia actual entre Estados Unidos y China, Borrell proponía «concebir a Europa como un actor geoestratégico de primer nivel», «burlando el destino de actor en busca de su propia identidad»⁷.

Todas estas declaraciones parecen apuntar que, a la tradicional estrategia discursiva de la UE de potencia única, civil, normativa, capaz de exportar valores y normas⁸, se une en los últimos años la voluntad de configurarse como una nueva potencia geopolítica.

Ello rompe de igual manera con la concepción, mayoritariamente aceptada en el entorno académico, de que desde el final de la Guerra Fría la UE había apostado firmemente por ocupar el corazón de un «reino posmoderno» de globalización e interdependencia liberal⁹, que había optado precisamente por ser una unidad «antigeopolítica», destinada a superar el

⁵ Las otras prioridades políticas de la Comisión se agrupan en cinco grandes títulos: «Un Pacto Verde Europeo», «Una Europa adaptada a la era digital», «Una economía que funcione para las personas», «Un nuevo impulso para la democracia europea» y «La Promoción del estilo de vida europeo». PARLAMENTO EUROPEO, *Briefing: The von der Leyen Commission's priorities for 2019-2024*, European Union, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2020\)646148](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2020)646148).

⁶ J. H. H. WEILER, «Borrell: Europa debe aprender rápidamente a hablar el lenguaje del poder», entrevista en *Agenda Pública*, 31 de octubre de 2020, <https://agendapublica.es/borrell-europa-debe-aprender-rapidamente-a-hablar-el-lenguaje-del-poder/>.

⁷ J. BORRELL, «Ejercer el poder europeo», *Embajada Abierta*, 8 de febrero de 2020, <https://www.embajadaabierta.org/post/ejercer-el-poder-europeo-por-josep-borrell>.

⁸ Vid. S. HIX, *The political system of the European Union*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005; I. MANNERS, «Normative power Europe: A contradiction in terms?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 2, 2002, pp. 235-258.

⁹ R. COOPER, *The breaking of nations: Order and chaos in the twenty-first century*, London, Atlantic Books, 2003, p. 28.

militarismo y el nacionalismo, históricamente asociados al pensamiento clásico que había caracterizado a Europa a principios del siglo XX¹⁰.

Sin embargo, a juzgar por el reciente cambio discursivo, más que una fuente de fortaleza, «su autonarrativa posmoderna» podría haber constituido, con el paso de los tiempos, «una debilidad ante las acciones e intenciones agresivas de unos vecinos decididamente modernistas»¹¹ y reflejaba hasta qué punto la seguridad ontológica de la UE había sido cuestionada¹². Un cambio retórico significativo que se aprecia en los documentos de la UE al menos desde 2015 y que indica una reevaluación crítica de su poder normativo¹³. Parecería, en suma, que la Unión está modificando un conjunto de narrativas de ordenamiento espacial y generación de identidad propia, con otro «que considera que es más capaz de explicar su naturaleza identitaria en la situación actual»¹⁴.

Así las cosas, nos proponemos a continuación dar cuenta de la evolución discursiva que ha tenido lugar desde el comienzo del proceso de salida de Reino Unido de la UE que, como veremos, está contribuyendo a modificar con cierta celeridad su identidad como actor internacional a través de lo que podríamos denominar un giro geopolítico.

2. LA POTENCIA NORMATIVA CUESTIONADA

Quizá uno de los debates que ha vuelto a retomar la centralidad —si alguna vez la perdió— con motivo de la retirada de Reino Unido es el de la construcción de la identidad de la UE como gran potencia y/o actor global y el rol que debe o puede jugar en el tablero de la política internacional. Ciertamente, las referencias a la crisis de identidad de la UE no han dejado de aflorar casi desde su creación, pero el *Brexit* ha contribuido a repensar el papel de UE en un contexto global y regional más «convulso e inseguro»¹⁵.

¹⁰ S. GUZZINI, «The framework of analysis: Geopolitics meets foreign policy identity crisis», en S. GUZZINI (ed.), *The return of geopolitics in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 62; V. DELLA SALA, «Narrating Europe: the EU's ontological security dilemma», *European Security*, vol. 27, núm. 3, 2018, p. 271.

¹¹ C. S. BROWNING, «Geostrategies, geopolitics and ontological security in the Eastern neighbourhood: The European Union and the “new Cold War”», *Political Geography*, vol. 62, 2018, p. 107.

¹² Vid. C. KINNVALL, I. MANNERS y J. MITZEN, «Introduction to 2018 special issue of European Security: “ontological (in)security in the European Union”», *European Security*, vol. 27, núm. 3, 2018, pp. 249-265.

¹³ J. PÄNKE, «Liberal Empire, Geopolitics and EU Strategy: Norms and Interests in European Foreign Policy Making», *Geopolitics*, 2018, p. 2.

¹⁴ C. S. BROWNING, *op. cit.*, np. 11, p. 114; *vid.* también A. MISKIMMON, «Strategic Narratives of EU Foreign Policy and the European Neighborhood Policy», en T. SCHUMACHER, A. MARCHETTI y T. DEMMELHUBER (eds.), *The Routledge Handbook on the European Neighbourhood Policy*, New York, Routledge, 2018, pp. 153-66.

¹⁵ M. J. MOLINA y M. A. BENEDICTO, «Autonomía estratégica en seguridad y defensa: un anhelo geopolítico que no se hace realidad en la Unión Europea», *Revista UNISCI*, núm. 55, 2021, pp. 9-36.

Como categoría analítica, la idea de potencia normativa única aplicada a la UE ha tenido un indudable predicamento en la academia al menos en los últimos veinte años. El componente central de su poder normativo es que existe como algo diferente a las formas políticas pre-existentes y que esta diferencia particular la predispone a actuar de manera normativa¹⁶. Manners y Whitman afirmaron a comienzos de siglo que la identidad internacional de la UE se construía a través de siete observaciones que incidían en su construcción y representación diferencial como actor y servían además para salvar las diferencias socioculturales no convencionales por las que se veía afectada. La Unión construyó su identidad sobre el pacifismo, sobre principios fundamentales liberales, sobre una acción lenta, consensuada y estructural en materia de resolución de problemas, sobre el trabajo en red, sobre la apertura y sobre lo no convencional¹⁷.

Consecuentemente, una potencia normativa es un actor que influye a gran escala en el pensamiento de terceros para lograr sus objetivos minimizando los medios coercitivos. Busca promover valores que son considerados deseables y es capaz de lograr la aceptación de esta ambición por parte de otros actores¹⁸. En palabras de Manners, es capaz de dar forma a las concepciones de normalidad¹⁹. Tal normalidad se asienta para la UE en el multilateralismo y el Estado de Derecho que constituyen la base moral e ideológica de su proyecto y dan forma a una gran estrategia liberal en la práctica²⁰. Al promover públicamente los valores fundamentales, definir conceptos clave y enmarcar a los actores y procesos de cierta manera, la UE ha llegado a ocupar una posición clave en áreas de actividad internacional determinadas logrando una mayor proyección de su poder. Esta lógica subraya las posibles implicaciones ideacionales a largo plazo de sus acciones. No cabe duda de que las grandes potencias aplican conscientemente todos los recursos que tienen a su alcance para influir, al menos, en su entorno regional más cercano. Ello siempre se justifica sobre la base de normas y valores nobles pero, ciertamente, en el caso de la UE «su peculiar sistema de gobernanza, sus fronteras difusas y los medios

¹⁶ I. MANNERS, «Normative power Europe: a contradiction in terms?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 2, 2002, p. 242.

¹⁷ I. MANNERS y R. WHITMAN, «The “difference engine”: constructing and representing the international identity of the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 10, núm. 3, 2003, p. 400.

¹⁸ J. ZIELONKA, «The EU as an International Actor: Unique or Ordinary?», *European Foreign Affairs Review*, vol. 16, núm. 3, 2011, p. 281.

¹⁹ Vid. I. MANNERS y R. WHITMAN, *op. cit.*; I. MANNERS, *op. cit.*, pp. 235-258; «Normative Power Europe: A Transdisciplinary Approach to European Studies», en C. RUMFORD (ed.), *Handbook of European Studies*, London, Sage, 2009, pp. 561-586; «Sociology of Knowledge and Production of Normative Power in the European Union's External Actions», *Journal of European Integration*, vol. 37, núm. 2, 2015, pp. 299-318.

²⁰ N. TOCCI, *Framing the EU Global Strategy: A Stronger Europe in a Fragile World*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2017, p. 9; *vid. también*, M. SMITH, «A liberal grand strategy in a realist world? Power, purpose and the EU's Changing Global Role», *Journal of European Public Policy*, vol. 18, núm. 2, 2011, pp. 144-163.

predominantemente civiles, han hecho que la UE practique su política de poder de manera diferente» a otras grandes potencias²¹.

No obstante, como bien señalan Bengtsson y Elgström no todos los intentos de proyección del poder normativo tienen éxito y no todos los actores que pretenden ser grandes potencias normativas son percibidos como tales por terceros. En este sentido, «un actor que intenta ser una gran potencia normativa puede tener una concepción del rol como ética y normativamente superior, pero esto no necesariamente se refleja en las expectativas del rol de los demás»²².

Así, la prioridad en la difusión de normas liberales que ocupa la centralidad discursiva de la UE a menudo se hace incompatible con la maximización de sus intereses en la práctica. Las acciones en clave realista resultan entonces incoherentes²³. Se ha señalado, por ejemplo, que la Unión se muestra como un actor «susceptible de aplicar dobles raseros y complicidad con regímenes autoritarios, especialmente en la vecindad sur»²⁴. En la práctica las diversas reformas introducidas con el paso de los años en la Política Exterior de la UE indican que el equilibrio entre la difusión de normas y los intereses no se puede alterar sustancialmente. La Unión parece en gran medida incapaz de reajustar su pensamiento estratégico. Su estrategia continúa siendo dual. En este sentido, la Estrategia Global para la política exterior y de seguridad de 2016, a la que nos referiremos más adelante, reflejaría con claridad este extremo al afirmar que «nos guiaremos por principios claros, derivados tanto de una evaluación realista del entorno estratégico como de una aspiración idealista a promover un mundo mejor [...]. Un pragmatismo basado en principios orientará nuestra acción exterior en los próximos años»²⁵. Zielonka, Pänke y Del Sarto, entre otros, han definido esta estrategia como «imperialismo normativo» que se materializa en un compromiso con presiones vinculadas a una ideología liberal que reclama validez universal y, sin embargo, sirve principalmente a los intereses económicos y de seguridad de la UE²⁶. Ello ilustra la relevancia tanto de los elementos materiales como de los elementos ideacionales en su proyección exterior.

²¹ J. ZIELONKA, *op. cit.*, p. 281.

²² R. O. ELGSTRÖM, «Conflicting Role Conceptions? The European Union in Global Politics», *Foreign Policy Analysis*, vol. 8, núm. 1, 2012, p. 94.

²³ Vid. P. SEEBERG, «The EU as a realist actor in normative clothes: EU democracy promotion in Lebanon and the European Neighbourhood Policy», *Democratization*, vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 81-99.

²⁴ R. DEL SARTO, «Normative Empire Europe: The European Union, its Borderlands, and the “Arab Spring”», *Journal for Common Market Studies*, vol. 54, núm. 2, 2016, p. 215.

²⁵ UNIÓN EUROPEA, *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*, Bruselas, Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), 2016, p. 11.

²⁶ J. ZIELONKA, «Europe's new civilizing missions: The EU's normative power discourse», *Journal of Political Ideologies*, vol. 18, núm. 1, 2013, pp. 35-55; J. PÄNKE, «Liberal Empire, Geopolitics and EU Strategy: Norms and Interests in European Foreign Policy Making», *Geopolitics*, 2018, p. 3; DEL SARTO, *op. cit.*, n. 24.

No cabe duda de que, hasta el momento, la UE se ha percibido a sí misma como una gran potencia normativa, con el interés, la capacidad y la obligación de influir en los desarrollos en los diversos escenarios. Su identidad se ha construido activamente sobre la promoción de un conjunto de valores fundamentales empleando una combinación de recursos de poder, medios estructurales, como la centralidad comercial y la asistencia económica y técnica, y el empleo de una estrategia discursiva centrada en el desarrollo y la seguridad²⁷. Sin embargo, esta proyección identitaria no siempre tiene el impacto esperado ni tan siquiera en su espacio de vecindad. Mientras que en la mayoría de los Estados de la antigua Europa del Este su percepción se ajusta a las expectativas, no ocurre lo mismo en Rusia o en Bielorrusia donde el enfoque normativo de la UE se percibe en términos hostiles y no hay indicios de que sus respectivos gobiernos internalicen las ideas impulsadas por la UE²⁸.

Por otra parte, en el escenario global la UE tiene una proyección limitada, si bien es la potencia normativa más fuerte en la gobernanza económica mundial. En este ámbito concreto su papel como creador de normas es ampliamente reconocido. La UE ha establecido en gran medida junto a Estados Unidos el marco regulatorio que hoy conocemos²⁹. Sin embargo, en aquellos ámbitos donde los principales actores internacionales no comparten las normas que se ajustan a sus preferencias e intereses prioritarios, su rol no ha sido tan exitoso. En ausencia de una visión compartida sobre, por ejemplo, las normas medioambientales, laborales o de seguridad alimentaria resulta complicado que la UE pueda profundizar en su mantenimiento y mucho menos en su promoción internacional. Resulta difícil en este contexto presentarse internacionalmente como una «potencia modelo», capaz de exportar su gobernanza a otros países de una manera modesta y novedosa sin provocar acusaciones de «imperialismo regulador»³⁰.

Es por esto último que cada vez más especialistas han subrayado de manera enérgica la necesidad de efectuar un cambio de *ethos*, de mentalidad y de visión del mundo por parte de la UE para poder actuar en la esfera internacional como un genuino actor geopolítico. Para ello, en opinión de Van Middelaar, «Europa debe salir del pensamiento universalista e intemporal en el que encuentra refugio desde 1945, tanto en el plano de los valores como en el económico»³¹. Este cambio de enfoque se debe en parte a una confluencia de acontecimientos que no están direc-

²⁷ R. BENGSSON y O. ELGSTRÖM, *op. cit.*, n. 22, p. 105.

²⁸ *Ibid.*, p. 106.

²⁹ K. PAPANIKOLAOU, «What kind of power? How the covid-19 crisis affects the orientation of the EU as a global actor», *Geopolitics & Values: what is the real power of the EU?*, Institute of European Democrats, 2020, p. 4.

³⁰ J. ZIELONKA, «Europe as a global actor: empire by example?», *International Affairs*, vol. 84, núm. 3, 2008, p. 471.

³¹ L. VAN MIDDELAAR, «El despertar geopolítico de Europa», *Le Grand Continent*, 15 de abril de 2021, <https://legrandcontinent.eu/es/2021/04/15/el-despertar-geopolitico-de-europa/>.

tamente relacionados con el *Brexit*, en particular, la transformación del orden liberal internacional, los vaivenes de la política exterior de Estados Unidos en los últimos años y la actitud cada vez más asertiva de China y Rusia en el escenario regional y global. Se insiste, en suma, en que al papel internacional de la UE como potencia comercial y como poder normativo se suma una dimensión de seguridad más fuerte con un enfoque cada vez más geopolítico³².

3. LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL RETORNO DE LA GEOPOLÍTICA

El fin de la geopolítica fue «uno de los mitos fundadores del discurso sobre la globalización [...] y sigue siendo fundamental para la ideología neoliberal imperante»³³. Sin embargo, el inicio de la segunda década de este siglo puso en el centro del debate académico el denominado «retorno de la geopolítica» y el cambio que como resultado de ello estaba ya operando en las relaciones internacionales³⁴.

Por definición, la geopolítica pone su foco de interés en las sociedades humanas y en los contextos en los que se insertan y través de los cuales operan. Las variables determinantes son la estructura y la infraestructura básicas de la interacción humana, bien sean estas artificiales (fronteras, transportes, redes tecnológicas...) o naturales (distancia, clima, disponibilidad de recursos) y, por tanto, en primer término, la formulación e implementación de políticas no pueden ser ajena a estas³⁵.

Van Middelaar señala que la geopolítica se asienta ante todo en tres ideas: poder, territorio y relato. Los actores internacionales que actúan en términos geopolíticos «más que recurrir a las normas o al mercado, acuden al poder para lograr sus objetivos. ¿Bajo qué formas, haciendo uso de qué medios, de qué manera se expresa el poder? Todo depende de la situación». Teniendo en cuenta que el poder se distribuye en términos relativos, «un actor aumenta el suyo cuanto más debilita a sus adversarios o socava una alianza rival»³⁶.

³² Vid. S. GSTÖHL, «The EU After Brexit: A Weaker or Stronger International Actor?», *European Foreign Affairs Review*, vol. 25, núm. 4, 2020, pp. 503-522.

³³ A. CALLINICOS, «Britain and Europe on the geopolitical roller-coaster», *Competition & Change*, vol. 21, núm. 3, 2017, p. 187.

³⁴ Sobre esta cuestión, vid. R. W. MEAD, «The Return of Geopolitics», *Foreign Affairs*, vol. 93, núm. 3, 2014, pp. 69-79; S. GUZZINI, *The Return of Geopolitics in Europe? Social Mechanisms and Foreign Policy Identity Crises*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; F. S. LARRABEE, «Russia, Ukraine, and Central Europe: the return of geopolitics», *Journal of International Affairs*, vol. 63, núm. 2, 2010, pp. 33-52; M. EKENGREN, «A return to geopolitics? The future of the security community in the Baltic Sea Region», *Global Affairs*, vol. 4, 2018, pp. 503-519.

³⁵ J. BLACK, *Geopolitics and the Quest for Dominance*, Bloomington, Indiana University Press, 2016.

³⁶ L. VAN MIDDELAAR, «El despertar geopolítico...», *op. cit.*, n. 31.

El segundo concepto clave para Van Middelaar es el territorio y «requiere una imagen de uno mismo en el espacio, la voluntad de delimitarlo y de tantear estratégicamente el terreno frente a los demás actores»³⁷. En este sentido la salida de Reino Unido ha supuesto para la UE además de un menoscabo territorial, la pérdida de su segunda economía, la desaparición de una de sus potencias nucleares con asiento permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y de un proveedor de seguridad global dentro de la Alianza Atlántica³⁸. Resultaría absurdo pensar que sus efectos sobre la UE en términos geopolíticos (y también identitarios) son despreciables o marginales.

La tercera idea relacionada con la geopolítica es el relato.

«El prefijo “geo” enfrenta a la política del poder con el espacio delimitado, pero este tampoco se puede concebir sin conocer el sentimiento de solidaridad de los habitantes dentro de estas lindes. Tanto si se trata de un destino tenue de experiencias e intereses compartidos o de una verdadera comunidad unida en torno a valores, normas y costumbres, los actores geopolíticos son más fuertes cuando hablan en nombre de un colectivo. Por tanto, tienen interés en mantener, moldear y difundir una memoria común, una historia que conlleve un “nosotros” [...]. Todo actor geopolítico serio actúa a partir de una voluntad, muestra una conciencia del espacio y cuenta una historia que vincula el pasado, el presente y el futuro de la comunidad en cuestión [...]. En geopolítica, el discurso más sofisticado adopta la forma de “gran estrategia”, que articula los fines y los medios de un Estado»³⁹.

Sin embargo, como señalan Molina y Benedicto, hasta ahora «la falta de una cultura estratégica común [...] impide una clara identificación de prioridades políticas y de seguridad». En este sentido, la Unión debería «modificar sus planteamientos para enfrentarse a las coordinadas geopolíticas y estratégicas contemporáneas, y quizá al cambio de paradigma en la gobernanza mundial»⁴⁰.

Habría que señalar que este cambio ya había comenzado a operar al menos desde 2008. El «Informe sobre la aplicación de la estrategia de seguridad europea» del Consejo reconoció que, durante los últimos cinco años, las amenazas a las que se enfrenta la UE se habían vuelto cada vez más complejas y que, consecuentemente, «debíamos estar preparados para dar forma a los acontecimientos». Para ello se planteaba la necesidad de adoptar «un pensamiento cada vez más estratégico, a la vez que una mayor eficacia y perceptibilidad de nuestra actuación»⁴¹. Cierta-

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. NAUMESCU, «The Post-Brexit EU as a Global Actor: Reconsidering Security», *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 20, núm. 1, 2020, pp. 21-36.

³⁹ L. VAN MIDDELAAR, «El despertar geopolítico...», *op. cit.*, n. 31.

⁴⁰ J. M. MOLINA y M. A. BENEDICTO, «Autonomía estratégica en seguridad y defensa: un anhelo geopolítico que no se hace realidad en la Unión Europea», *Revista UNISCI*, núm. 55, 2021, p. 9.

⁴¹ CONSEJO EUROPEO, «Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad: Ofrecer seguridad en un mundo en evolución», Bruselas, S 407/08, 11 de diciembre de 2008, https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/ES/reports/104637.pdf.

mente, la academia no había ayudado demasiado a este propósito. Centrada sobre todo en aspectos internos de la integración y en los casos de expansión exitosa de la «europeización» en su vecindario más inmediato no había prestado suficiente interés en los «fracasos» que estaban conduciendo a la desestabilización en el Mediterráneo y en su frontera Este y a la salida de Reino Unido de la UE después⁴². Schimmelfennig admite que, al menos implícitamente, la teoría y el análisis de la integración europea en el periodo posterior a la Guerra Fría partían del principio axiomático de que el entorno internacional proporciona un contexto externo benigno y estable para la UE. Los principales desafíos que motivaron la mayor parte de la literatura y el debate académico, como los déficits democráticos, las disparidades económicas, la politización masiva, el euroescepticismo y el populismo, eran internos. El entorno internacional de la UE «se presentó principalmente como un campo de europeización y difusión de políticas hacia el exterior, no como una fuente de cambio para la integración europea en sí»⁴³.

Así las cosas, en 2016 todo parecía indicar que la Unión se enfrenta a un importante desafío. Desarrollar una visión estratégica de corte geopolítico, al margen de Reino Unido, para un mundo multipolar emergente «potencialmente tumultuoso». Una estrategia geopolítica «en un mundo en transición de un orden liberal dominado por Estados Unidos desde 1945, hacia un nuevo orden del siglo XXI donde las potencias emergentes jugarán un papel central»⁴⁴. Para desarrollar una visión geopolítica en este nuevo contexto, la UE necesita, sin duda, recursos, aliados y estrategia, pero también avanzar hacia un cambio en su discurso/relato/narrativa que encaje con sus pretensiones de ser una potencia global.

Quizá una de las consecuencias más claras en términos de esta redefinición estratégica tuvo lugar poco después del referéndum del *Brexit* de 2016. Aunque, como hemos señalado, en términos estrictamente de poder la retirada británica redujo los recursos generales de la UE, no es menos cierto que este escenario abrió nuevas oportunidades para que los socios comunitarios restantes adquirieran capacidades adicionales y concibieran un rol novedoso para la Unión⁴⁵.

En este contexto, la UE anunció su Estrategia Global para la Política Exterior y de la Seguridad (EUGS) en 2016, el Plan de Implementación para Seguridad y Defensa y el Plan de Acción de Defensa

⁴² *Vid.*, por ejemplo, T. BÖRZEL y J. LANGBEIN, «Introduction: Explaining Policy Change in the EU's Eastern Neighborhood», *Europe-Asia Studies*, vol. 65, núm. 4, 2013, pp. 571-580; F. SCHIMMELFENNIG y U. SEDELMEIER (eds.), *The Europeanization of Central and Eastern Europe*, Ithaca, Cornell University Press, 2005; F. SCHIMMELFENNIG, «Liberal intergovernmentalism and the euro area crisis», *Journal of European Public Policy*, vol. 22, núm. 2, 2015, pp. 177-195.

⁴³ F. SCHIMMELFENNIG, «Rebordering Europe: external boundaries and integration in the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 28, núm. 3, 2021, p. 311.

⁴⁴ J. HOWORTH (2010), «The EU as a Global Actor: Grand Strategy for a Global Grand Bargain?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 48, 2020, p. 474.

⁴⁵ S. GSTÖHL, «The EU after...», *op. cit.*, n. 32, p. 503.

Europeo, mientras que Francia y Alemania lanzaron la iniciativa de Cooperación Estructurada Permanente (CEP) en el campo de la defensa, adoptada formalmente en 2017⁴⁶. También en 2017 se acordó la revisión anual coordinada de la defensa (CARD) y se propusieron el Fondo Europeo de Defensa (FED) y el Plan Europeo de Inversiones Industriales de Defensa (EDIDP). Más tarde, en 2019, Ursula von der Leyen afirmaba ante el Parlamento su compromiso para dirigir una «Comisión geopolítica» en los próximos cinco años⁴⁷, mientras que el Alto Representante, Josep Borrell, se mostraba asertivo en relación con la necesidad de dar un giro hacia la *realpolitik* y defendía abiertamente la imperiosa necesidad de articular una verdadera autonomía estratégica para la UE⁴⁸. Esta actividad sin precedentes, unido al sensible cambio discursivo, en ningún caso puede explicarse sin la salida de Reino Unido de la Unión. El *Brexit* es la variable causal con más impacto en estos acontecimientos.

Por tanto, desde 2016, la UE ha adoptado decisiones que, tomadas en conjunto, «equivalen a un cuidadoso reposicionamiento en la política internacional». La Unión parece haber apostado por diseñar una gran estrategia: «Una idea del lugar cambiante de la Unión en las relaciones de grandes potencias que determinan la política internacional»⁴⁹. El cambio en el relato ha comenzado a operar, aunque, como veremos, esta nueva visión no es aún compartida por igual por todos los Estados miembros ni percibida de igual modo por todas las instituciones comunitarias.

4. LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO RELATO TRAS EL *BREXIT*: DANDO FORMA AL GIRO GEOPOLÍTICO

Como señala Van Middelaar «relato y poder están inextricablemente unidos» en el mundo de la geopolítica. Los relatos tienen un poder creativo y performativo propio y pueden convertirse en realidad. Para el autor «la geopolítica comienza a partir del momento en que un cuerpo político siente y decide perseguir sus objetivos (poder), delimitar su espacio (territorio) y hace resonar lo que nos convierte en comunidad (relato)»⁵⁰. Como ya se ha mencionado, el relato de la UE comenzó a cambiar de forma plausible a la vez que los planes de salida de Reino Unido de la UE avanzaban.

⁴⁶ V. NAUMESCU, «The post Brexit...», *op. cit.*, n. 38, pp. 21-36.

⁴⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Briefing: The von der Leyen Commission's priorities for 2019-2024*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2020\)646148](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2020)646148).

⁴⁸ J. BORRELL, «Por qué es importante la autonomía estratégica europea», *European Union External Action Service*, EE10 2011-2021, 3 de diciembre de 2020, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/90260/por-qu%C3%A9-es-importante-la-autonom%C3%ADa-estrat%C3%A9gica-europea_es.

⁴⁹ S. BISCOP, «No peace from corona: defining EU strategy for the 2020s», *Journal of European Integration*, vol. 42, núm. 8, 2020, p. 1023.

⁵⁰ L. VAN MIDDELAAR, «El despertar geopolítico...», *op. cit.*, n. 31.

Así las cosas, podríamos afirmar que los tres pilares fundamentales —aunque quizá no los únicos— sobre los que se asienta el cambio de narrativa que opera desde 2016 han sido la formulación de la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE (EUGS), la idea de soberanía europea y el concepto de autonomía estratégica.

4.1. Una estrategia global para la Unión Europea

La EUGS de 2016 señala ya en su prólogo, firmado por Federica Mogherini, que si bien «la Unión Europea siempre ha estado, y seguirá estando, orgullosa de su poder no coactivo, porque en ese terreno somos los mejores [...] la idea de que Europa es exclusivamente un “poder civil” no hace justicia a una realidad en plena evolución». Se lamentaba la Alta Representante de que «los objetivos, e incluso la propia existencia de nuestra Unión» estaban en entredicho⁵¹. En este sentido, a partir de 2016 las pretensiones de la UE comienzan a estar más claramente dirigidas a ordenar y organizar el espacio más allá de sus fronteras. Se observa una nueva narrativa securitaria y un abandono al menos parcial del relato cosmopolita previo. En esta nueva preocupación por llevar a cabo una transformación geopolítica, subyace también la necesidad de preservar y proteger el sentido de seguridad ontológica de la Unión, lo que, por otra parte, se convierte en un auténtico desafío⁵². Aunque la UE sigue siendo un actor único, los cambios prescritos en la EUGS habían iniciado la transición hacia la configuración de su identidad como actor internacional normal⁵³.

Sin embargo, como bien señala Sanahuja «más que un documento de *policy*, referido a medios y metas, la EUGS puede interpretarse, como un ejercicio de poder discursivo —o “poder productivo”—, [...] en el que la UE trata de redefinir su identidad y legitimidad, y generar agencia mediante una suerte de narrativa identitaria y de autolegitimación en la que se da a sí misma un papel clave respecto a los Estados miembros y la ciudadanía en tiempos de crisis existencial, de fuertes tendencias centrífugas, y de constricciones derivadas de su propia construcción institucional»⁵⁴.

Así, se «hace frente al tradicional dilema de política exterior entre intereses y valores asumiendo que ambos pueden conciliarse» aunque hay un «visible giro hacia el pragmatismo, que supone una evaluación más cautelosa y circunspecta de la capacidad “transformadora” de la ac-

⁵¹ UNIÓN EUROPEA, *Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*, 2016, p. 3, https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_es_.pdf.

⁵² C. S. BROWNING, *op. cit.*, n. 11, p. 106.

⁵³ *Vid.* F. TERESZKIEWICZ, «The European Union as a normal international actor: an analysis of the EU Global Strategy», *International Polity*, vol. 57, 2020, pp. 95-111.

⁵⁴ J. A. SANAHUJA, «La estrategia global y de seguridad de la Unión Europea: narrativas securitarias, legitimidad e identidad de un actor en crisis», *Working Papers ICEI*, núm. 1, 2018, p. 11.

ción exterior de la UE [...]. La Unión estaría ahora “más condicionada por imperativos geopolíticos, y con más influencia de actores cuya visión se define en términos de la clásica *realpolitik*”. Por ello, “se debilita notablemente el discurso universalista y transformativo de promoción de los derechos humanos y la democracia, muy marcado en la política de vecindad” y supone, además, “un silencioso abandono de la visión cosmopolita de la anterior estrategia”⁵⁵.

A pesar del carácter etéreo del documento, este tiene la virtualidad de dar cabida al desarrollo posterior de la idea de soberanía europea y facilitar el impulso del principio de autonomía estratégica de la Unión.

4.2. La idea de soberanía europea

El 26 de septiembre de 2017 el presidente francés Emmanuel Macron presentó su *Iniciativa para Europa: una Europa soberana, unida, democrática* en la Universidad de la Sorbona. Macron optaba decididamente por liderar el cambio de narrativa ante la inminente salida de Reino Unido de la Unión y también por visibilizarse y visibilizar a Francia como el genuino motor de su refundación dialéctica, no sin buscar simultáneamente la complicidad de Alemania. En su discurso se refirió por primera vez a la necesidad de llevar a cabo una «refundación» de la UE y definió la soberanía europea —aún por construir— como «nuestra capacidad de existir en el mundo tal como existe actualmente, para defender nuestros valores e intereses»⁵⁶. A partir de 2017, la soberanía europea se convirtió en un concepto de referencia en los documentos de política exterior del gobierno francés.

Habría que señalar aquí que la soberanía europea de Macron debe entenderse ante todo un acto discursivo y, por tanto, su aceptación y legitimidad interna y externa se deriva de la conformidad por parte de la audiencia receptora del mensaje⁵⁷. De hecho, como bien señala Araceli Mangas los «Tratados en su articulado solo hablan de identidades nacionales, si bien su preámbulo principal siembra la idea de reforzar la identidad y la independencia europeas mediante la acción exterior»⁵⁸. Además, «el proyecto europeo, desde el 48 en La Haya y tras la Declaración Schuman, es crear una federación europea, no un super Estado, sino una situación intermedia, una federación donde siguen existiendo

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ E. MACRON, *Iniciativa para Europa: una Europa soberana, unida, democrática*, 2017, <https://es.ambafrance.org/Iniciativa-para-Europa-discurso-del-Presidente-de-la-Republica>.

⁵⁷ Puede verse un desarrollo de esta idea en N. WALKER, «Late Sovereignty in the European Union», en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003; M. AVBELJ, *The European Union under Transnational Law*, Oxford, Hart, 2018.

⁵⁸ A. MANGAS, «Contar con la gente para el futuro de la soberanía europea», *ICEI Paper*, núm. 24, 2021, p. 3.

los Estados y estos ceden competencias en los temas en que puede ser más útil que se ejerzan de manera común»⁵⁹.

Consecuentemente, solo es posible aplicar el concepto de soberanía europea a la Unión si la concebimos como una forma jurídica y política pluralista postradicional que es más que la suma de sus partes constitutivas. En este sentido, sus instituciones supranacionales complementan a los Estados salvaguardando un «modo de vida europeo»⁶⁰. Sin duda, a medida que el equilibrio geoestratégico sigue favoreciendo a las nuevas potencias, la antigua alianza transatlántica se debilita, los británicos abandonan la Unión y los regímenes democráticos europeos se deterioran, algunos Estados miembros parecen experimentar una necesidad cada vez mayor de poner en marcha este proyecto. En este sentido cabría pensar que la única vía para reforzar la soberanía europea desde el punto de vista funcional pasaría por incrementar las competencias de la UE. Para ello, los socios comunitarios tendrían que asimilar que la soberanía funcional de la Unión no se enmarca en una relación de suma cero respecto a la soberanía territorial de los Estados⁶¹.

En este sentido, sin duda inicialmente y también hoy en día, el encaje del eje franco-alemán era imprescindible para avanzar en este terreno una vez que Reino Unido ya estaba *de facto* fuera de la Unión. Una «refundación» que permitiera profundizar en la soberanía europea requería una implicación sólida de Alemania, principalmente a través de la revisión del tratado del Elíseo. Si el eje franco-alemán no funcionaba la refundación sería imposible. Sin duda este extremo estuvo bien presente cuando Macron formuló las seis claves o líneas de avance para el logro de la soberanía europea fijando como horizonte temporal el año 2024.

Según el francés, en primer lugar, Europa debía progresar en materia de seguridad dotándose de una fuerza común de intervención, un presupuesto de defensa común y una doctrina de actuación colectiva. Macron insistió en la necesidad urgente de crear un Fondo Europeo de Defensa, favorecer la cooperación estructurada permanente, complementando ambas medidas con una iniciativa europea de intervención que permitiera integrar mejor las fuerzas armadas. Proponía igualmente armonizar las capacidades de información de los Estados en la lucha contra el terrorismo a través de una Academia Europea de la Información y crear una fuerza común de protección civil. En segundo lugar, la UE debía responder al reto migratorio creando un espacio común de fronteras y armonizando los procedimientos de asilo para «recibir

⁵⁹ F. ALDECOA, «La Conferencia sobre el Futuro de Europa tiene la responsabilidad de hacer posible el cambio político que ha empezado en la UE», *«De cara al mundo» de Onda Madrid*, 18 de octubre de 2021.

⁶⁰ M. AVBELJ, «A Sovereign Europe as a Future of Sovereignty», *European Papers*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 299-300.

⁶¹ *Ibid.*, p. 300.

dignamente a los refugiados, integrarlos realmente y devolver con rapidez los que no puedan beneficiarse del derecho de asilo»⁶². Planteaba implantar de manera progresiva una policía de fronteras europea y financiar un programa de formación e integración de amplio alcance para los refugiados. En tercer lugar, la Unión debería mirar hacia África y el Mediterráneo desarrollando una nueva cooperación basada en la educación, la salud y la transición energética. En cuarto lugar, se debería implementar un modelo de desarrollo sostenible, liderando una transición ecológica eficaz y equitativa, garantizando su soberanía alimentaria y reformando la política agrícola común. En quinto lugar, la Unión debería centrarse en la innovación y la regulación adaptadas al mundo digital dotándose para ello una Agencia de la Innovación para financiar campos de investigación nuevos, como la inteligencia artificial. Igualmente debería garantizar la equidad y la confianza en la transformación digital, reestructurando sus sistemas fiscales y regulando las grandes plataformas. Finalmente, se debería progresar desde el punto de vista económico y monetario, convirtiendo la zona euro en el corazón de la potencia económica de Europa en el mundo, dotándose de instrumentos que la conviertan en una zona de crecimiento y de estabilidad y, en particular, de un presupuesto que permitiera financiar inversiones comunes y garantizar la estabilización frente a los choques económicos.

Esta narrativa —el relato inicial de Macron—, llegó con bastante celeridad a la Comisión Europea pese a las reticencias alemanas. El discurso sobre el estado de la Unión de 2018 llevó por título «la hora de la soberanía europea» y Jean-Claude Juncker afirmó que «la geopolítica nos enseña que ha llegado el momento de la soberanía europea, de que Europa tome las riendas de su destino [...]. Esta creencia de que unidos somos más fuertes es la esencia misma de lo que significa ser parte de la UE [...]. Compartir la soberanía donde necesitamos hace que cada uno de nuestros Estados nacionales sea más fuerte»⁶³.

Ciertamente, desde 2017 las referencias a la soberanía europea han estado presentes en diversos documentos de las instituciones comunitarias desempeñando una función estratégica además de discursiva.

En marzo de 2019 la Comisión afirmaba que garantizar la «soberanía europea» debía ser un objetivo fundamental, respetando plenamente los valores europeos de apertura y tolerancia⁶⁴ y subrayaba que el programa espacial Galileo mantenía a Europa en la carrera espacial y mostraba el verdadero valor de la «soberanía europea», señalando que ningún Estado miembro por sí solo hubiera podido poner en órbita 26 satélites de los

⁶² E. MACRON, *op. cit.*, n. 56.

⁶³ J. C. JUNCKER, *State of the Union 2018: The Hour of European Sovereignty*, European Unión, Strasbourg, 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu2018-speech_en_0.pdf.

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación (UE) 2019/534 de la Comisión, de 26 de marzo de 2019, Ciberseguridad de las redes 5G, C/2019/2335, DO L 88, de 29 de marzo de 2019, pp. 42-47.*

que se benefician más de 700 millones de usuarios actuales en todo el mundo⁶⁵.

Por su parte, en su Resolución de 15 de mayo de 2020, *sobre el nuevo marco financiero plurianual, los recursos propios y el plan de recuperación*, el Parlamento Europeo pidió que se diera prioridad a las inversiones en el Pacto Verde y la agenda digital para lograr mediante una estrategia industrial coherente la «soberanía europea» en sectores estratégicos⁶⁶. En noviembre el Parlamento celebraba el objetivo de alcanzar la «soberanía europea» en sectores estratégicos gracias a una base industrial sostenible⁶⁷.

La Comisión reconocía también en 2020 que la «soberanía económica» de Europa estaba en juego debido a que las potencias mundiales estaban combinando intereses geopolíticos y económicos para aumentar su influencia en el mundo (proteccionismo, control de las exportaciones y papel internacional de las monedas). Por otra parte, la covid-19 constituía una fuente de tensión para los activos industriales y empresariales de la Unión que debía proteger su «soberanía económica» a través de una estrategia integrada. La Comisión ponía énfasis en la rápida escalada de la confrontación tecnológica entre Estados Unidos y China y el modo en que estaba perturbando las cadenas mundiales digitales de suministro. Anticipaba que esta rivalidad tendría un impacto directo en el mercado único y acentuaría la necesidad de que la UE siguiera adelante con su agenda de «soberanía tecnológica», reforzando sus capacidades digitales clave⁶⁸.

Otro de los asuntos relacionados con la idea de «soberanía europea» afecta a los recursos energéticos de la Unión. El Comité Económico y Social se interrogaba en 2020 sobre el tipo de asociaciones energéticas que convendría desarrollar en el futuro para implantar electrolizadores con vistas a la producción de hidrógeno renovable en los países vecinos de la UE en un momento en el que los líderes de los Estados miembros reclamaban una «mayor soberanía europea» solicitando a la Comisión el desarrollo de un enfoque coherente, con especial atención al impulso de las energías renovables y las capacidades de almacenamiento asociadas⁶⁹.

En el terreno de las ciberamenazas se señalaba que era necesario reforzar la «soberanía europea» de los datos y el mantenimiento de la con-

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Europa en mayo de 2019: preparación para una Unión más unida, más fuerte y más democrática en un mundo sumido en una incertidumbre creciente* Bruselas, 30 de abril de 2019, COM (2019) 218 final.

⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de mayo de 2020, sobre el nuevo marco financiero plurianual, los recursos propios y el plan de recuperación* [2020/2631(RSP)], DO C 323, de 11 de agosto de 2021, pp. 14-17.

⁶⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Cómo financiar el Pacto Verde* [2020/2058(INI)], DO C 415, de 13 de octubre de 2021, pp. 22-35.

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: informe sobre prospectiva estratégica de 2020 prospectiva estratégica: trazar el rumbo hacia una Europa más resiliente*, COM (2020) 493 final.

⁶⁹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Estrategia del hidrógeno*, EESC-2020-03535-AS.

fidencialidad dentro de la Unión por medio de la resiliencia cibernética y digital⁷⁰. El Comité ponía el acento en que el entorno de seguridad de la UE depende de la paz y la estabilidad en su vecindad cada vez más volátil e impredecible. Preocupaba especialmente la propaganda hostil de Rusia, además del aumento de las amenazas procedentes de grupos terroristas radicales, que impedían a la Unión ejercer «su soberanía y su autonomía estratégica» y la desinformación y otras formas de injerencia de fuerzas exteriores que planteaban graves riesgos para la «soberanía europea» y una grave amenaza para la estabilidad y la seguridad de la Unión⁷¹.

En suma, el relato de una soberanía europea en clave estratégica y geopolítica se ha conformado, sin duda, como una pieza clave que estaría operando como uno de los motores de cambio en la identidad de la UE de cara a los próximos años. Otro es indiscutiblemente el concepto de autonomía estratégica.

4.3. La autonomía estratégica

Como bien señala Aldecoa, la dimensión exterior de la UE va a tener un gran impulso como consecuencia de la elaboración y aplicación de la EUGS, «cuya aportación principal fue la enunciación del principio de autonomía estratégica [...] que no define, pero cuyo significado se intuye». El documento «traslada la obligación jurídica de alianza defensiva establecida en el art. 42.7 TUE a un compromiso político», cuando señala que «la Unión fomentará la paz y garantizará la seguridad de sus ciudadanos y sus territorios». Con ello «se concreta el compromiso jurídico del Tratado en un objetivo estratégico de primer orden, que lleva consigo el cambio cualitativo del alcance de la política de defensa»⁷². La Unión podrá destinar sus esfuerzos a la protección de sus ciudadanos y su territorio y no solo a operaciones de gestión de crisis en el exterior.

La idea de lograr una mayor autonomía estratégica figuraba sobre el papel antes de 2016, pero no habían podido desarrollarse en la práctica.

⁷⁰ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. La Estrategia de Ciberseguridad de la UE para la Década Digital* [JOIN (2020) 18 final] EESC 2020/05923, DO C 286, de 16 de julio de 2021, pp. 76-81.

⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre la aplicación de la política exterior y de seguridad común - Informe anual* [2019/2136(INI)], DO C 270, de 7 de julio de 2021, pp. 41-53. Habría que recordar que ya en 2019 el Parlamento había considerado que la injerencia electoral extranjera constituía un reto importante pues plantea graves riesgos para las sociedades y las instituciones democráticas europeas y, consecuentemente, para la «soberanía europea». Vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de octubre de 2019, sobre la injerencia electoral extranjera y la desinformación en los procesos democráticos nacionales y europeos* [2019/2810(RSP)], DO C 202, de 28 de mayo de 2021, pp. 25-30.

⁷² F. ALDECOA, «La Unión Europea como actor indispensable en la lucha contra la covid-19 y su refuerzo en la política mundial», en D. LÓPEZ GARRIDO (ed.), *El estado de la Unión Europea: la Unión frente a la tormenta perfecta*, Madrid, Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung, 2020, p. 113.

Como bien señalan De Castro y Borrajo «la UE ha tomado numerosas e innovadoras iniciativas en materia de seguridad y defensa que, aunque eran contempladas en el Tratado de Lisboa, no habían podido materializarse precisamente por la oposición británica». Así, los autores anticipan que «estamos en los albores del surgimiento de una Unión de la Seguridad y la Defensa que implica el salto a la integración en un ámbito de especial relevancia»⁷³. Sin duda este es un indicador sustancial e indicativo del giro geopolítico iniciado por la UE tras el *Brexit*.

Sin embargo, Borrell explica que las causas profundas que hacen pertinente la profundización en la autonomía estratégica se ubican en un mundo que «ha cambiado» y que hace «difícil pretender ser una “unión política”, capaz de actuar como “actor global” y como “Comisión geopolítica”, sin ser “autónoma”»⁷⁴. El Alto Representante sentencia que «la autonomía estratégica es un proceso de supervivencia política»⁷⁵.

Pero ¿qué se entiende exactamente por autonomía estratégica? La definición oficial se encuentra en distintos documentos del Consejo Europeo desde 2016 y se refiere a la «capacidad para actuar de manera autónoma cuando y donde sea necesario y, en la medida de lo posible, con los países asociados»⁷⁶. O expresado de otra manera, la capacidad de la Unión, coordinadamente con los Estados miembros, para decidir sus prioridades en materia de política exterior, seguridad y defensa como paso previo a la puesta en marcha de acciones concretas en este terreno. La autonomía no implica independencia y, por tanto, no es incompatible con la adhesión a otras alianzas militares. Enlazando con el anterior epígrafe, construir una «soberanía europea» en el campo de la seguridad y la defensa implica que la UE debe asumir mayores responsabilidades en la gestión de su propia seguridad y la de sus vecinos, sin descuidar las relaciones transatlánticas.

Ciertamente, no se puede especular sobre el futuro geopolítico de la Unión sin abordar el componente militar⁷⁷. Una aspiración geopolítica real «requiere una capacidad estratégica para establecer prioridades, sustentada en una voluntad de manifestarse y actuar como Europa, no sin reclamar un espacio determinado»⁷⁸. Según Van Middelaar el destino de la Unión será el de una potencia euroasiática y, en lugar de la parte oriental del orden atlántico, Europa cubrirá en el futuro los bordes oc-

⁷³ J. L. DE CASTRO y D. BORRAJO, *op. cit.*, n. 2, p. 187.

⁷⁴ J. BORRELL, «Por qué es importante la autonomía estratégica europea», *EE10 2011-2021. European Union External Action Service*, 3 de diciembre de 2020, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/90260/por-qu%C3%A9-es-importante-la-autonom%C3%ADa-estrat%C3%A9gica-europea_es.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Council conclusions on implementing the EU global strategy in the area of security and defence*, Foreign Affairs Council, 14 de noviembre de 2016, p. 2, <https://www.consilium.europa.eu/media/22459/eugs-conclusions-st14149en16.pdf>.

⁷⁷ S. B. COHEN, *Geopolitics, The Geography of International Relations*, 3.^a ed., London, Rowman & Littlefield, 2015, p. 215.

⁷⁸ L. VAN MIDDELAAR, «El despertar geopolítico...», *op. cit.*, n. 31.

cidentales de Eurasia, la mayor superficie terrestre del planeta, en cuyo extremo se encuentra China. En este caso, el relato está dirigido a poner de relieve que, en el contexto de pugna por el liderazgo mundial entre Estados Unidos y China, la UE debería actuar como fuerza estabilizadora entre las dos superpotencias⁷⁹.

Habría que señalar en este punto que Estados Unidos, hasta el momento, a duras penas ha reconocido la importancia geopolítica de la Unión en términos estrictamente de seguridad y, consecuentemente, se ha resistido a tratarla como a una igual entre otras cosas porque las administraciones estadounidenses tampoco han asumido los límites de sus capacidades⁸⁰. Sin embargo, ya antes del *Brexit*, en 2014, la UE logró una mayor paridad geopolítica con Estados Unidos cuando se resistió a aplicar sanciones más severas a Rusia en respuesta a su anexión de Crimea y su supuesta interferencia en Ucrania que podrían haber desencadenado una nueva guerra fría económica en la que Europa habría tenido que soportar la mayor carga. El hecho de que la UE haya resistido las presiones estadounidenses, especialmente durante la Administración Trump, indica el comienzo de un cambio en su estatus «de socio menor a socio pleno»⁸¹. En este caso los hechos han antecedido al relato por una cuestión de estricta necesidad.

Por otra parte, como ya se ha mencionado, la salida de Reino Unido aumenta las posibilidades de que la Unión defina autónomamente sus posiciones sobre temas globales y que estas colisionen con las de Estados Unidos en la medida en que los estadounidenses habían gestionado una relación multilateral cada vez más compleja con la ayuda de una relación bilateral «especial» con Reino Unido⁸². Sin embargo, una vez fuera de la Unión, los marcos institucionales en los que los británicos pueden contribuir a la seguridad y la defensa se han reducido. La UE, sin su influencia, ha demostrado que está convencida de actuar de forma autónoma y, en este sentido, el *Brexit* podría aumentar el potencial de estancamiento o distanciamiento entre los dos lados del Atlántico⁸³. Reino Unido por su parte tendrá que colaborar con la UE, aunque la coordinación se tornará más flexible, menos estructurada y, por tanto, menos predecible⁸⁴.

No cabe duda de que la Unión busca ser menos dependiente de la OTAN en situaciones que no requieran una participación masiva y puedan ser controladas por una fuerza móvil plenamente europea⁸⁵. Quizá la piedra angular del desencuentro en el marco de las relaciones trans-

⁷⁹ S. BISCOP, *op. cit.*, n. 49, p. 1022.

⁸⁰ S. B. COHEN, *op. cit.*, n. 77, p. 216.

⁸¹ *Ibid.*, p. 180.

⁸² W. REES, «America, Brexit and the Security of Europe», *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 19, núm. 3, 2017, p. 11.

⁸³ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁴ T. HENÖKL, «How Brexit affects EU external action: The UK's legacy in European international cooperation», *Futures*, vol. 97, 2018, p. 66.

⁸⁵ S. B. COHEN, *op. cit.*, n. 77, p. 216.

atlánticas se encuentra en la propia geopolítica. La mayoría de los miembros europeos de la OTAN carecen tanto de las capacidades materiales como de la motivación para asumir cualquier compromiso estratégico en Asia-Pacífico. A excepción precisamente de Reino Unido, los europeos no están en absoluto entusiasmados con una agenda globalista de mayor alcance para la OTAN promovida por Washington, especialmente Francia y Alemania. La UE no está dispuesta a sacrificar sus relaciones con Rusia o China a expensas de los intereses estadounidenses. Especialmente, los Estados de Europa Central y Oriental consideran que la misión principal de la alianza es la de proteger a Europa de la «amenaza rusa»⁸⁶.

Además, la UE parece no haberse tomando en serio hasta recientemente su propia defensa y ello ha influido en la percepción de Estados Unidos sobre la incapacidad de la Unión en materia de seguridad. En este sentido Borrell señala lo siguiente:

«En conflictos como los de Nagorno Karabaj, Libia y Siria estamos asistiendo a una exclusión de Europa en la resolución de conflictos, en beneficio de Rusia y Turquía. Además, hoy en día Europa se enfrenta en su periferia a una serie de conflictos o tensiones en el Sahel, Libia y el Mediterráneo oriental. En estos tres casos, Europa debe actuar aún más, y por sí sola, porque estos problemas no afectan principalmente a Estados Unidos. [...] Aunque la FED y la CEP ilustran muy bien esta autonomía estratégica pragmática [...] el trabajo sobre la autonomía estratégica comienza en primer lugar por nosotros, en Europa. Si queremos seguir siendo una referencia para el mundo, si queremos desarrollar nuestra base industrial, hemos de desarrollar necesariamente una industria europea de defensa como un componente de la base industrial europea. También tenemos que trabajar para reducir nuestras importantes brechas operativas»⁸⁷.

Pero la narrativa de la autonomía estratégica no se limita a la seguridad y la defensa. El relato se extiende también a cuestiones como el comercio, las finanzas y las inversiones. La pandemia de la covid-19, ha mostrado que las amenazas sanitarias podrían convertirse en piezas clave de la geopolítica. El abastecimiento de productos estratégicos de primera necesidad (mascarillas, reactivo, vacunas) son producidos por un número muy reducido de rivales estratégicos potenciales. En el terreno del aprovisionamiento de materias primas o materiales raros se reproduce el mismo patrón y la autonomía estratégica aquí implica, entre otras medidas, diversificar las fuentes de suministros. Como se ha señalado, sectores especialmente críticos son el de la energía, el de los datos, la inteligencia artificial o la protección ante los ciberataques. El desarrollo pleno de la autonomía estratégica de la Unión pasa por atender todos estos frentes, necesarios para seguir avanzando en su estrategia de potencia con proyección global.

⁸⁶ A. LUKIN, «Eurasian Great Power Triangle», en A. KLIEMAN (ed.), *Great Powers and Geopolitics International Affairs in a Rebalancing World*, London, Springer, 2015, p. 193.

⁸⁷ J. BORRELL, «Por qué es importante...», *op. cit.*, n. 74.

5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Desde un punto de vista geopolítico una gran potencia es una organización política unitaria con los recursos para actuar y la ambición de tomar decisiones que tengan un alcance global. Así entendida, la UE precisará en los próximos años reducir sus dependencias externas, pero sobre todo necesitará «convencer» tanto a sus élites políticas y económicas como a su ciudadanía a través de un relato firme, coherente y adaptado a la naturaleza cambiante del entorno geopolítico actual. Se requiere, por tanto, un discurso que nazca de una voluntad política unitaria e inquebrantable y que conduzca a compartir una visión estratégica común que, en última instancia, permita avanzar firmemente hacia el logro de la «soberanía política» y la «autonomía estratégica» de la Unión.

Sin duda, la retirada de Reino Unido de la UE ha contribuido a unificar el relato a través de una narrativa estratégica mejor definida por parte de las instituciones comunitarias. Sin embargo, no debemos olvidar que la ciudadanía europea y sus líderes políticos siguen teniendo una percepción diferenciada de la geopolítica. No hay un relato común en algunos temas sensibles porque, simplemente, las narrativas históricas estatales triunfan sobre los relatos unitarios y, además, la geografía impone tozudamente sus dictados en materia de apreciación y modulación de amenazas, lo que, a su vez, impide que exista una única percepción estratégica entre los Estados miembros.

Por otra parte, el lenguaje de la política del poder y la idea de «soberanía europea» encajan perfectamente en un Estado como el francés, sobre todo cuando el discurso y también las acciones se dirigen a lidiar con las grandes potencias. Sin embargo, es esencialmente ajeno a otros Estados de la Unión que carecen de los recursos y la capacidad de maniobra internacional que Francia ostenta por sí misma y que podría verse favorecida por una estrategia geopolítica común de la UE.

Salvar estos y otros obstáculos provenientes del exterior de la Unión es necesario hoy más que nunca para operar como un único actor ante los cambios y las crisis globales que están por venir. Se requiere unidad, autonomía, profundidad e inmediatez de respuesta para reconocerse y ser reconocido como el tercer polo de poder en igualdad de condiciones en el sistema internacional actual. Ciertamente, el *Brexit* ha sido la causa permisiva de los últimos avances en materia de integración, con un calado indiscutible, pero también ha puesto de manifiesto la principal dificultad que tradicionalmente ha socavado sus aspiraciones globales: la falta de relato común.

La *Commonwealth*: aproximación a la naturaleza *sui generis* de la *Commonwealth*

Maria MUT BOSQUE*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MARCO HISTÓRICO.—3. MARCO ACTUAL.—4. LA NATURALEZA *SUI GENERIS* DE LA *COMMONWEALTH*.—5. REQUISITOS PARA SER UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL: 5.1. Primer requisito esencial: instrumento constitutivo. 5.2. Segundo requisito esencial: doble requisito de propósitos y miembros. 5.3. Tercer requisito esencial: estructura orgánica permanente.—6. LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL EN LA *COMMONWEALTH*.—7. LA SECRETARÍA BICÉFALA DE LA *COMMONWEALTH*.—8. LA COMPLEJA ESTRUCTURA DE LA *COMMONWEALTH*.—9. REFLEXIÓN FINAL: LA *COMMONWEALTH* COMO ALTERNATIVA A LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL *BREXIT*.—10. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La *Commonwealth* es una asociación de 54 Estados muy diversos, que se encuentran repartidos a lo largo de la geografía mundial. En términos jurídicos, es difícil definir su naturaleza y personalidad jurídica. Históricamente, es el resultado de un largo y complejo proceso, ligado a la desmembración y posterior adaptación del imperio británico a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas. Los críticos consideran que, en la actualidad, la *Commonwealth* es ineficaz y obsoleta, mientras que sus partidarios señalan que su potencial comercial, reforzado por una historia y una lengua común, ofrecen una plataforma ideal para que Reino Unido avance en su agenda comercial tras el *Brexit*.

ABSTRACT: *The Commonwealth is an association of 54 diverse states spread across the world's geography. In legal terms, it is difficult to define its nature and legal personality. Historically, it is the result of a long and complex process, linked to the dismemberment and subsequent adaptation of the British Empire to the realities of contemporary international relations. Critics see the Commonwealth today as ineffective and obsolete, while its supporters point out that its commercial potential, reinforced by a common history and language, provides an ideal platform for the UK to advance its trade agenda post-Brexit.*

* Profesora Adjunta de la Universitat Internacional de Catalunya y Research Fellow Institute of Commonwealth Studies, Universidad de Londres.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de analizar los aspectos jurídicos de la *Commonwealth*, los cuales tienen un carácter controvertido, se hace necesario proceder a su contextualización y conceptualización. A menudo existen equívocos acerca de ella, especialmente porque se trata de una institución ajena a nuestra tradición jurídica continental, que resulta compleja de entender a ojos de nuestros juristas. La *Commonwealth* procede del *common law* y ello podemos observarlo en su carácter flexible, en la no adopción de normativa jurídicamente vinculante y en la falta de codificación de dicha normativa en un único instrumento.

No es fácil definir qué es la *Commonwealth*, pero podemos afirmar que esta asociación de Estados es resultado de un largo y complejo proceso histórico, ligado a la desmembración y posterior adaptación del imperio británico a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas. No en vano, McIntyre señala que la *Commonwealth* es la asociación política de Estados más antigua del mundo, pero también la menos conocida¹.

Los críticos consideran que, en la actualidad, la *Commonwealth* es ineficaz y obsoleta, y que en no pocas ocasiones ha fallado a la hora de dar una respuesta efectiva a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en algunos de sus Estados miembros². Por el contrario, aquellos partidarios de la *Commonwealth* señalan que las economías de rápido crecimiento de buena parte de los Estados miembros de la *Commonwealth*, reforzadas por una historia común y un lenguaje compartido, ofrecen una plataforma ideal para que Reino Unido avance en su agenda comercial tras el *Brexit* y profundice en los lazos con Estados de ideas afines³.

La *Commonwealth* es una organización de contrastes, cuenta con 54 Estados muy diversos, que se encuentran repartidos a lo largo de la geografía mundial, en África, Asia, América, Europa y Oceanía. Algunos de los Estados miembros son de gran dimensión, tanto en territorio como en población, como India o Canadá, pero también encontramos Estados de los más pequeños del mundo, como Tuvalu o Malta. De hecho, 32 de los 54 Estados miembros de la *Commonwealth* son calificados como pequeños Estados y apenas alcanzan el millón y medio de habitantes⁴. Asimismo, a la vez, forman parte algunos de los países más ricos del mundo como Australia o Canadá y de renta más baja, como Malawi o Mozambique.

¹ D. MCINTYRE, *The significance of the Commonwealth 1965-90*, Christchurch, Canterbury University Press, 1991.

² J. MCBRIDE, *The Commonwealth of Nations: Brexit and the Future of «Global Britain»*, Council on Foreign Relations, 2020.

³ *Ibid.*

⁴ THE COMMONWEALTH, *Small States and the Commonwealth*, 2017 (disponible en https://thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/Small%20States%20and%20the%20Commonwealth%202017_1.pdf).

La *Commonwealth* tiene un gran potencial a desarrollar. Comprende el 40 por 100 de la fuerza laboral mundial e incluye la mitad de las 20 principales ciudades emergentes del mundo. Además, la Secretaría de la *Commonwealth* estima que los costes bilaterales para los socios comerciales de los Estados miembros de la *Commonwealth* son en promedio un 19 por 100 más bajos que los de los socios de los Estados que no pertenecen a la *Commonwealth*. Estos costes comerciales más bajos, atribuidos a los Estados miembros que comparten un lenguaje común, principios democráticos y respeto por el Estado de Derecho, se conocen como la *ventaja Commonwealth*⁵.

Todo lo anterior se traduce en que, tras el *Brexit*, la *Commonwealth* ha vuelto a ser objeto de atención política y mediática en Reino Unido, considerándola como la alternativa natural a la UE⁶. De hecho, partidos como el UKIP la tuvieron muy presente en los debates del referéndum de 2016 como herramienta de campaña a favor de abandonar la UE⁷ y el actual gobierno británico tiene como línea prioritaria de la política comercial renovar sus lazos comerciales con la *Commonwealth*, incrementando los acuerdos de libre comercio con sus Estados miembros⁸. No podemos olvidar que, durante mucho tiempo, la *Commonwealth* ocupó un lugar central en la política internacional de Reino Unido, pero, a medida que el proceso de integración europeo fue avanzando, Reino Unido fue alejándose de la *Commonwealth* y acercándose al proyecto europeo. Cierto es que, en la actualidad, la *Commonwealth* ha perdido gran parte de su protagonismo y para recuperarlo de nuevo, es esencial que sus miembros sean capaces de canalizar todo su potencial de una manera efectiva. De esta manera, la *Commonwealth* podría convertirse en uno de los grupos de presión más influyentes a nivel internacional, en un mundo cada vez más globalizado donde las redes interestatales son de importancia vital. Ahora bien, es inevitable preguntarse si la *Commonwealth* es una verdadera organización internacional capaz de suplir a la UE. A lo largo de estas páginas trataremos de responder esta cuestión.

2. MARCO HISTÓRICO

Inicialmente, la *Commonwealth* fue la respuesta pragmática de los británicos ante una situación inevitable: la transformación de las viejas colonias en Estados soberanos. Los británicos tenían como prioridad

⁵ UK PARLIAMENT, *Renewing the UK's trading relationship with Commonwealth countries*, House of Lords Library, 2021 (disponible en <https://lordslibrary.parliament.uk/renewing-the-uks-trading-relationship-with-commonwealth-countries/>).

⁶ Vid. el análisis que tuve la oportunidad de publicar en M. MUT BOSQUE, *Is the Commonwealth a Real Alternative to UK Membership of the European Union?*, London, Institute of European Studies, University of London, 2016 (disponible en <https://ucleuropeblog.com/2016/02/24/is-the-commonwealth-a-real-alternative-to-uk-membership-of-the-european-union/>).

⁷ *Ibid.*

⁸ UK PARLIAMENT (2021), doc. cit., np. 5.

preservar los lazos históricos, políticos, culturales y, especialmente, comerciales que durante siglos se habían establecido, así que diseñaron la fórmula *Commonwealth*, la cual iría evolucionando hasta convertirse en la *Commonwealth* moderna. En un principio, la *Commonwealth* fue la *British Commonwealth*, puesto que el centro de la misma lo ocupaba Reino Unido. De manera gradual, cuando Reino Unido dejó de ocupar dicha posición central, la *British Commonwealth* pasó a ser la *Commonwealth of Nations* y, en el momento en que la mayoría de las colonias obtuvieron la plena soberanía, se convirtió en la *Commonwealth*. No podemos pasar por alto que el proceso hasta culminar en la *Commonwealth* actual fue largo y en algunos momentos doloroso.

La *British Commonwealth* estaba compuesta por territorios bajo dominación británica. Algunos de esos territorios, principalmente aquellos que contaban con una mayoría de población blanca o en la que esta era la población dominante, fueron logrando altos niveles de autogobierno y pasaron a alcanzar el estatus de *Dominios*. Este término, tal y como señala McIntyre, primeramente significó subordinación, sin embargo, posteriormente pasó a hacer referencia al autogobierno del que disfrutaban algunos territorios, otorgado por la metrópolis, como paso previo a su autodeterminación⁹. Así pues, los territorios considerados *Dominios* eran, por orden de antigüedad: Canadá¹⁰ en 1867, Australia en 1907, Nueva Zelanda en 1907, la actual Sudáfrica en 1910 e Irlanda en 1922. Durante este periodo, el resto de territorios de la *British Commonwealth* eran considerados territorios coloniales y se les negó el estatus de *Dominios*, porque en aquel momento histórico se les consideraba no aptos para autogobernarse. De hecho, hubo que esperar hasta la década de 1940 para que India, Pakistán y Ceylán (actual Sri Lanka) se convirtieran en *Dominios*, como paso previo a alcanzar la plena soberanía.

Así pues, el inicio de lo que hoy conocemos como la *Commonwealth* lo debemos situar en el sistema imperial británico de entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Durante este periodo, tenían lugar las denominadas conferencias coloniales, en las que se trataban asuntos relacionados con la unidad del imperio. En la conferencia de 1907, los gobernadores de las colonias, junto con las autoridades de la metrópolis acordaron que dichas conferencias, que tenían lugar de forma esporádica y con motivo de alguna ocasión especial, pasaran a celebrarse de forma más regular. También, acordaron la modificación de su denominación por la de conferencias imperiales. La conferencia de 1907 fue de gran importancia, ya que replanteó el concepto de *Dominio*, que pasó a hacer referencia a aquellos territorios coloniales que no habían alcanza-

⁹ D. MCINTYRE, *The Commonwealth of Nations: Origins and Impact*, Minnesota, University of Minnesota Press, vol. IX: *Europe and the World in the Age of Expansion*, 1977.

¹⁰ El *Dominio* de Terranova fue un *Dominio* distinto al de Canadá. En 1907 se concedió el estatus de *Dominio* a Terranova hasta 1949, fecha en que se unió a Canadá como décima provincia, llamada Newfoundland. Su unificación aparece establecida en la *British North America Act*, 1949.

do la independencia, pero contaban con un alto grado de autogobierno. Gradualmente, las conferencias imperiales acabaron por convertirse en el foro principal de los *Dominios*, en las que hacían constar sus reivindicaciones.

Con respecto a la formación de la *Commonwealth*, de todas las conferencias imperiales, cabe destacar la celebrada en 1926, que daría lugar a la famosa Declaración Balfour¹¹. Esta Declaración, que recibe el nombre del presidente del Comité de Relaciones Interimperiales Lord Arthur Balfour, por vez primera, hizo constar de manera formal que los *Dominios* debían ser considerados comunidades autónomas en el seno del imperio británico. Autores como Mansergh, que, aunque la Declaración Balfour describe de una manera vaga e imprecisa el término *Dominio*, supone un gran salto cualitativo en la relación de Reino Unido con sus *Dominios*¹². La Declaración reconoce la creciente independencia tanto política como diplomática de los *Dominios* en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial. Asimismo, recomienda que los gobernadores generales, que son los representantes del monarca británico en el territorio dependiente y actúan como jefes de Estado *de facto* en cada *Dominio*, dejen de desempeñar automáticamente la representación del gobierno británico en las relaciones diplomáticas con terceros¹³.

Además de la Declaración Balfour de 1926, debe ser destacado el Estatuto de Westminster de 1931. Ambos documentos son considerados el origen de la *Commonwealth*. El Estatuto de Westminster es la norma adoptada por el Parlamento británico, en la que se reconoce la igualdad del poder legislativo de los *Dominios* respecto del de la metrópolis¹⁴. Si bien, y a pesar de que estos territorios disfrutaban cada vez más de mayor autonomía, estos continuaban siendo parte del imperio y, por tanto, sujetos a soberanía británica, por lo que la *Commonwealth* de esta época era todavía fundamentalmente británica. No fue hasta que los *Dominios* alcanzaron la plena soberanía que la *British Commonwealth* se convirtió en la *Commonwealth of Nations*. El principal hecho histórico que ayudó a que esta transformación tuviera lugar fue el estallido de la Segunda Guerra Mundial, ya que puso de manifiesto que numerosos territorios coloniales actuaban y decidían de forma independiente a la metrópolis.

Hasta la década de los años cincuenta, en la *Commonwealth* predominó una concepción racista¹⁵. La *Commonwealth* moderna, multicultural

¹¹ *Balfour Declaration*, Inter-Imperial Relations Committee Report, Proceedings and Memoranda. E (I.R./26) Series. Government of Australia, 1926 (el texto completo se encuentra disponible en https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.pdf).

¹² N. MANSERGH, *The Commonwealth Experience*, London, MacMillan Press Ltd., vol. II: *From British to Multi-racial Commonwealth*, 1982.

¹³ *Balfour Declaration*, 1926, doc. cit., n. 11, p. 4.

¹⁴ *Statute of Westminster Adoption Act*, Government of Australia, 1942 (disponible en <https://www.foundingdocs.gov.au/item-sdid-96.html>).

¹⁵ R. BROWNS, «Racism and immigration in Britain», *International Socialism Journal*, núm. 68, 1995 (disponible en <http://pubs.socialistreviewindex.org.uk/isj68/brown.htm>).

y libre de prejuicios raciales se fue construyendo a raíz del proceso de independencia que vivió India. Sin duda, este fue el proceso más complejo al que se enfrentó la metrópolis y el que comportó el cambio más importante en la naturaleza de la propia *Commonwealth*. India adquirió su soberanía en 1947 y optó por constituirse como una república. Ello no supuso un problema para Reino Unido, puesto que existía el precedente de Irlanda, sin embargo, India deseaba ir más allá, no solo deseaba ser una república, también quería ser miembro de la *Commonwealth*. En este caso, Irlanda no servía de precedente, puesto que, tras su independencia, había decidido abandonar la *Commonwealth*. Hasta este momento, no se contemplaba la posibilidad de que la *Commonwealth* pudiera estar integrada por territorios en los que el monarca británico no ocupara la jefatura de Estado. Tras largos debates, en abril de 1949 se acordó por parte de todos los miembros de la *Commonwealth*, la denominada Declaración de Londres, la cual reconocía la posibilidad de admitir como miembros a aquellos Estados que se habían convertido en repúblicas o aquellos que tenían una monarquía propia, distinta de la británica. Ahora bien, la Declaración de Londres designaba al monarca británico como *Head of the Commonwealth*, en castellano jefe de la *Commonwealth*, por lo que todos aquellos Estados que desearan continuar siendo miembros de la *Commonwealth* tenían que aceptar al monarca británico como jefe de la *Commonwealth*, tanto fueran *Realms*¹⁶, repúblicas o contaran con monarquía propia.

La autodeterminación de India y su posterior constitución en república abrió las puertas a la autodeterminación de otros territorios del antiguo imperio británico, cuya población no era mayoritariamente blanca o no constituía la raza dominante. Algunos de los nuevos Estados continuaron siendo *Realms*, otros se convertirían en repúblicas y otros tendrían sus propios monarcas. A partir de entonces, la *Commonwealth* adquiriría un componente multirracial, que acabaría dando lugar, en terminología de Dale, a una *Euro-Afro-Asian Commonwealth*¹⁷. En definitiva, la clave de la supervivencia de la *Commonwealth* reside en su flexibilidad y adaptación a los cambios propios de cada momento histórico.

3. MARCO ACTUAL

En la actualidad, la *Commonwealth* es una asociación intergubernamental, cuya jefatura es ocupada por la reina Isabel II. Está formada por 54 Estados soberanos. Todos ellos se hallan comprometidos a respetar los valores democráticos, los derechos humanos y el principio de legali-

¹⁶ Este término hace a aquellos Estados que tienen como jefe de Estado al monarca británico. Como, por ejemplo: Nueva Zelanda o Canadá. Actualmente, además de Reino Unido, existen 15 *Realms*.

¹⁷ W. DALE, «Is the Commonwealth an International Organisation?», *International & Comparative Law Quarterly*, núm. 31, 1982, pp. 451-473.

dad recogidos en la Carta de la *Commonwealth*, adoptada en 2013 por los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros.

En cuanto a las áreas de actividad de la *Commonwealth*, estas son básicamente, las siguientes:

- La promoción de la democracia como forma de gobierno.
- La lucha por el respeto de los derechos humanos.
- El fomento de la cooperación para el desarrollo (especialmente en áreas como la educación, la juventud y la igualdad de género).
- La ayuda humanitaria.

En la *Commonwealth*, las decisiones que adoptan sus miembros se toman de forma consensuada. Son decisiones de carácter político, por lo que se enmarcan en el ámbito normativo del llamado *soft law*, es decir, no son jurídicamente vinculantes y su cumplimiento se basa en el principio de buena fe. Ahora bien, cualquier Estado miembro puede ser suspendido e incluso expulsado de la *Commonwealth* en caso de cometer una violación grave y persistente de los valores fundamentales en los que se basa la *Commonwealth*, los cuales se hallan recogidos en la Declaración de Harare de 1991¹⁸.

Finalmente, deben aclararse dos últimos aspectos. Primeramente, aunque la lengua oficial de la *Commonwealth* es el inglés, la *Commonwealth* cuenta con Estados miembros cuyo idioma oficial no es el inglés, tal es el caso de Chipre o de Mozambique. En segundo lugar, es importante señalar que la *Commonwealth* no es una asociación cultural centrada en la difusión de la lengua inglesa o la cultura británica, tal como habitualmente se tiende a pensar. Este tipo de tareas las desempeña el *British Council*. La *Commonwealth* moderna representa la multiculturalidad y persigue objetivos que van más allá del ámbito lingüístico y cultural, tales como comerciales, humanitarios o de desarrollo sostenible y para ello cuenta con órganos propios que tienen atribuidas funciones y competencias para alcanzar dichos fines.

4. LA NATURALEZA *SUI GENERIS* DE LA *COMMONWEALTH*

Desde una perspectiva jurídica, es muy difícil entender la naturaleza de la *Commonwealth*, principalmente porque la *Commonwealth*, además de ser una asociación intergubernamental, es una familia de naciones y un foro de Estados y territorios en el que se consensuan acuerdos de carácter político con repercusión en la esfera internacional. De esta manera, la *Commonwealth* es una institución internacional caracterizada por una amplia flexibilidad y un alto grado de descentralización en la toma de

¹⁸ THE COMMONWEALTH, *The Harare Commonwealth Declaration*, 1991 (disponible en <https://thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/Harare%20Commonwealth%20Declaration%201991.pdf>).

decisiones. Ahora bien, fruto de la evolución histórica, de la actividad que realiza y del complejo entramado de relaciones internacionales contemporáneas, podemos observar que tanto su estructura como su naturaleza han padecido una cierta institucionalización. Por supuesto, debemos tomar esta última afirmación con cierta cautela, pues la naturaleza de la *Commonwealth* está todavía fuertemente desinstitucionalizada y, además, es voluntad de sus miembros que continúe siendo de esta manera.

Al hilo de lo anterior, la gran cuestión que se nos plantea es determinar si la *Commonwealth* es efectivamente una organización internacional (OI) desde la perspectiva del Derecho internacional público. Si consultamos la literatura académica, observamos que no se muestra unánime a este respecto. Fawcett en 1963 describió la *Commonwealth* como una especie de organización internacional¹⁹ y Crawford, años más tarde, como un tipo de organización internacional residual²⁰. Otros autores, como Starke, niegan que la *Commonwealth* sea una organización internacional²¹. En este sentido, consideran que la *Commonwealth* debe ser entendida como un grupo informal de Estados, los cuales comparten lazos históricos y culturales comunes y cuya función principal es consultiva. Asimismo, estos autores señalan que la *Commonwealth* no cuenta con un tratado constitutivo de carácter escrito y que en el Memorandum de la Secretaría de la *Commonwealth*, acordado en la cumbre de jefes de gobierno de los Estados miembros de la *Commonwealth* en 1965, se hizo constar de forma expresa que la *Commonwealth* no era una organización en sentido formal y, por tanto, no era necesario que sus miembros debieran alcanzar decisiones colectivas o adoptar acciones comunes de carácter obligatorio²². En cambio, para Dale, que mantiene una visión mucho menos formalista, la *Commonwealth* sería una organización internacional, ya que, para este autor, una organización internacional es simplemente una asociación de Estados o de sus gobiernos que han acordado una serie de propósitos y cuenta con uno o más órganos para hacerlos posibles²³.

5. REQUISITOS PARA SER UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Malanczuk señala que el término organización internacional se utiliza normalmente para describir una organización que ha sido establecida por un acuerdo entre dos o más Estados²⁴. Sin embargo, esta definición deja abiertas algunas cuestiones de gran relevancia, no explica si este

¹⁹ J. E. S. FAWCETT, *The New Commonwealth and its Constitutions*, 1964.

²⁰ J. R. CRAWFORD, *The creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

²¹ J. G. STARKE, *Introduction to International Law*, London, Butterworth-Heinemann, 1989.

²² Agreed Memorandum on the Commonwealth Secretariat, 1989.

²³ W. DALE, «Is the Commonwealth...», *op. cit.*, n. 17.

²⁴ P. MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London, Routledge, 1997.

acuerdo constitutivo debe ser formal ni si debe ser de carácter escrito. Tampoco aclara si debe estar recogido en un único instrumento, o, por el contrario, puede estarlo en diversos instrumentos. Así, se hace necesario consultar otros autores que sean más precisos a la hora de definir qué es una organización internacional.

La concepción de Peaslee se centra en las características que debe reunir una organización para ser considerada organización internacional²⁵. Estas son:

1. Normalmente, aunque no siempre, una organización internacional debe constituirse a través de una *constitución* contenida en un tratado o en algún o algunos acuerdos de naturaleza menos formal.
2. Los propósitos de la organización deben estar claramente especificados.
3. La membresía normalmente se encuentra limitada, bien por razones geográficas o por otro tipo de razones.
4. Debe tener uno o más órganos, ya sean de naturaleza consultiva o incluso legislativa y ejecutiva, la denominación de estos órganos es indistinta.
5. Debe contar con una Secretaría.

Además, algunas de ellas:

1. Establecen, a su vez, agencias u otros organismos especializados.
2. Tienen conferida capacidad jurídica.
3. Disfrutan de privilegios e inmunidades.

De esta manera, la definición de Peaslee puede sintetizarse en tres requisitos esenciales, que toda organización internacional debe reunir:

1. Contar con uno o varios instrumentos constitutivos.
2. Tener unos propósitos especificados y contar con dos o más miembros.
3. Tener una estructura orgánica permanente, que, al menos, debe ser de una secretaría²⁶.

En cuanto a los requisitos opcionales, los tres pueden agruparse en uno único: la atribución de capacidad o personalidad jurídica internacional, puesto que de esta se derivará el reconocimiento de privilegios e inmunidades y la facultad de establecer agencias u otros organismos especializados.

Observamos que para Peaslee, la capacidad o personalidad jurídica de una organización, no es un elemento esencial a la hora de considerar una organización como organización internacional²⁷. En cambio, para

²⁵ A. J. PEASLEE, *International Governmental Organisations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, vol. *Constitutional Documents*, 1979.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

otros autores como Díez de Velasco, la atribución de personalidad jurídica es esencial²⁸. Esta capacidad se refiere al hecho de que la organización debe tener una personalidad jurídica distinta a la de sus Estados miembros, necesaria para el cumplimiento de los fines para las que fue creada.

Podemos observar que Peaslee²⁹ y Dale³⁰ tienen concepciones menos formalistas que Díez de Velasco. Ello podría deberse a la influencia de las distintas tradiciones jurídicas a las que estos autores pertenecen, los dos primeros al *common law* y el tercero al sistema jurídico continental. Aunque la *Commonwealth* proviene del sistema de *common law* y, por tanto, es necesario examinar las concepciones de los dos primeros, también nos detendremos en la concepción de Díez de Velasco para determinar si la *Commonwealth* debe ser considerada una organización internacional.

5.1. Primer requisito esencial: instrumento constitutivo

En cuanto al primer requisito de Peaslee, la existencia de un instrumento constitutivo, la problemática reside en la formalidad del mismo³¹. Mientras que para Starke es básico que el instrumento constitutivo tenga un carácter formal, generalmente a través de un tratado internacional³², para autores como Schermers y Blokker, la adopción de un tratado constitutivo de carácter escrito, no es requisito necesario para que una institución sea considerada una organización internacional por el Derecho internacional³³. Así, en opinión de ambos autores, un acuerdo fundacional que establezca una organización internacional puede estar recogido en instrumentos normativos diversos. En esta línea, Peaslee explica que la mayoría de organizaciones internacionales se constituyen y rigen por convenciones internacionales, que cuentan con diversas denominaciones, tales como acuerdos, tratados o cartas firmadas por las autoridades representativas de los gobiernos de los Estados miembros³⁴. Pero, además de las convenciones o tratados constitutivos, existen en la práctica organizaciones que se han constituido a partir de instrumentos menos formales, es decir, instrumentos con un estatus inferior al de los tratados³⁵. En la esfera internacional, hay varios ejemplos de organizaciones internacio-

²⁸ La definición de este autor es: «Las organizaciones internacionales son asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de las de sus miembros» (M. DÍEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, 16.ª ed. coordinada por J. M. SOBRINO HEREDIA, Tecnos, 2010, p. 43).

²⁹ A. J. PEASLEE, *International Governmental...*, *op. cit.*, n. 25

³⁰ W. DALE, «Is the Commonwealth...», *op. cit.*, n. 17.

³¹ A. J. PEASLEE, *International Governmental...*, *op. cit.*, np. 25.

³² J. G. STARKE, *Introduction to International Law*, London, Butterworth-Heinemann, 1989.

³³ H. G. SCHERMERS y M. N. BLOKKER, *International Institutional Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

³⁴ A. J. PEASLEE, *International Governmental...*, *op. cit.*, np. 25.

³⁵ *Ibid.*

nales que no cuentan con una constitución en sentido formal, como el Consejo Asia Pacífico (ASPAC) creado en 1966, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) o los muchos organismos subsidiarios de Naciones Unidas, establecidos por resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, aunque mayoritariamente creados por este último órgano. En opinión de Brownlie, no existe razón alguna para negar a estas organizaciones el estatus de organización internacional³⁶.

Dale va más allá y se muestra menos formalista que Peaslee, al considerar que la existencia de una organización internacional no está necesariamente vinculada a la existencia de una constitución escrita, recogida en un tratado o en un instrumento menos formal³⁷. Si bien este autor señala que sería lo deseable, en la práctica no siempre será la manera natural de crear una organización internacional. Para Dale, lo más relevante es que efectivamente, exista una organización internacional, esto es, una institución organizada con unos propósitos y una estructura orgánica, que trabaje para hacer efectivos dichos propósitos³⁸. De hecho, según este autor, existen tratados constitutivos que crean organizaciones, que no tienen vida o que están vacías de contenido. En estos casos, nos encontraríamos ante un acuerdo escrito entre Estados, en su más solemne forma, que les vinculará jurídicamente a la hora de contraer obligaciones, pero no garantizará el funcionamiento de la organización³⁹.

En el caso de la *Commonwealth* no existe un acuerdo solemne que haya sido concluido por los representantes de los Estados miembros y que produzca efectos jurídicos. A este respecto, Slinn explica que la *Commonwealth* está basada en un sistema normativo de carácter moral y niega que se base en normas jurídicas o en decisiones vinculantes⁴⁰. De esta manera, podemos afirmar que la *Commonwealth* se sustenta en el llamado *soft law*, que se refiere al conjunto de normas o instrumentos normativos que no vinculan jurídicamente y que son ampliamente utilizados en las relaciones internacionales contemporáneas. Estos instrumentos, que tienen distintas denominaciones: Cartas, Declaraciones, Comunicaciones o Memorándums, son instrumentos negociados y adoptados por acuerdo unánime de todos los miembros de la *Commonwealth*, quienes tienen el mismo peso a la hora de decidir, y el cumplimiento de estos instrumentos, por tanto, se sustenta en el principio de buena fe o, si se prefiere, en el compromiso moral de cada uno de sus miembros. Dicho compromiso tiene un significado normativo, pero no jurídico.

³⁶ I. BROWNLIE, *Principles of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008. En el mismo sentido, W. DALE, «Is the Commonwealth...», *op. cit.*, n. 17.

³⁷ W. DALE, *The Modern Commonwealth*, London, Butterworths, 1983.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ P. SLINN, «The Commonwealth and the Law», en J. MAYLL, *The Contemporary Commonwealth 1965-2009*, London, Routledge, 2009.

De esta manera, la *Commonwealth* cuenta con una serie de instrumentos normativos, en su mayoría Declaraciones, que tienen un carácter fundacional y además en ellos se establecen los valores, principios y propósitos de la organización. Los instrumentos a los que nos referimos son básicamente: la Declaración de Londres de 1949, la Declaración de principios fundamentales de la *Commonwealth*, adoptada en Singapur en 1971, la llamada Declaración de Harare de 1991 o, más recientemente, la Carta de la *Commonwealth*, adoptada en 2013. Así, si adoptamos una concepción menos formalista, todos estos instrumentos constituyen el *bloque constitutivo o fundacional* de la *Commonwealth* y, por ello, podríamos concluir que la *Commonwealth* cumple con el primero de los requisitos de Peaslee para ser considerada una organización internacional.

5.2. Segundo requisito esencial: doble requisito de propósitos y miembros

En el caso de la *Commonwealth*, estos dos requisitos son más fácilmente comprobables y no generan controversia entre la doctrina. Tal como hemos explicado en las páginas anteriores, existen varios instrumentos normativos que especifican claramente cuáles son esos propósitos. El instrumento más reciente es la Carta de la *Commonwealth* de 2013. Esta Carta reúne en un único y sencillo documento los valores y las aspiraciones que unen a la *Commonwealth*. Estos son: democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. Además, la Carta recoge los dieciséis propósitos y principios en los que se sustenta la *Commonwealth*:

1. Democracia.
2. Derechos humanos.
3. Paz y seguridad internacional.
4. Tolerancia, respeto y entendimiento.
5. Libertad de expresión.
6. Separación de poderes.
7. Estado de Derecho.
8. Buena gobernanza.
9. Desarrollo sostenible.
10. Protección y defensa del medioambiente.
11. Acceso a la sanidad, la educación, la alimentación y la vivienda.
12. Igualdad de género.
13. Importancia de los jóvenes en la *Commonwealth*.
14. Reconocimiento de las necesidades de los pequeños Estados.
15. Reconocimiento de las necesidades de los Estados vulnerables.
16. El rol de la sociedad civil.

La Carta expresa el compromiso de los Estados miembros con el desarrollo de las sociedades libres y democráticas y la promoción de la paz y la prosperidad, para mejorar la vida de todos los pueblos de la *Commonwealth*. También reconoce el papel de la sociedad civil en el apoyo a

los propósitos y valores de esta organización. Anteriormente a la Carta, aunque no existía un documento único, la Declaración de Singapur de 1971 y la de Harare de 1991 recogían gran parte de estos principios y propósitos. Sin embargo, indudablemente, la Carta ha mejorado a la hora de identificar todos esos propósitos, ya que los ha listado de una forma clara y precisa y los ha complementado teniendo en cuenta las exigencias del siglo XXI.

En cuanto al requisito de la membresía, está claro que la *Commonwealth* lo cumple. Esta organización transregional, cuenta con 54 Estados miembros, repartidos en todas las áreas geográficas del mundo, en África, Asia, América, Europa y Oceanía. Las características de cada uno de los miembros son de lo más variadas. Tal como señalábamos, la *Commonwealth* cuenta, a la vez, con los Estados más pobres y con los más ricos del mundo. También cuenta con los más grandes y los más pequeños del mundo. Es importante insistir en que todos los miembros tienen el mismo peso en esta organización, independientemente de su tamaño o posición económica. Esto asegura que incluso los países miembros más pequeños y pobres del planeta tengan voz en la conformación de las decisiones políticas y en las líneas de actuación de la *Commonwealth*.

En relación con la membresía de la *Commonwealth*, esta se halla restringida. Básicamente, se requiere: reconocer que la reina Isabel II ostenta la jefatura de la *Commonwealth*, compartir lazos históricos con la antigua metrópolis, ya sean directos o indirectos, o haber estado administrado/gobernado por algún Estado miembro de la *Commonwealth*, ser un Estado democrático que respete los derechos humanos, aceptar el inglés como la lengua oficial de comunicación de la *Commonwealth*, respetar los valores y principios de la *Commonwealth* y aceptar todos sus instrumentos normativos. Los instrumentos en los que recogen de forma concreta los requisitos son necesarios para acceder a la membresía son los siguientes:

1. Declaración de Edimburgo de 1997 sobre los criterios de aceptación de nuevos miembros.
2. Declaración de Harare de 1991 sobre los valores y principios de la *Commonwealth*.
3. Comunicado oficial de Kampala de 2007 sobre los criterios fundamentales de adhesión a la *Commonwealth*.

En definitiva, de todo lo anterior, indudablemente, se desprende que la *Commonwealth* cumple con el doble requisito (propósitos y miembros) de Peaslee (1979) para ser considerada organización internacional.

5.3. Tercer requisito esencial: estructura orgánica permanente

El último de los requisitos esencial para considerar una organización como organización internacional, se refiere a la existencia de una estruc-

tura orgánica permanente. Dicha estructura, como mínimo, debe constar de una Secretaría. Este requisito es relativamente sencillo de comprobar. La *Commonwealth* cuenta con una Secretaría desde 1965, que fue establecida por acuerdo de los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la *Commonwealth*⁴¹. La Secretaría asumió la mayoría de las funciones que realizaba la Oficina de Asuntos de la *Commonwealth* del gobierno de Reino Unido. Este acuerdo supuso uno de los hitos más importantes en el proceso de institucionalización de la *Commonwealth*. Tal como sucede en la mayoría de las organizaciones internacionales, la Secretaría de la *Commonwealth* realiza un trabajo continuado para la consecución de los propósitos para los que fue constituida. Principalmente, tiene atribuidas funciones consultivas y de carácter técnico. Ayuda a diseñar las diferentes políticas y líneas de actuación en las áreas de actividad de la *Commonwealth*, tales como la cooperación al desarrollo, juventud o derechos humanos y presta servicios de asesoría a los Estados miembros que así lo deseen y lo soliciten. Cuenta con un secretario o secretaria general. En la historia de la organización ha habido seis. Desde 2016, el cargo está ocupado por la baronesa Patricia Scotland, la primera mujer en ocupar este cargo. El mandato tiene una duración de cuatro años, renovable una única vez por el mismo periodo. Además, la Secretaría cuenta con personal propio.

Además de la Secretaría, la *Commonwealth* cuenta con una institución *sui generis*, que ninguna otra organización internacional tiene y que es fruto de la propia naturaleza y evolución histórica de la *Commonwealth*. Se trata de la Jefatura de la *Commonwealth*, en inglés, *Commonwealth Headship*, que, en la actualidad, ostenta la reina Isabel II. La reina en su función de jefa de la *Commonwealth* desempeña un rol de carácter simbólico y ceremonial. Es decir, la Jefatura de la *Commonwealth* simboliza, a la vez, la libre asociación y la unión de las distintas naciones que conforman la *Commonwealth* como miembros independientes de una misma familia. De hecho, la reina se ha referido a la *Commonwealth*, en numerosas ocasiones, en estos términos⁴².

En cuanto a la estructura orgánica de la *Commonwealth*, el carácter desinstitucionalizado y naturaleza flexible de esta organización, comporta que debamos hablar de órganos en sentido amplio, refiriéndonos a aquellas entidades que tienen conferidas una serie de atribuciones y competencias, que serán desempeñadas o ejercidas por personas físicas determinadas (funcionarios o agentes).

Así, además de la Secretaría y de la Jefatura de la *Commonwealth*, esta organización cuenta con la Presidencia de la *Commonwealth*, en in-

⁴¹ Agreed memorandum on the Commonwealth secretariat, *The Round Table: The Commonwealth Journal of International Affairs*, núm. 78, 1989, pp. 312 y 467-472.

⁴² *Vid.*, por ejemplo, *The Queen's Commonwealth Day Message* de 2019. The Royal Family of the United Kingdom (disponible en <https://www.royal.uk/royal-family-celebrates-commonwealth-day-2019>).

glés, *Commonwealth Chair-in-Office*, de carácter bianual y rotatoria, que está directamente relacionada con las cumbres de jefes de gobierno de los Estados miembros de la *Commonwealth*. Estas cumbres son más conocidas por sus siglas en inglés, CHOGM, que se corresponde con *Commonwealth Heads of Government Meeting*. Estas cumbres se celebran cada dos años, en distintos Estados miembros y son presididas por el primer ministro o presidente del Estado en el que tiene lugar la cumbre. Dicho primer ministro o presidente se convierte automáticamente en el presidente de la *Commonwealth* hasta la siguiente cumbre. El presidente adopta decisiones sobre las líneas de trabajo de la *Commonwealth* e impulsa el rumbo político de la organización durante ese periodo. Asimismo, en estas cumbres, los líderes de los Estados miembros dan forma a las políticas y las prioridades de la *Commonwealth* y deliberan sobre cuestiones que afectan al funcionamiento de la *Commonwealth* y de la comunidad internacional en su conjunto.

La *Commonwealth* también cuenta con el Grupo de Acción Ministerial de la *Commonwealth*, más conocido por sus siglas en inglés, CMAG, que se corresponde con *Commonwealth Ministerial Action Group*, que se encarga de monitorizar las violaciones graves y persistentes de los valores y principios de la *Commonwealth*, que hayan cometido alguno de sus Estados miembros. La tarea principal de este órgano consiste en valorar la gravedad de la violación cometida y recomendar medidas de acción colectiva, como la suspensión o la expulsión, con el objeto de restablecer el orden previamente quebrantado. Este órgano está formado por la Secretaría General de la *Commonwealth*, un representante del presidente de la *Commonwealth* y un grupo de ministros de asuntos exteriores de ocho Estados miembros de carácter rotatorio. El CMAG se renueva en cada CHOGM. Normalmente, los ministros sirven por un periodo de dos mandatos. De esta manera, observamos que la *Commonwealth* cuenta con una estructura orgánica en sentido amplio y, por tanto, cumpliría también con este requisito para ser considerada organización internacional.

En definitiva, podemos afirmar que, según la concepción de Peaslee, la *Commonwealth* es una organización internacional. También lo sería desde la concepción de Dale. Recordemos que para este autor una organización internacional es una asociación de Estados, que acuerdan una serie de propósitos y que cuentan con uno o más órganos para hacerlos posibles. Requisitos, todos ellos, con los que cumple la *Commonwealth*, que es una asociación de 54 Estados, cuyos representantes han acordado ciertos principios y propósitos, como el respeto a los derechos humanos o el fortalecimiento de las instituciones democráticas, los cuales se hallan contenidos en diversas Declaraciones, principalmente en la Declaración de Harare de 1995 y en la Carta de la *Commonwealth* de 2013 y que cuenta con una estructura orgánica permanente.

La problemática a la hora de determinar si la *Commonwealth* es una OI surge si se utilizan concepciones de otros autores instruidos en el De-

recho continental, como Díez de Velasco. Esta cuestión la trataremos en el siguiente apartado.

6. LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL EN LA *COMMONWEALTH*

Esta es la cuestión que más dificultades nos plantea, ser capaces de establecer si la *Commonwealth* tiene personalidad jurídica internacional. Recordemos que para Dale la personalidad jurídica no es un requisito a la hora de considerar una organización como organización internacional y para Peaslee no es un requisito esencial, sino un elemento opcional, que puede o no estar presente en una organización internacional. En cambio, para Díez de Velasco la personalidad jurídica internacional es un requisito imprescindible que toda organización internacional debe tener para poder ser considerada como tal. Cabe recordar que la adquisición de personalidad jurídica internacional está directamente relacionada con el concepto de subjetividad y capacidad jurídica internacional. Únicamente los sujetos internacionales pueden tener personalidad jurídica internacional. Esta capacidad jurídica internacional se refiere a la posibilidad de actuar en el plano internacional y de asumir obligaciones y ser titular de derechos, incluyendo entre otros derechos, la capacidad de celebrar tratados internacionales y el reconocimiento de privilegios e inmunidades, de acuerdo con las normas del Derecho internacional⁴³.

Antes de analizar la cuestión de la personalidad, es necesario detenerse en dos aspectos fundamentales referentes a la estructura de la *Commonwealth*, que complican, aún más, si cabe, la cuestión de su naturaleza jurídica. Estos dos aspectos son: la naturaleza bicéfala de la Secretaría de la *Commonwealth* y la complejidad estructural de la *Commonwealth* en su conjunto.

7. LA SECRETARÍA BICÉFALA DE LA *COMMONWEALTH*

Tal como hemos explicado, la Secretaría es el órgano principal de la *Commonwealth*, pero es, al mismo tiempo, una organización intergubernamental⁴⁴, y la mayoría de Estados miembros de la *Commonwealth* han reconocido a la Secretaría personalidad jurídica internacional de forma expresa. Este es el caso de Reino Unido, que le otorgó dicha capacidad, a través de la ley de 1966 sobre la Secretaría de la *Commonwealth*⁴⁵.

⁴³ B. A. BOCZEK, *International Law: A Dictionary*, Lanham, Scarecrow Press, 2005.

⁴⁴ THE COMMONWEALTH, *Commonwealth Secretariat Revised Strategic Plan 2013/14 - 2016/17*, The Commonwealth, 2013, p. 6.

⁴⁵ UK GOVERNMENT, *Commonwealth Secretariat Act, 1966*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1966/10>.

8. LA COMPLEJA ESTRUCTURA DE LA *COMMONWEALTH*

La *Commonwealth*, a su vez, está formada por tres organizaciones intergubernamentales:

— La Secretaría de la *Commonwealth* creada en 1965, a la que nos hemos referido anteriormente, que es la organización y órgano principal de la *Commonwealth*.

— La Fundación de la *Commonwealth* (*Commonwealth Foundation*) creada en 1966, que se encarga de apoyar a la sociedad civil organizada, a la hora de promover valores como la democracia, la cooperación al desarrollo y el diálogo intercultural.

— La *Commonwealth* para la educación (*Commonwealth of Learning*), creada en 1987, que promueve el desarrollo y puesta en común de una educación y aprendizaje abierto, moderno, accesible y a distancia.

Salvando las distancias, esta estructura nos recuerda a la estructura de la UE diseñada por el Tratado de Maastricht en 1992. Recordemos que, en aquel momento, la UE, que tenía cierta subjetividad internacional, no tenía atribuida expresamente personalidad jurídica internacional y estaba integrada por tres organizaciones internacionales: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea. En el caso de la *Commonwealth* ocurre algo similar, tampoco tiene expresamente atribuida capacidad jurídica internacional, cuenta con cierta subjetividad y además está integrada por tres organizaciones intergubernamentales, con personalidad jurídica cada una de ellas.

Además de esta estructura institucionalizada, formada por tres organizaciones intergubernamentales: *Commonwealth Secretariat*, *Commonwealth of Learning* y *Commonwealth Foundation*, la *Commonwealth* también cuenta con una estructura informal, que engloba una extensa red de asociaciones civiles y organizaciones no gubernamentales, como la *Commonwealth Parliamentary Association* o la *Commonwealth Games Federation* que trabajan conjuntamente con los órganos y organizaciones que conforman la *Commonwealth* para hacer efectivos los principios y propósitos por los que fue establecida.

Una vez clarificada la compleja estructura de la *Commonwealth*, retomamos la cuestión de la personalidad jurídica de la *Commonwealth*, recordemos que, en el Derecho internacional clásico, únicamente los Estados eran considerados sujetos internacionales y tenían atribuida personalidad jurídica internacional plena. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo xx, apareció una nueva categoría de sujetos de Derecho internacional dotados de una capacidad jurídica internacional limitada, las organizaciones internacionales⁴⁶.

⁴⁶ B. A. BOCZEK, *International Law...*, op. cit., n. 43.

Así, las organizaciones internacionales no cuentan con personalidad jurídica internacional plena, sino limitada a los propósitos por los que fueron creadas y, por ello, generalmente se hace necesario un instrumento jurídico de carácter constitutivo en el que se atribuya expresamente dicha personalidad. La manera de atribución no es homogénea y varía en función de las diferentes organizaciones. La importancia de la personalidad jurídica reside en que, si la organización no poseyera personalidad jurídica independiente y distinta a la de sus Estados miembros, la organización no sería nada más que una extensión de los propios Estados y, por tanto, cuando la organización actuara, se trataría, en realidad, de la actuación de los propios Estados⁴⁷. En el caso de la *Commonwealth*, no existe ningún documento en el que conste la atribución de dicha personalidad. Como hemos visto, no existe un tratado fundacional similar a la Carta de San Francisco de 1945, que creó las Naciones Unidas o el Tratado de Londres de 1949, que creó el Consejo de Europa, sino más bien un grupo de instrumentos normativos, como la Declaración de Londres de 1949, la Declaración de Singapur de 1971 o la Declaración de Harare de 1991, que, aunque se les reconoce un cierto valor constitutivo, no dejan de ser normas de *soft law*. Sin que, además, ninguna de ellas contenga disposición alguna sobre la personalidad jurídica de la *Commonwealth*.

Por tanto, la problemática jurídica de la *Commonwealth* reside en el propio acto de atribución de personalidad jurídica. Tal como hemos comentado, generalmente la personalidad jurídica internacional se atribuye a través de un acto expreso, pero ¿es esta la única manera de adquirir dicha personalidad? En Derecho internacional público, no existe ninguna norma que exija un acto expreso de atribución de personalidad jurídica a una organización internacional para que esta la tenga de forma efectiva. Si bien somos conscientes de que la existencia de este tipo de actos simplifican y clarifican la cuestión de la personalidad jurídica de una organización, pero también sabemos que esto no siempre ocurre.

De hecho, en la práctica internacional, vemos dos formas de adquisición de personalidad jurídica internacional. La primera *de iure* y la segunda *de facto*. La primera, tal como decíamos, requiere de un acto de atribución expreso, generalmente dicho acto se halla contenido en uno o varios instrumentos constitutivos de la organización internacional. El segundo, se refiere a la propia práctica de la organización o a la interacción de esta en el plano de las relaciones internacionales. En este sentido, Sarooshi señala que son relativamente pocos los tratados constitutivos que reconocen explícitamente la personalidad jurídica internacional de las organizaciones⁴⁸. Incluso cuando lo hacen, tal como observa Klabbbers,

⁴⁷ D. SAROOSHI, *Some preliminary remarks on the conferral by States of powers on international organizations*, New York, University School of Law, *Jean Monnet Working Paper*, núm. 3, 2003.

⁴⁸ *Ibid.*

es a través de disposiciones ambiguas e imprecisas, que no aclaran el alcance de esta⁴⁹. Así, en los casos en que no existe disposición expresa, será necesario seguir la opinión del Tribunal Internacional de Justicia en el caso de las reparaciones por los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas⁵⁰, que determinó la existencia de la personalidad jurídica internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a partir de la existencia de una personalidad jurídica distinta e independiente de la de sus Estados miembros. En el caso de la *Commonwealth*, observamos que esta organización actúa en la práctica, con una voz distinta (aunque consensuada) a la de sus miembros, adopta decisiones (aunque sean jurídicamente no vinculantes) independientes a la de sus miembros que fijan el rumbo de su actividad.

Por su parte, Dale sostiene que el hecho de que no exista una atribución expresa no es un hecho decisivo⁵¹. En realidad, en muchas organizaciones internacionales no existe tal acto. En este sentido, la personalidad jurídica internacional es una capacidad que puede ser adquirida en lugar de ser heredada genéticamente a partir de la constitución de la organización. Shaw señala que la personalidad también puede haberse adquirido si la organización en la práctica está sometida a obligaciones internacionales⁵². En el caso de la *Commonwealth* no está muy claro si está sometida a obligaciones internacionales. Sí lo están sus Estados miembros y las tres organizaciones intergubernamentales que la integran. En ocasiones, existen equívocos al respecto y se menciona que la *Commonwealth* ha alcanzado un acuerdo con otra organización para trabajar conjuntamente en un determinado tema, pero, la realidad es que, generalmente, es la Secretaría de la *Commonwealth* la que tiene capacidad para llegar a este tipo de acuerdos. Por ejemplo, el titular de la noticia publicada en la página web de la *Commonwealth* anuncia que la *Commonwealth* firmó un nuevo acuerdo con la Organización de Naciones Unidas en 2019 para trabajar de forma conjunta en la lucha contra el cambio climático y para erradicar la violencia contra las mujeres⁵³, sin embargo, el acuerdo fue pactado por la Secretaría de la *Commonwealth* y no por la *Commonwealth*⁵⁴.

Otros autores, como Bekker, relacionan la personalidad jurídica internacional con el ejercicio concreto, o al menos la capacidad potencial,

⁴⁹ J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁵⁰ Corte internacional de Justicia, asunto sobre la reparación de ciertos daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, *ICJ Rep* 174, 11 de abril de 1949, ICGJ 232 (disponible en <https://www.dipublico.org/cij/doc/4.pdf>).

⁵¹ W. DALE, «Is the Commonwealth an International...», *op. cit.*, n. 17.

⁵² M. SHAW, *International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

⁵³ THE COMMONWEALTH, *Commonwealth and United Nations sign new agreement*, 2019 (disponible en <https://thecommonwealth.org/media/news/commonwealth-and-united-nations-sign-new-agreement>).

⁵⁴ UNITED NATIONS, *Commonwealth*, 2020 (disponible en <https://www.un.org/en/un75/com-memoration/commonwealth>).

de ejercer ciertos derechos y cumplir con ciertas obligaciones⁵⁵. Siguiendo con esta concepción, aunque actualmente la *Commonwealth* no tiene dicha capacidad, la podría tener potencialmente, *de iure* o *de facto*, si sus miembros así lo desearan. En este sentido, Slinn señala que no habría dificultad legal alguna en que sus miembros se la reconocieran expresamente⁵⁶. Sin embargo, dicho acto de reconocimiento requiere de la voluntad política de sus miembros y, por tanto, la dificultad residiría en el propio acto de atribución, al ser este de naturaleza formal, colisionaría con el espíritu informal y flexible de la organización. En definitiva, no sería un problema jurídico, sino de carácter político.

Finalmente, Shaw observa que, a medida que la *Commonwealth* siga avanzando y asuma un mayor protagonismo en la escena internacional, estableciendo políticas comunes que tengan un impacto internacional o tomando decisiones vinculantes, se hará más necesario el reconocimiento de personalidad jurídica internacional y sus miembros podrán verse presionados a atribuírsela⁵⁷.

9. REFLEXIÓN FINAL: LA COMMONWEALTH COMO ALTERNATIVA A LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL BREXIT

Desde el año 2016, en que tuvo lugar el referéndum sobre la membresía de Reino Unido en la UE, los activistas británicos pro-*Brexit* argumentaban que Reino Unido debía reemplazar los vínculos con la UE por los de la *Commonwealth*, sin embargo, tal como señaló la Secretaria General de la *Commonwealth*, Patricia Scotland, esta argumentación no se ajustaba a la realidad y ofrecía a los votantes una opción falsa⁵⁸. Según Scotland, la relación *Commonwealth*-UE no debía plantearse en términos de competencia, sino de cooperación, ya que la *Commonwealth* y la UE son instituciones internacionales muy distintas⁵⁹, tanto en su naturaleza como en su metodología de trabajo o en su capacidad normativa. Tal como hemos señalado, al contrario que la UE, la *Commonwealth* opera en el terreno del *soft law* y sus Estados miembros prefieren que continúe manteniendo una naturaleza desinstitucionalizada y descentralizada, que le confiere una gran flexibilidad en el escenario internacional. En este sentido, ni ha habido, ni hay, ninguna propuesta oficial para replantearse dicha naturaleza, ni siquiera tras el *Brexit*.

A pesar de las grandes diferencias, cierto es que ambas comparten campos de actividad comunes, tales como el medio ambiente, la coope-

⁵⁵ P. BEKKER, *Commentaries on World Court Decisions 1987-1996*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

⁵⁶ P. SLINN, «The Commonwealth and the Law», *op. cit.*, n. 40.

⁵⁷ M. SHAW, *International law*, *op. cit.*, n. 52.

⁵⁸ W. JAMES, *New Commonwealth chief says 'don't pit us against EU' in Brexit debate*, Reuters, 2022 (disponible en <https://www.reuters.com/article/uk-britain-eu-commonwealth-idUKKCN0X11FR>).

⁵⁹ *Ibid.*

ración al desarrollo o la ayuda humanitaria y miembros comunes como Malta y Chipre, por lo que la era *postBrexit* podría comportar una gran oportunidad para replantear la relación de estas dos organizaciones y el papel de Reino Unido como catalizador⁶⁰. Lo ideal sería ampliar el marco de cooperación actual y profundizar de una manera estable en las diversas áreas comunes, ofreciendo cada una de ellas una metodología de trabajo complementaria.

Así mismo, ya en 2009, el ministro de exteriores William Hague, se refería al inmenso potencial de la *Commonwealth*⁶¹ y planteaba un acercamiento enérgico de Reino Unido hacia la *Commonwealth*⁶², ya que esta comprendía en ese momento 53 Estados y el comercio y la inversión en la *Commonwealth* representaba más del 20 por 100 de la participación mundial total (con potencial de aumento), lo que a su entender era susceptible de generar enormes beneficios económicos que Reino Unido debía capitalizar. Esta argumentación fue repitiéndose a lo largo de los años por distintos actores, y se intensificó durante la campaña del *Brexit*. De hecho, el manifiesto de 2015 del partido político euroescéptico UKIP decía claramente⁶³:

«La salida británica de la UE comportará un gran alivio para muchos otros miembros de la UE, que han sabido todo el tiempo que la gran mayoría de los británicos encuentran abominable la idea de una unión política con el resto de Europa.

Nuestra partida los liberará para tener una unión política plena [...] y nos liberará para aprovechar al máximo todos nuestros vínculos con la *Commonwealth*, con América del Norte, Australasia, gran parte de África, el subcontinente indio y todos los demás países donde el inglés es la primera o segunda lengua, así como, por supuesto, con Europa y la propia UE»⁶⁴.

En 2018, el entonces ministro de exteriores Boris Johnson insistía en que la *Commonwealth* debía jugar un papel clave en el futuro *postBrexit* de Reino Unido⁶⁵. Según Johnson, la salida de Reino Unido de la UE comportaba

«recuperar el poder de concluir acuerdos de libre comercio con nuestros amigos de la *Commonwealth*, permitiendo aprovechar al máximo los mer-

⁶⁰ M. MUT BOSQUE, «Setting a new framework for co-operation between the Commonwealth and the European Union», *Commonwealth & Comparative Politics*, vol. 54, núm. 3, 2016, pp. 409-435.

⁶¹ CONSERVATIVE PARTY SPEECHES, *William Hague: A 21st Century Partnership with the Commonwealth*, Conservative Party Speeches, 2009 (disponible en <https://conservative-speeches.sayit.mysociety.org/speech/601411>).

⁶² UK GOVERNMENT, *The Commonwealth in a networked world*, 2011 (disponible en <https://www.gov.uk/government/speeches/the-commonwealth-in-a-networked-world>).

⁶³ UKIP, *Believe in Britain*. UKIP Manifiesto 2015, 2015 (disponible en <https://d3n8a8pro7vhhmx.cloudfront.net/ukipdev/pages/1103/attachments/original/1429295050/UKIPManifiesto2015.pdf>).

⁶⁴ *Ibid.*, p. 71.

⁶⁵ UK GOVERNMENT, *Commonwealth has key role to play in the bright future for Britain: article by Boris Johnson*, 2018 (disponible en <https://www.gov.uk/government/speeches/commonwealth-has-key-role-to-play-in-the-bright-future-for-britain-article-by-boris-johnson>).

cados más prósperos del planeta [...]. Tan solo India tiene una economía de \$ 2,3 billones y un crecimiento anual del 7 por 100, muchísimo más rápido que cualquier país de la UE. Todo esto representa una gran oportunidad para las empresas británicas [...]. Hoy en día, la *Commonwealth* cuenta con un PIB combinado de \$ 10,5 billones, lo que representa casi el 14 por 100 de la economía mundial»⁶⁶.

A menudo, la *Commonwealth* es visionada con cierta nostalgia histórica y como una organización capaz de ofrecer a Reino Unido mayores oportunidades comerciales que la UE. Sin embargo, la realidad es que la entrada de Reino Unido en 1973 a la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) requirió que este tuviera que adoptar un gran número de requisitos comerciales y agrícolas, que eran incompatibles con el sistema comercial de la *Commonwealth*. Hasta la década de 1970, la *Commonwealth* contaba con un área de comercio preferencial (conocida como el Área de Comercio Imperial) y un área esterlina (*Sterling Area*) mientras que la Comunidad Europea trabajaba para el establecimiento gradual de un mercado común y una moneda única. La elección de Reino Unido de la CEE sobre la *Commonwealth* comportó el desmantelamiento del área preferencial de comercio y del área esterlina. En consecuencia, los restantes miembros de la *Commonwealth* tuvieron que adaptarse a la nueva realidad que implicaba la membresía de Reino Unido en las Comunidades Europeas respecto de la *Commonwealth*, asumir el impacto negativo a nivel comercial y modificar su política de alianzas internacionales. Ello implicó la transformación de la *Commonwealth* en una red de Estados más política que comercial y el desplazamiento de Reino Unido como actor central de la misma⁶⁷.

Así, actualmente, la *Commonwealth* se centra en la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, mientras que la UE se centra, aunque no exclusivamente, en el comercio. A diferencia de la UE, la *Commonwealth* no cuenta con un área de mercado común y establecer un área de estas características entraña una enorme dificultad, tanto por la variedad de Estados miembros con un grado de desarrollo económico y comercial dispar como por la heterogeneidad de los modelos y regulaciones comerciales de cada uno de los más de 50 Estados que conforman la *Commonwealth*.

Así mismo, la propia naturaleza *sui generis* y normativa de *soft law* de la *Commonwealth* comporta que, a día de hoy, la tarea de establecer un área comercial común sea inviable, pues el establecimiento de un área comercial alternativa al mercado común de la UE comportaría la adopción de normativa vinculante y la armonización de las reglas comer-

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ M. MUT BOSQUE, *Is the Commonwealth a Real Alternative to UK Membership of the European Union?*, London, Institute of European Studies, University of London, 2016 (disponible en <https://ucluropeblog.com/2016/02/24/is-the-commonwealth-a-real-alternative-to-uk-membership-of-the-european-union/>).

ciales de los diferentes Estados miembros, y, tal como hemos señalado a lo largo de estas páginas, la *Commonwealth* no está dotada de este tipo de competencias ni cuenta con instrumentos normativos vinculantes ni tiene la capacidad jurídica suficiente como para crear un área comercial de esta magnitud.

10. CONCLUSIONES

De todo lo anterior podemos concluir que la *Commonwealth* ha sufrido un largo y profundo proceso de transformación y una adaptación a las exigencias de las relaciones internacionales del siglo XXI. Históricamente, la *Commonwealth* es el resultado de la desmembración del imperio británico y la respuesta pragmática de los británicos ante lo inevitable, la autodeterminación de sus territorios coloniales y, en la mayoría de casos, posterior constitución como Estados soberanos. Los británicos consiguieron crear la fórmula *Commonwealth* para preservar buena parte de los lazos históricos, políticos y comerciales, que durante siglos habían tejido a nivel planetario. El proceso fue largo y complicado. En un principio, Reino Unido ocupaba un lugar central en la *Commonwealth*, pero gradualmente dejó de ocuparlo y en la actualidad esta organización transregional de 54 Estados es multicultural y se encarga principalmente de proteger los derechos humanos, fortalecer la democracia y apoyar el desarrollo sostenible de sus territorios más desfavorecidos, ofreciendo asistencia técnica y humanitaria a aquellos miembros que así lo requieran y lo soliciten voluntariamente. La *Commonwealth* no es una organización centrada en difundir la cultura británica o la lengua inglesa, su misión y competencias van más allá del ámbito lingüístico y cultural y abarca ámbitos como el comercial, el climático o el humanitario.

En cuanto a la subjetividad internacional de la *Commonwealth*, la respuesta no es sencilla, tal y como hemos comprobado a lo largo de estas páginas, la doctrina no se muestra unánime al respecto. Autores de la tradición jurídica del *common law*, como Peaslee y Dale, consideran que la *Commonwealth* es una organización internacional. Sin embargo, aquellos autores más formalistas, que tienen una concepción similar a la de autores como Díez de Velasco, no considerarían que la *Commonwealth* es una organización internacional, porque carece de un requisito esencial, tener personalidad jurídica internacional. Desde esta perspectiva, la *Commonwealth* debería ser definida como una asociación de Estados o una familia de naciones. En cambio, para Peaslee y Dale, la personalidad jurídica no es un requisito esencial a la hora de calificar una organización como organización internacional.

La flexibilidad del *common law* está presente en la naturaleza desinstitucionalizada de la *Commonwealth*, por ello podemos identificarla con esta última concepción menos formalista, en la que para ser considerada una organización internacional basta con ser una asociación de

Estados creada a través de uno o distintos instrumentos constitutivos, tener adoptados unos principios y propósitos concretos y contar con una estructura orgánica permanente (de como mínimo una secretaría). La *Commonwealth* cumple con todo ello. Es una asociación de 54 Estados, creada a través de la Declaración de Londres de 1949 y las Declaraciones de Singapur 1971 y de Harare 1991, con unos propósitos sólidos, como la defensa de los derechos humanos y la democracia, la lucha contra la pobreza y el cambio climático y la apuesta por el desarrollo sostenible y la educación igualitaria y global. Cuenta con órganos permanentes, como la Secretaría. También cuenta con instituciones *sui generis*, resultado de su herencia histórica, tales como la Jefatura de la *Commonwealth* que ostenta la reina Isabel II, que simboliza la independencia y la unidad de las naciones que conforman la *familia de la Commonwealth*, de esta última manera es cómo se refiere la reina a la hora de hablar de ella.

Aún más compleja resulta la cuestión de la personalidad jurídica internacional de la *Commonwealth*. Tal como hemos observado, no existe un acto de atribución expresa de dicha personalidad. Ninguno de los instrumentos normativos con los que cuenta la *Commonwealth*, contiene una disposición en este sentido. Ahora bien, en Derecho Internacional existen dos maneras de adquirir este tipo de personalidad, *de iure*, a través de un acto expreso, recogido en un instrumento normativo o, *de facto*, a partir de la propia interacción de la organización en el plano internacional y su capacidad para asumir y cumplir con las obligaciones internacionales. Por supuesto, la adquisición de personalidad, a través de un acto expreso resulta mucho más efectiva y fácil de corroborar, sin embargo, en la práctica no siempre ocurre de este modo. No podemos afirmar que, en la actualidad, la *Commonwealth* haya adquirido *de facto* personalidad jurídica internacional, puesto que dudamos de que esté sujeta a obligaciones internacionales. Ahora bien, no existe ningún obstáculo para que pueda adquirirla *de iure* o *de facto* en un futuro, siempre que esta sea la voluntad de los Estados miembros que la forman.

La naturaleza *sui generis* de la *Commonwealth* también se refleja en su estructura que, en nuestra opinión, podría simplificarse para dotarle de mayor agilidad. La *Commonwealth* está compuesta por tres organizaciones intergubernamentales y además una de ellas, la Secretaría, es su órgano principal. Asimismo, cuenta con una red de asociaciones y organizaciones no gubernamentales de carácter informal que forma parte de la llamada *familia Commonwealth* y que se encarga desde el plano de la sociedad civil organizada, de la implementación los fines para los que la *Commonwealth* se estableció.

Además de los elementos jurídicos, el peso de la *Commonwealth* en el escenario internacional a lo largo de diversos siglos y su transformación camaleónica para ir adaptándose a los nuevos retos le confieren un estatus único en el universo de las organizaciones internacionales, por lo que no debe ser entendida como una mera asociación de Estados, sino como

una organización internacional de naturaleza *sui generis*, fruto de una evolución histórica y un lugar en las relaciones internacionales único. No podemos acabar sin dejar de mencionar que su naturaleza es flexible y desinstitucionalizada, sin embargo, ha ido adquiriendo un cierto grado de formalización, ello puede observarse en la creación de nuevos órganos o en la adopción de nuevos instrumentos normativos. Sin olvidar que se trata de instrumentos normativos que pertenecen al ámbito del *soft law*, es decir, que no vinculan jurídicamente y, por tanto, su cumplimiento reside en el principio de buena fe.

Finalmente, a menudo, la *Commonwealth* es visionada con cierta nostalgia histórica y como una organización capaz de ofrecer a Reino Unido mayores oportunidades comerciales que la UE. De hecho, los activistas pro-*Brexit* argumentaban que Reino Unido debía reemplazar sus vínculos con la UE por los de la *Commonwealth*, porque esta última le ofrecía mayores ventajas comerciales. Sin embargo, la realidad es que la entrada de Reino Unido en 1973 a la entonces CEE requirió que este tuviera que adoptar un gran número de requisitos comerciales y agrícolas, que eran incompatibles con el sistema comercial de la *Commonwealth*. Las dos consecuencias más importantes de la membresía de Reino Unido en la UE fueron: la transformación de la *Commonwealth* en una red de Estados más política que comercial y que Reino Unido dejó de ser el actor central de la misma.

Así, actualmente, la *Commonwealth* se centra en la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, mientras que la UE se centra, aunque no exclusivamente, en el comercio.

Así mismo, la propia naturaleza *sui generis* y normativa de *soft law* de la *Commonwealth* hacen que, hoy por hoy, la tarea de establecer un área comercial común sea inviable, ya que ello comportaría la adopción de normativa vinculante y la armonización de las reglas comerciales de sus diferentes Estados miembros y, tal como hemos señalado a lo largo de estas páginas, la *Commonwealth* no está dotada de este tipo de competencias ni cuenta con instrumentos normativos vinculantes ni tiene capacidad suficiente para establecer un área comercial de esta magnitud.

