

EL DIFÍCIL CAMINO HACIA LA REGULACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA COERCIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA

CARMEN LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ¹
lopezju@ugr.es

Cómo citar/Citation

López-Jurado Romero de la Cruz, C. (2023).
El difícil camino hacia la regulación de la lucha contra
la coerción económica en la Unión Europea.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 75, 173-210.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.75.06>

Resumen

Entre las nuevas herramientas de la política comercial autónoma de la UE destaca el importante Instrumento de Lucha contra la Coerción Económica ejercida por parte de terceros países. En el momento actual este reglamento se encuentra en fase de propuesta legislativa de la Comisión, habiendo adoptado tanto el Parlamento Europeo como el Consejo sus respectivos mandatos de negociación en primera lectura. El presente trabajo analiza los principales aspectos que serán regulados en este futuro reglamento de la UE, incidiendo en las diferentes posiciones de las Instituciones comunitarias, así como su legalidad a la luz del derecho internacional público y del derecho de la Organización Mundial del Comercio.

¹ Profesora titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Granada. Deseo expresar mi agradecimiento por los comentarios efectuados en la fase de revisión por pares de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*.

Palabras clave

Unión Europea; política comercial común; coerción económica; comitología; Organización Mundial del Comercio; contramedidas comerciales; principio de la no intervención; responsabilidad internacional.

THE DIFFICULT ROAD TO REGULATE THE FIGHT AGAINST ECONOMIC COERCION IN THE EUROPEAN UNION

Abstract

Among the new tools of the EU's autonomous trade policy the important instrument to combat economic coercion by third countries stands out. This regulation is currently at the legislative proposal stage of the Commission, with both the European Parliament and the Council having adopted their respective negotiating mandates on first reading. This paper analyses the main aspects that will be regulated in this future EU regulation, highlighting the different points of view that are emerging among the EU Institutions in this respect, as well as its legality in the light of Public International Law and the World Trade Organization

Keywords

European Union; common commercial policy; economic coercion; comitology; World Trade Organisation; trade countermeasures; principle of non-intervention; international responsibility.

LE CHEMIN DIFFICILE VERS LA RÉGLEMENTATION DE LA LUTTE CONTRE LA COERCITION ÉCONOMIQUE DANS L'UNION EUROPÉENNE

Résumé

Parmi les nouveaux outils de la politique commerciale autonome de l'UE se distingue l'important instrument de lutte contre la coercition économique des pays tiers. Ce règlement est actuellement au stade de la proposition législative de la Commission, le Parlement européen et le Conseil ayant adopté leurs mandats de négociation respectifs en première lecture. Ce travail analyse les principaux aspects qui seront réglementés dans ce futur règlement de l'UE, en soulignant les différents points de vue qui émergent au sein des institutions de l'UE à cet égard, ainsi que sa légalité à la lumière du droit international public et du droit de l'Organisation mondiale du commerce.

Mots clés

Union européenne; politique commerciale commune; coercition économique; comitologie; Organisation mondiale du commerce; contre-mesures commerciales; principe de non-intervention; responsabilité internationale.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA PRÁCTICA CONTEMPORÁNEA EN MATERIA DE COERCIÓN ECONÓMICA. III. DEFINICIÓN DE LA COERCIÓN ECONÓMICA EN EL MARCO DEL INSTRUMENTO ANTICOERCIÓN. IV. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA ELECCIÓN DE LAS BASES JURÍDICAS EN EL MARCO DEL INSTRUMENTO ANTICOERCIÓN: 1. La cuestión de la subsidiariedad. 2. El solapamiento entre la política comercial común y la política exterior y de seguridad común en el marco del instrumento anticoercción. V. PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LAS CONTRAMEDIDAS COMERCIALES ANTICOERCIÓN. VI. LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN EL MARCO DEL INSTRUMENTO ANTICOERCIÓN. VII. COMPATIBILIDAD DEL INSTRUMENTO ANTICOERCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. VIII. REFLEXIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La iniciativa para la adopción de un Instrumento de Lucha contra la Coerción Económica (o Instrumento Anticoercción, IA, en adelante) de la Unión Europea (UE, en lo sucesivo) surgió durante el proceso legislativo que condujo a la aprobación del denominado reglamento sobre cumplimiento². En efecto, al tiempo que se aprobó dicho reglamento, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión adoptaron una declaración conjunta en la que subrayaron su preocupación en relación con las acciones de terceros países que pretenden obligar a la Unión o a un Estado miembro a adoptar o retirar medidas de carácter estratégico³. Se reconoció, de este modo, la necesidad de que la Comisión Europea presentara iniciativas legislativas capaces de contrarrestar esta nueva modalidad de amenaza al comercio

² Reglamento 2021/167 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de febrero de 2021, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 654/2014 sobre el ejercicio de los derechos de la Unión para aplicar y hacer cumplir las normas comerciales internacionales (DO L 49, de 12 de febrero de 2021, p. 1).

³ DO C 49 de 12 de febrero de 2021, p. 1.

internacional⁴. En cumplimiento de dicho mandato, el 8 de diciembre de 2021, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países⁵. La propuesta de la Comisión está avalada por un informe de evaluación de impacto⁶, y ha estado precedida de una consulta pública a los agentes económicos de la UE acerca de la existencia de prácticas de intimidación comercial por parte de terceros Estados.

El IA se inscribe en lo que podríamos calificar como la parte operativa del concepto de la *autonomía estratégica abierta* acuñado por la Comisión Europea en el ámbito de la política comercial común (PCC, en adelante), y desarrollado en su importante comunicación de 18 de febrero de 2021: *Revisión de la política comercial: una política comercial abierta, sostenible y asertiva*⁷. En lo sustancial, esta noción defiende que la UE debe seguir apostando por un comercio internacional basado en normas, aunque también propone que sea más asertiva en relación con las prácticas desleales y abusivas que en él se producen. El reglamento anticoerción ha de ser adoptado siguiendo el procedimiento legislativo ordinario (art. 207, apdo. 2 del TFUE). Hasta el momento el Parlamento Europeo⁸ y el Consejo han adoptado su posición de negociación en la primera

⁴ El 16 de septiembre de 2020 la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, anunció al presidente del Parlamento Europeo y a la presidenta en ejercicio del Consejo que presentaría una iniciativa legislativa para luchar contra la coerción económica por parte de terceros Estados (Comisión Europea, *State of the Union 2020, Letter of Intent to President David Maria Sassoli and to President in office of the Council, Chancellor Angela Merkel*, 16 de septiembre de 2020 (10651/20, INST 198, POLGEN 145, AG 41).

⁵ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países, COM (2021) 775 final, 8 de diciembre de 2021. Dicha propuesta viene acompañada de dos anexos. El primero de ellos recoge las medidas de respuesta que pueden ser adoptadas por la Comisión para contrarrestar la coerción por parte de un tercer país, mientras que el segundo desarrolla las normas de origen de un servicio. Las normas de origen de las mercancías están reguladas por el Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión (DO L 269, de 10 de octubre de 2013, p. 1).

⁶ Comisión Europea, *Impact Assessment Report*, SWD (2021) 371 final, de 8 de diciembre de 2021.

⁷ Comisión Europea, *Revisión de la política comercial: una política comercial abierta, sostenible y asertiva*, COM (2021) 66 final, de 18 de febrero de 2021, p. 4.

⁸ En el Parlamento Europeo, el expediente fue asignado a la Comisión de Comercio Internacional (INTA), actuando como ponente el alemán Bernd Lange. Parlamento

lectura del acto legislativo⁹, lo que ha abierto la vía para las negociaciones a tres bandas (*trilogue*) entre la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo, aún pendientes de conclusión¹⁰.

El objetivo de este trabajo será analizar los aspectos esenciales de esta iniciativa en su actual fase legislativa, para lo cual se intentará dar respuesta a las siguientes preguntas: a) ¿qué práctica contemporánea existe respecto al ejercicio de la coerción económica?; b) ¿qué significado tiene la coerción económica en el marco del IA?; c) ¿qué problemas se plantean en cuanto a la elección de su base jurídica?; d) ¿en qué consisten las contramedidas comerciales unilaterales a adoptar en este marco jurídico concreto?; e) ¿cuál es el procedimiento para la adopción de las contramedidas? y, f) ¿qué problemática plantea su adopción desde la perspectiva de su adecuación al derecho internacional y al de la Organización Mundial del Comercio (OMC, en adelante)?

II. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA PRÁCTICA CONTEMPORÁNEA EN MATERIA DE COERCIÓN ECONÓMICA

Las prácticas de coerción económica con motivación política han sido frecuentes a lo largo de la historia. Pensemos, a título de ejemplo, en el embargo estadounidense a Cuba tras la llegada al poder de Fidel Castro¹¹; en las medidas de restricción de las exportaciones de productos estratégicos adoptadas por la OTAN frente a la URSS durante la etapa de la Guerra Fría; o incluso en el embargo de petróleo de los países árabes a Occidente en 1973 por su apoyo a Israel (Bowett, 1976: 255; Drezner, 2021: 143; Farer, 1985:

Europeo, *Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países*, 2021/0406 (COD), 19 de abril de 2022. El Parlamento Europeo aprobó su posición de negociación el 13 de octubre de 2022 (Report A9-0246/2022).

⁹ El Consejo aprobó su posición negociadora el 16 de noviembre de 2022 (Consejo de la UE, Interinstitutional File: 2021/0406 (COD), 14837/22).

¹⁰ *Agence Europe*, 28 de marzo de 2023.

¹¹ En la sentencia Nicaragua contra Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia (CIJ, en lo sucesivo) señaló que: «En diversas ocasiones las autoridades de los Estados Unidos han expuesto con claridad los motivos por los que intervenían en los asuntos internos de un Estado extranjero, consistentes, por ejemplo, en la política interior de dicho país, su ideología, su nivel de armamentos o la orientación de su política exterior» (CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, *Nicaragua c. Estados Unidos*, fondo, sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 207).

412). Sin embargo, este tipo de prácticas coercitivas presentan caracteres novedosos en la era interdependiente de la postglobalización. Ello es fruto de diferentes factores concatenados. Es consecuencia, en primer lugar, de la modificación de la arquitectura económica global tras la creación de la OMC y de la celebración de numerosos acuerdos de libre comercio y de inversión, que han incrementado significativamente el comercio internacional en sus diferentes facetas. Se ha producido, en segundo lugar, un cambio en la naturaleza de los intercambios internacionales, que están basados actualmente en la existencia de cadenas globales de producción lo que, unido al desarrollo tecnológico, ha contribuido a redefinir los patrones clásicos del comercio y de la inversión (Feás y Steinberg, 2020: 13). Ello conlleva que la producción de los bienes sea, con frecuencia, el resultado final de procesos que tienen lugar en diferentes países del mundo. La interconexión profunda de las economías nacionales incrementa exponencialmente la capacidad de interferir con medidas coercitivas de carácter económico en cualquiera de esos procesos, amplificando los efectos dañinos de este tipo de tácticas coercitivas en el comercio internacional. En tercer lugar, la coerción económica se está ejerciendo en un momento histórico particular en el que se está configurando una nueva geopolítica internacional de carácter multipolar, destacando en particular el ascenso de China como rival sistémico de las potencias occidentales. Este viraje geopolítico se produce en un momento en el que, además, la OMC está sufriendo una grave crisis, tanto en lo que atañe al proceso de nomogénesis como en relación con su sistema de solución de diferencias (SSC, en lo sucesivo), lo que ha llevado a algunos de sus miembros a apostar por un modelo de aplicación forzosa descentralizada que descansa en la adopción de contramedidas comerciales unilaterales.

En su conjunto se observa que, aunque la interdependencia ha generado beneficios tangibles, también ha incrementado las posibilidades de que el comercio sea utilizado como arma económica por parte de los poderes hegemónicos a través de la adopción de medidas que restringen el comercio o la inversión (Ruys y Rodríguez, 2022: 2). Existe, en este sentido, una práctica bien documentada respecto a esta nueva modalidad de ejercicio de la coerción económica por parte de países como Estados Unidos (EE. UU.), Japón, Turquía o China (Erixon *et al.*, 2022: 23; Harrell *et al.*, 2018; Kroenig y Cimmino, 2020: 22; Lee, 2022). El informe de evaluación de impacto del IA incluye también casos de coerción económica por parte de Indonesia y de Rusia¹².

¹² La UE ha documentado casos de coerción económica por parte de Indonesia, como consecuencia del tratamiento del aceite de palma como combustible para el transporte; y por parte de Rusia, tras la identificación de los autores del derribo del vuelo

En el caso de EE. UU., se han calificado como medidas de coerción económica las medidas unilaterales adoptadas por este país de conformidad con el art. 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Su aplicación se enmarca en la guerra comercial desatada durante la Administración de Trump en relación no solo con China, sino también con otros terceros países (incluyendo a Brasil, India, Indonesia, Reino Unido, Turquía y Vietnam), así como con la propia UE (por ejemplo, las medidas proteccionistas al acero y al aluminio, o las adoptadas en el marco del asunto *Airbus-Boeing*). EE. UU. también ha amenazado con retirarse de acuerdos de libre comercio tanto bilaterales (así, con Corea del Sur) como regionales (así, del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte) con el objetivo de renegociar tales acuerdos de una forma más ventajosa e, incluso, ha amagado con retirar las ventajas arancelarias concedidas a la India a través de su sistema de preferencias generalizadas con el objetivo de mejorar las condiciones de acceso a su mercado (Hopewell, 2022: 60)¹³.

En el caso de Japón, las medidas coercitivas han ido dirigidas contra Corea del Sur y se han justificado públicamente por motivos de seguridad

de Malaysia Airlines MH 17 por un misil de fabricación rusa (Comisión Europea, *Impact Assessment Report*, citado, p. 12).

¹³ Las prácticas estadounidenses en relación con China llegaron incluso ante el SSC de la OMC. En efecto, en 2018 EE. UU, utilizando como base jurídica el mencionado art. 301, elevó los derechos arancelarios en relación con una amplia gama de productos procedentes de China —que se habían beneficiado del programa industrial Fabricado en China 2025—, sobre la base de que las prácticas gubernamentales de China en materia de transferencia de tecnología, propiedad intelectual e innovación constituían «un robo y apropiación indebida de tecnología, propiedad intelectual y secretos comerciales de los EE. UU., sancionados por el Estado». Ante el grupo especial, EE. UU. justificó sus contramedidas comerciales al amparo del art. xx a) del GATT de 1994, esto es, como medidas tendentes a proteger la moral pública de los EE. UU. China alegó, sin embargo, que el objetivo real de las medidas adoptadas por EE. UU. no era otro que reducir las exportaciones de China a los EE. UU. haciendo frente, de este modo, al déficit comercial de los EE. UU respecto a China. El grupo especial de la OMC que conoció del asunto no avaló los argumentos estadounidenses por falta de pruebas respecto a la existencia de un nexo entre las medidas adoptadas y el objetivo de la protección de la moral pública aducido, y condenó a este país por la violación de varios artículos del GATT de 1994 (WT/DS543/10, 27 de octubre de 2020). En la actualidad, el informe del grupo especial ha sido recurrido por EE. UU. ante el inoperante órgano de apelación (OA, en adelante) de la OMC, en lo que se conoce como un recurso nulo de pleno derecho (López-Jurado, 2021: 876).

nacional. Concretamente, Japón adoptó en 2019 medidas de restricción de las exportaciones de productos de doble uso (es decir, de productos que se pueden utilizar tanto en la industria civil como en la militar), al excluir a Corea del Sur de la lista de países (la denominada *white list*) a los que se podían exportar tales productos estratégicos. No está del todo claro, sin embargo, que la única motivación para excluir a Corea del Sur de la exportación de estos productos sea la seguridad nacional de Japón, sino que también parece estar en el trasfondo de esta decisión gubernamental el deseo de poner trabas a un rival directo en la producción de tecnología punta (productos electrónicos y semiconductores, fundamentalmente). Además se da la circunstancia de que la adopción de las medidas comerciales coincidió en el tiempo con un fallo del Tribunal Supremo surcoreano que ordenó a determinadas empresas japonesas compensar económicamente a particulares surcoreanos que habían sido forzados a trabajar para ellas durante la Segunda Guerra Mundial¹⁴ (Lee, 2022: 423-424).

En lo que respecta a China encontramos numerosos ejemplos recientes de coerción económica practicada por este país como forma de respuesta frente a determinadas tomas de posición, por parte de terceros Estados, respecto a su política interior o exterior (en Xinjiang, Hong Kong, Tíbet y Taiwán)¹⁵; en relación con determinados conflictos territoriales de los que China es parte (archipiélago de Diayou/Sendaku y Banco de Scarborough, ambos situados en el mar del Sur de China)¹⁶; respecto a cuestiones que China considera que

¹⁴ Ante dicho Tribunal, Japón alegó que ya había ofrecido una compensación económica a Corea del Sur de conformidad con un tratado concluido en 1965, pero el Tribunal Supremo entendió que esa compensación no excluía las demandas formuladas por los particulares.

¹⁵ China impidió el turismo a Taiwán, en vísperas de las elecciones presidenciales de 2019, con objeto de influir en sus resultados; también ha aplicado medidas coercitivas contra los países que han recibido al Dalai Lama, representante del Tíbet, como ocurrió con Mongolia en 2016.

¹⁶ El primer caso documentado trae causa de la disputa marítima entre China y Japón en relación con el archipiélago de Diayou/Sendaku, que está formado por ocho islas situadas en el mar del Sur de China. Cuando en 2010 un arrastrero chino colisionó, en las inmediaciones de dicho archipiélago, con un barco de la Guardia Costera de Japón y este detuvo a su patrón, China reaccionó suspendiendo las exportaciones de tierras raras a Japón, un componente tecnológico esencial para las industrias japonesas de alta tecnología como Toyota, Mitsubishi o Panasonic. El boicot chino incluyó también una campaña mediática cuyo objeto fue disuadir a su propia población de comprar productos japoneses. Igualmente, la disputa marítima entre China y Filipinas a propósito del denominado Banco de Scarborough, situado igualmente en el

afectan a su seguridad nacional (como el despliegue en Corea del Sur del escudo antimisiles estadounidense Terminal High Altitude Area Defense)¹⁷; por el tratamiento que reciben determinadas empresas chinas en el exterior (Huawei)¹⁸, o incluso como respuesta frente a determinadas opiniones gubernamentales de terceros Estados acerca de la responsabilidad de China en relación con la pandemia de la COVID-19 (es el caso de Australia)¹⁹. Se han llegado a identificar hasta 123 casos de coerción económica desde febrero de 2010 a marzo de 2022 (Adachi, *et al.*, 2022: 5). La doctrina especializada ha subrayado, como elemento diferenciador de la coerción económica ejercida por China respecto a la practicada por otros países, el carácter informal con el que, en muchas ocasiones, se adoptan las medidas de coerción económica al ser éstas el resultado de prohibiciones verbales por parte de las autoridades gubernamentales chinas, lo que dificulta cualquier forma de control (también el de la OMC), desafiando

mar del Sur de China, se saldó con medidas coercitivas consistentes en el establecimiento de controles sanitarios sobre las importaciones de plátanos filipinos, así como restricciones a los ciudadanos chinos para viajar a Filipinas.

¹⁷ Así, cuando Corea del Sur anunció en julio de 2016 el despliegue en su territorio del escudo antimisiles estadounidense de misiles Terminal High Altitude Area Defense (THAAD), China adoptó medidas de carácter económico que incluyeron, entre otras acciones, el cierre de 74 supermercados Lotte Mart surcoreanos ubicados en China alegando razones sanitarias.

¹⁸ En otros casos, las medidas de coerción económica tienen causa en la guerra tecnológica en curso, que está llevando a otros países a prohibir o restringir la participación de Huawei en la construcción de sus redes de telecomunicaciones 5G con objeto de salvaguardar su seguridad nacional y luchar contra el ciberespionaje, incluido el de carácter industrial. Así, cuando en 2019 Canadá detuvo a la directora financiera de Huawei, Meng Wanzhou, con el fin de aplicar un tratado de extradición con EE. UU. para ser procesada allí por una presunta violación de las sanciones estadounidenses contra Irán, China respondió, entre otras medidas, imponiendo restricciones a las importaciones canadienses de carne. También China perpetró un ciberataque a gran escala contra Australia cuando este país se negó a usar los productos de Huawei en sus redes de telecomunicaciones 5G. En la UE, sin embargo, no parece haber una estrategia común en esta materia, a pesar de que hay dos productores europeos de tecnología 5G entre sus empresas (Feás y Steinberg, 2020: 85).

¹⁹ Efectivamente, la coerción económica está motivada por la solicitud de Australia, en 2020, para que se llevara a cabo una investigación internacional sobre el origen y la expansión de la pandemia del coronavirus. En este caso, China impuso elevados aranceles a productos como la cebada y el vino procedentes de Australia, dificultando las importaciones de carne de vacuno, y prohibiendo la compra de madera y carbón australianos, entre otras medidas. Puede verse un análisis casuístico en Hanson *et al.* (2020).

frontalmente la *rule of law* del sistema comercial internacional (Czapnik y Mercurio, 2023: 337). Otro elemento característico de este modelo de coerción por parte de China es su carácter incierto hasta el punto de que es capaz de generar un clima en el que la sola amenaza de aplicar medidas coercitivas produce un efecto de contracción de la economía, afectando así negativamente a las relaciones contractuales y a las inversiones previstas. Las medidas suelen aplicarse, por último, de modo repentino haciendo imposible cualquier diálogo o la búsqueda de soluciones por anticipado (Szcepaniski, 2022: 3).

Lituania es el laboratorio en el que China ha comenzado a ejercer su coerción económica sobre la UE. En este caso, las medidas parecen estar motivadas por la retirada de Lituania del marco de cooperación entre China y los países del Este de Europa (conocido como formato 17+1), así como por la apertura de una oficina de representación de Taiwán en la capital de Lituania, Vilna. En efecto, como consecuencia de estas decisiones gubernamentales lituanas, a finales de 2021 los operadores económicos lituanos comenzaron a encontrar dificultades para exportar sus productos a China. Se produjo igualmente el desabastecimiento de materias primas procedentes de China y la eliminación de Lituania de su sistema informático. China, además, bloqueó las importaciones de productos procedentes de terceros países que contenían componentes de origen lituano, lo que produjo un efecto expansivo de sus medidas de coerción económica contra Lituania, al quedar afectadas también las industrias de terceros Estados situadas en las fases anteriores y posteriores de una determinada cadena de global de suministro. Además, China llegó a presionar a determinadas empresas, tanto de la UE como de terceros países, no solo para que dejaran de invertir en Lituania sino para que retiraran inversiones que habían realizado en ella previamente (Andrijauskas, 2022: 9).

La respuesta de la UE fue tajante y consistió en una acción doble. En primer lugar, la Comisión formuló su propuesta de Reglamento de lucha contra la coerción económica. En segundo lugar, la UE solicitó, el 27 de enero de 2022, la celebración de consultas en el marco del sistema de solución de diferencias (SSD) de la OMC²⁰, de conformidad con los arts. 1 y 4 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)²¹. En dicha solicitud, la UE alegó la existencia de restricciones para entrar en territorio

²⁰ OMC, *China. Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*, WT/DS610/1, G/L/1426, G/TFA/D4/1, G/SPS/GEN/1988, S/L/435.

²¹ A esta solicitud se sumaron otros miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC, en adelante) por considerar afectados sus propios intereses comerciales. Se trata de Austria, Canadá, EE. UU., Japón, Reino Unido y Taiwán.

chino²²; dificultades de las entidades establecidas en Lituania en relación con las mercancías que debían ser exportadas de China a Lituania²³; dificultades de las entidades establecidas en Lituania para obtener servicios financieros de las entidades chinas; y la denegación, por parte de las autoridades chinas, del despacho de aduana a los envíos de productos con certificados sanitarios o fitosanitarios expedidos por autoridades lituanas. Ese conjunto de medidas supuso, a juicio de la UE, una violación de diversos artículos del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)²⁴, acuerdos todos ellos abarcados por el derecho de la OMC. Dado que no se ha alcanzado una solución mutuamente convenida entre la UE y China, la UE ha solicitado el establecimiento de un grupo especial²⁵, que ha sido creado el 27 de enero de 2023, estando pendiente actualmente la designación de sus miembros.

En este repaso selectivo de las prácticas contemporáneas de coerción económica se puede plantear incluso si la propia UE ejerce prácticas de coerción económica cuando, por ejemplo, aplica políticas de condicionalidad positiva y negativa en el marco de su sistema de preferencias generalizadas

²² Esas restricciones comprenden, en particular: i) mensajes de error en los sistemas informáticos utilizados para introducir los datos necesarios para obtener el despacho de aduana de las autoridades aduaneras chinas; ii) bloqueo de contenedores en los puertos chinos a la espera del despacho de aduana; iii) omisiones por parte de las autoridades chinas de la tramitación a su debido tiempo, o de toda tramitación, de las solicitudes de despacho de aduana. Según la UE, estas restricciones son novedosas, numerosas, recurrentes y persistentes y están fuertemente correlacionadas desde el punto de vista temporal y sustantivo, así como en lo que concierne a la procedencia de las mercancías.

²³ Entre esas dificultades se incluyen omisiones por parte de las autoridades chinas de la tramitación a su debido tiempo, o de toda tramitación, de las solicitudes de despacho de aduana.

²⁴ Concretamente, la UE alega que las medidas adoptadas por China son incompatibles con las siguientes disposiciones y acuerdos abarcados: los arts. I.1, V.6, X.3 a), XI.1 y XVII del GATT de 1994; el art. 1.2 del Protocolo de Adhesión de China, junto con los párrafos 46 y 342 del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China a la OMC; los arts. 7 y 10 del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio; los arts. 2 y 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF; y los arts. II.1, VIII, XI.1, XVI Y XVII.1 del AGCS.

²⁵ WT/DS610/8, 9 de diciembre de 2022.

(SPG). Indudablemente, la condicionalidad positiva que promueve el SPG plus (SPG+) es una forma de interferencia en los asuntos internos de otros Estados, ya que pretende incentivar en ellos determinados estándares en materia social, medioambiental o de gobernanza. No obstante, el hecho de que tales estándares figuren, en último término, en instrumentos convencionales que los países en vías de desarrollo voluntariamente ratifican con el fin de obtener los beneficios arancelarios de la UE matiza el carácter puramente unilateral y conminatorio de las medidas. También ha de tenerse en cuenta que el tratamiento discriminatorio preferencial a los países en vías de desarrollo en el ámbito comercial está amparado por la cláusula de habilitación de la OMC. Más dudas se presentan en relación con las medidas de condicionalidad negativa, esto es, las relativas a la retirada de las preferencias arancelarias cuando se vulneran de forma grave los convenios internacionales de referencia. Sin embargo, en la práctica, la retirada de las preferencias por parte de la UE en el marco de los diferentes esquemas del SPG ha sido excepcional y se ha aplicado solo cuando se han constatado violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los terceros países beneficiarios (López-Jurado y Marín Aís, 2023). Por último, también podría discutirse si las medidas restrictivas del art. 215 TFUE adoptadas por la UE autónomamente —esto es, sin un acuerdo previo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (como, por ejemplo, las aplicadas a Rusia en el contexto de la guerra de Ucrania)—, pueden ser calificadas como medidas económicas coercitivas. Desde mi punto de vista, tales medidas son instrumentales para la consecución de objetivos legítimos contemplados por normas de derecho internacional general, como la que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, lo que justifica sobradamente su imposición.

En cualquier caso, interesa conocer cuál es la definición de coerción económica que la propia UE acuña, y cuál es (o será, eventualmente) el umbral de coerción económica a partir del cual la UE decide aplicar las contramedidas unilaterales a terceros países, pues, si éste es bajo, se le puede volver en contra²⁶.

III. DEFINICIÓN DE LA COERCIÓN ECONÓMICA EN EL MARCO DEL IA

Pues bien, el art. 1, apdo. 1, de la propuesta de reglamento anticoerción define la coerción económica como una situación en la que «un tercer país

²⁶ Ello ha llevado Baetens y Bronckers a afirmar que: «The EU has a self-interest to raise the bar on objectionable economic coercion rather high» (Baetens y Bronckers: 2022).

pretenda, mediante medidas que afecten al comercio o a la inversión, obligar a la Unión o a un Estado miembro a adoptar o abstenerse de adoptar un acto concreto». El art. 2, apdo. 1, precisa que el reglamento antioerción se aplicará concretamente cuando un tercer país:

- a) interfiera en las decisiones soberanas legítimas de la Unión o de un Estado miembro tratando de impedir o de conseguir la paralización, modificación o adopción de un acto concreto por la Unión o por un Estado miembro,
- b) o cuando aplique o amenace con aplicar medidas que afecten al comercio o la inversión.

Por su parte, el art. 2, apdo. 2, de la propuesta de reglamento enumera una serie de criterios, tanto objetivos como subjetivos, para determinar si se cumplen las condiciones anteriores. Son los siguientes: a) la intensidad, gravedad, frecuencia, duración, amplitud y magnitud de la medida del tercer país y la presión derivada de ella; b) si el tercer país está incurriendo en una pauta de injerencia destinada a obtener actos concretos de la Unión, de los Estados miembros o de otros países; c) el grado en que la medida del tercer país interfiere en la soberanía de la Unión o de los Estados miembros; d) si el tercer país actúa sobre la base de una preocupación legítima reconocida internacionalmente, y e) si, antes de imponer sus medidas, el tercer país ha intentado seriamente y de buena fe resolver el asunto mediante una coordinación internacional o una resolución jurisdiccional, ya sea bilateralmente o en un foro internacional, y en qué medida.

En su conjunto, definición y criterios constituyen una comprensión del fenómeno de la coerción económica concebido más como un «standard-like» que como una «rule-like» (Townley, 2019: 1172)²⁷. En efecto, la *definición* de coerción económica es deliberadamente amplia y ambigua²⁸ y, al estar plagada

²⁷ Townley expresa dicha distinción en los siguientes términos: «A rule is self-contained in the sense that if certain facts are true, a decision-maker is inexorably expected to respond in a particular way. By contrast, a standard tends to refer to an objective (e. g. reasonableness), and is much harder to assess ex ante (because events must actually have unspooled to make the assessment)» (2019: 1174).

²⁸ De hecho, su aplicación plantea problemas de solapamiento en relación con el denominado reglamento de bloqueo de la UE (Reglamento 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, DO L 309, de 29 de noviembre de 1996, p. 1). Consciente de ello, la Comisión Europea ha señalado que el reglamento contra la coerción econó-

de conceptos jurídicos indeterminados, otorga un gran poder discrecional en su aplicación. Se incluye en esta definición cualquier tipo de medida que afecte al comercio o a la inversión adoptada por un tercer Estado, sea esta: a) explícita (es decir, que cuenta con una base jurídica como puede ser la sección 301 de la Ley de Comercio Exterior estadounidense de 1974); b) encubierta (por ejemplo, la adopción de medidas de defensa comercial —como son las medidas *antidumping* o compensatorias—, pero de modo impropio, esto es, sin que exista por parte de la UE el comportamiento desleal que tales instrumentos regulan; e, igualmente, la adopción impropia de medidas de carácter sanitario o fitosanitario), o c) silenciosa (ejecutada mediante restricciones informales al comercio, esto es, sin recurrir a la adopción de actos jurídicos). Como vemos, cabe apreciar en esta definición alusiones a una UE soberana («decisiones soberanas legítimas de la Unión», «soberanía de la Unión» [*sic*]), en un sentido que, evidentemente, no tiene nada que ver con el concepto de soberanía propio del derecho internacional público, sino, más bien, con idea de la defensa de una UE geopolítica en el ámbito comercial en aplicación del concepto de la autonomía estratégica abierta propugnado por la Comisión en el ámbito de la PCC²⁹.

IV. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA ELECCIÓN DE LAS BASES JURÍDICAS EN EL MARCO DEL IA

1. LA CUESTIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD

Aunque se ha elegido como base jurídica del IA el art. 207, apdo. 2 del TFUE, que desarrolla la competencia exclusiva a la UE en materia de PCC

mica se aplicará preferentemente cuando las medidas extraterritoriales de un tercer país ejerzan simultáneamente coerción económica sobre la UE o algún Estado miembro de la UE. *Sensu contrario*, esto es, si no subyace en ellas el objetivo de interferir en la autonomía de decisión de las instituciones de la UE o de las autoridades de sus Estados miembros, ejerciendo una presión sobre ellos para que cambien su política, no se aplicará el reglamento contra la coerción, sino el reglamento de bloqueo (Comisión Europea, *Impact Assessment Report*, cit. p. 10). En esta línea, la doctrina considera que el reglamento anticoerción «would not operate when extraterritorial sanctions are aimed exclusively at private actors, unless the latter are considered a conduit, vector or proxy to coerce public authorities of the EU or Member States» (Ruys y Rodríguez, 2022: 13).

²⁹ Véase Comisión Europea, *Revisión de la política comercial: una política comercial abierta, sostenible y asertiva*, cit., p. 4.

ex art. 3, apdo. 1, letra e) del TFUE, la propuesta de reglamento es justificada por la Comisión a la luz del principio de subsidiariedad. Considero que ello no era en absoluto necesario ya que, como afirma la propia Comisión: «La cuestión de la subsidiariedad no se plantea cuando las medidas de coerción económica de terceros países o la respuesta de la Unión entran en el ámbito de la política comercial común». De modo que podemos preguntarnos por qué, entonces, se desarrolla la cuestión de la subsidiariedad. En su propuesta de reglamento la Comisión parece tener mucho interés en destacar que «solo una acción a escala de la Unión garantizaría una solución uniforme a un problema que preocupa a la Unión en su conjunto». Sin embargo, a pesar de lo expuesto, se desliza, a continuación, una frase que hace pensar que los Estados miembros también pueden actuar por su cuenta para contrarrestar la coerción económica ejercida por un tercer Estado, pero siempre que lo hagan sin invadir el ámbito de la PCC. Es la siguiente: «Los Estados miembros son los que tienen la responsabilidad y la capacidad de actuar en defensa de sus derechos en virtud del Derecho internacional. Esto incluye su derecho a actuar para contrarrestar la coerción económica internacional, siempre que lo hagan sin tomar medidas cuya competencia sea exclusiva de la Unión». Y a ello se añade que: «Sin embargo, un Estado miembro no puede adoptar legislación nacional relativa a la coerción económica dirigida contra la Unión y no contra dicho Estado miembro». Además, la legislación nacional no podría ofrecer una solución eficaz en la situación preocupante para la Unión en su conjunto o para todos los Estados miembros. Solo la Unión puede actuar para cumplir su obligación de definir y dirigir la política comercial común y los Estados miembros no pueden actuar en ese ámbito³⁰. Ello restringe la capacidad de actuación por parte de los Estados miembros a la mera adopción de medidas de retorsión que pueden consistir, por ejemplo, en la prohibición o limitación de las relaciones diplomáticas normales u otros contactos, o la retirada de los programas voluntarios de ayuda³¹.

³⁰ En aras de la exhaustividad, la Comisión insiste en que: «Se considera que el valor añadido de una acción a escala de la Unión reside en que se obtienen beneficios que no pueden lograrse de manera suficiente, si es que se logran, a escala de los Estados miembros. Estos beneficios se refieren a la disuasión y la lucha contra la coerción económica por parte de terceros países para preservar la autonomía de la Unión y de los Estados miembros en la elaboración de políticas y evitar que el comercio y la inversión se utilicen como armas» (véase, en la exposición de motivos de la propuesta de reglamento, el apdo. relativo al principio de subsidiariedad).

³¹ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad Internacional*, 2001, vol. II, 2.^a parte, p. 137, párr. 3, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1, Part 2.

2. EL SOLAPAMIENTO ENTRE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN Y LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN EN EL MARCO DEL INSTRUMENTO ANTICOERCIÓN

Otra cuestión que llama la atención es que, siendo los operadores económicos privados los que sufren en primera línea las medidas de coerción económica adoptadas por el tercer país que coacciona, se haya omitido, en la definición de coerción económica, cualquier referencia explícita a ellos³². Ello se debe a que, para la Comisión, la coerción económica tiene como destinatarios últimos a las autoridades públicas de la UE y/o de los Estados miembros, al ejercer presión sobre ellos para que cambien su política, lo que, en el caso de la UE, socavaría su «autonomía estratégica»³³.

A pesar de ello, los operadores económicos privados afectados por la coerción económica de un tercer Estado están presentes en la propuesta de reglamento anticoercción de la Comisión. En este sentido, y sin perjuicio de la responsabilidad del tercer país que ejerce la coerción económica determinada conforme al derecho internacional, la propuesta de reglamento les reconoce: «El derecho a recuperar de las personas designadas con arreglo al apartado 2, letra b, todo perjuicio que les hayan causado las medidas de coerción económica, en la medida en que las personas designadas hayan contribuido a tales medidas de coerción económica» (art. 8, apdo. 1, letra b). El mencionado apdo. 2, letra b) se refiere concretamente a las personas físicas o jurídicas que estén vinculadas o asociadas al gobierno del tercer país de que se trate y que, además, hayan causado o hayan participado en la coerción económica o hayan estado relacionadas con ella. Para sustanciar esa reparación, la Comisión podrá designar a tales personas

³² Durante la fase consulta pública, diversas asociaciones empresariales europeas sugirieron a la Comisión que ampliara el alcance de la definición para incluir en ella no solo la coerción ejercida por terceros Estados en relación con la UE o sus Estados miembros, sino también la practicada por el tercer Estado en relación con las empresas. Las asociaciones empresariales europeas indicaron que la coacción puede incluir la aplicación de las normas administrativas de forma mucho más estricta y gravosa, retrasos deliberados, denegación de licencias, medidas extraterritoriales, expropiación ilegal, normas sanitarias y fitosanitarias no justificadas científicamente en sectores muy regulados, como la tecnología médica, nuevas barreras de entrada al mercado, como los nuevos requisitos de contenido local (más altos) en las licitaciones públicas, o tiempos de tramitación más largos para la autorización de productos a los fabricantes extranjeros, así como el boicot de China a productos de determinados países de la UE (Comisión Europea, Dirección General de Comercio, Ref. Ares (2021) 5793361, de 22 de septiembre de 2021).

³³ Comisión Europea, *Impact Assessment Report*, cit., p. 11.

físicas o jurídicas en una «lista provisional», dándoles previamente la oportunidad de presentar sus observaciones sobre su posible designación (art. 8, apdo. 4).

Atento a las dificultades que plantea la propuesta de la Comisión, durante la primera lectura del proyecto de acto legislativo, el Consejo ha propuesto (lógicamente) una enmienda del mencionado art. 8, eliminando la posibilidad de que los operadores económicos privados puedan recuperar el perjuicio causado por las medidas de coerción económica. No obstante, se sigue contemplando la posibilidad de la UE aplique las contramedidas comerciales del IA a las personas físicas o jurídicas que estén vinculadas o asociadas al Gobierno del tercer país de que se trate. Con ese fin, se ha precisado técnicamente, además, el requisito de la vinculación o asociación con el Gobierno del tercer Estado que coacciona³⁴. El procedimiento que seguir para la adopción de los actos de ejecución —en los que figuren las personas (físicas y jurídicas) afectadas por las contramedidas de la UE—, es el del art. 15, apdo. 2 del reglamento anticoerción (procedimiento de comité, al que me referiré más adelante). Se mantiene, además, la obligación, que figuraba en la propuesta de la Comisión, de darles a tales personas previamente la oportunidad de presentar observaciones sobre su posible designación en la lista.

Esta regulación concreta, que conlleva la elaboración de listados de personas físicas y jurídicas evoca al procedimiento de adopción de las medidas restrictivas del art. 215, apdo. 2 del TFUE, aunque con la diferencia de que las medidas restrictivas se refieren a decisiones que han sido adoptadas en el marco de la política exterior y de seguridad común (PESC), y no en materia de PCC³⁵. De hecho, resulta revelador el que la Comisión se plantease utilizar, como base jurídica del IA, no solo el art. 207 del TFUE (PCC), sino también el art. 215 del TFUE, si bien finalmente descartó la mención último artículo, señalando que «Article 215 TFEU is not a dedicated instrument dealing specifically with the issue of economic coercion, setting out the EU's overall approach to it and the conditions under which the EU can counteract coercion. It follows that Article 215 TFEU is not an appropriate legal basis to achieve the objectives of this initiative»³⁶. No se ha optado, pues, por acudir al

³⁴ Consejo de la Unión Europea, Interinstitutional File: 2021/0406 (COD), 14837/22, de 16 de noviembre de 2022, *cit.*

³⁵ Recordemos que el Consejo puede actuar en virtud del art. 215 del TFUE para adoptar medidas restrictivas contra terceros países y contra personas físicas y jurídicas, sobre la base de una decisión en el ámbito de la política exterior y de seguridad común adoptada sobre la base del art. 29 TUE. Este art. dispone que: «El Consejo adoptará decisiones que definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático».

³⁶ Comisión Europea, *Impact Assessment Report*, *cit.*, p. 24.

art. 215 TFUE —para resolver la cuestión de la elección de la base jurídica de las contramedidas impuestas en el ámbito anticoncoerción a personas físicas o jurídicas vinculadas con el gobierno del tercer Estado que coacciona—, pero indudablemente este tipo de medidas están inflidas y también, en cierto modo, *contaminadas*, por elementos que hasta la fecha eran ajenos a la PCC.

Para añadir aún más confusión al esquema que acabamos de presentar, en la primera lectura de la propuesta de acto legislativo el Consejo ha formulado una enmienda en la exposición de motivos del reglamento anticoncoerción en la que señala que la regulación anticoncoerción se concibe sin perjuicio o de otra posible actuación de la UE en el ámbito de la PESC. En efecto, en la exposición de motivos del reglamento el Consejo ha añadido un apdo. 7 bis, en el que señala lo siguiente:

Economic coercion by third countries may be target foreign policy actions of the Union or a Member State, while a determination of the existence of economic coercion, and responses thereto, may have significant implications for relations with third countries. It is necessary to ensure consistent responses in distinct but related policy areas, and this Regulation is without prejudice to a possible Union action pursuant to specific provisions in Chapter 2 of Title V of TEU on the Union's common foreign and security policy, to which due consideration should be given when considering any response to economic coercion by a third country.

Desde mi punto de vista, ello demuestra nuevamente que estamos en un ámbito de interferencias y de yuxtaposición de políticas diametralmente opuestas, pero que convergen en la necesidad de la UE de mostrar músculo a los adversarios geopolíticos de la UE que puedan estar tentados en ejercer políticas de coerción económica contra la UE o contra alguno de sus Estados miembros. Demuestra, igualmente, el grado de preocupación que tienen los Estados miembros de la UE respecto a las prácticas de coerción económica, lo que se traduce en su voluntad de utilizar todo el arsenal de respuestas jurídicas posibles pertenecientes a las dos dimensiones de la acción exterior de la UE para hacerles frente. Resulta difícil imaginar, sin embargo, en qué puede consistir esa acción PESC, así como determinar de qué modo se garantizará, en los eventuales casos de doble acción (y doble base jurídica) a nivel de la UE, la aplicación de la cláusula de no afectación mutua entre la PESC y el resto de las políticas de la UE (incluida la PCC), regulada en el art. 40, apdo. 2 del TUE³⁷. Ello se debe a que, supuestamente, estamos ante medidas que no solo

³⁷ Esta cláusula: «Prevents the Council, i. e. The Member States acting unanimously, from using a CFSP legal basis to circumvent the competences that EU institutions have under the TFEU (and *vice versa*). It is also worth recalling that the Member

tendrán bases jurídicas diferenciadas, sino también procedimientos de adopción de decisiones diametralmente distintos (unanimidad en PESC/ mayoría cualificada en PCC), y un muy diferente control jurisdiccional por parte del TJUE (Perisin y Koplewicz, 2020: 402), por más que haya evolucionado su jurisprudencia en materia de PESC en el ámbito concreto del control de las medidas restrictivas adoptadas por la UE a personas físicas y jurídicas (Liñán Noguera, 2022: 668; Santos Vara, 2021: 181). Se trata de una cuestión importante que tiene repercusiones en clave de legalidad y de respeto a la arquitectura constitucional de la UE pues, como han señalado Martínez Capdevila y Blázquez Navarro: «Determinar si la acción exterior de la UE debe encuadrarse dentro de la PESC o en el marco de otras políticas de la Unión no es uno de esos debates fútiles que carecen de consecuencias prácticas. Las diferencias en los procedimientos decisorios, el control democrático y la competencia judicial en un marco u otro tienen una importancia sustantiva» (2013: 198). La solución parece estar en la adopción de dos actos paralelos con sus bases jurídicas diferenciadas respetando los respectivos procedimientos de adopción de decisiones. Cabe recordar, además, como indica el art. 275 TFUE, que el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del art. 40 del TUE. En todo caso, la UE deberá actuar en su acción exterior con la debida coherencia, para lo cual el Consejo y la Comisión cuentan con la asistencia de Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad *ex* art. 21, apdo. 3 del TUE.

V. PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LAS CONTRAMEDIDAS COMERCIALES ANTICOERCIÓN

En la propuesta de IA las contramedidas están concebidas como medidas disuasorias y de último recurso. En efecto, el art. 1, apdo. 1 de la propuesta legislativa señala que: «El presente reglamento establece un marco para que la Unión responda en estos casos con el objetivo de disuadir al tercer país o hacer que desista de tales acciones y permitir a la Unión contrarrestarlas como último recurso». En este sentido, la propuesta de reglamento contempla que, antes de la adopción de las «medidas de respuesta», la Comisión pueda explorar vías alternativas para que cese la coerción económica. Entre tales vías figuran las negociaciones directas, las medidas diplomáticas de solución de contro-

States are also limited in pursuing their security policies individually if the matter lies in the field of the CCP. This was made clear in the Centro-Com case» (Perisin y Koplewicz, 2020: 404).

versias (mediación, conciliación o buenos oficios) y las medidas de carácter judicial, como someter el asunto a una resolución jurisdiccional internacional³⁸. Existe, igualmente, la posibilidad de plantear el asunto «en cualquier otro foro internacional competente» (pensemos, por ejemplo, en el G7). Estas ventanas de oportunidad permanecen abiertas incluso aunque ya se hayan adoptado las contramedidas por parte de la UE. La Comisión tiene la obligación de mantener informados al Parlamento Europeo y al Consejo de las principales novedades que se produzcan (art. 5). Además, la Comisión podrá entablar consultas, en nombre de la Unión, con cualquier otro país afectado por medidas idénticas o similares de coerción económica o con cualquier tercer país interesado, con vistas a obtener el cese de la coerción. Ello puede implicar la coordinación en los foros internacionales pertinentes y la coordinación de la respuesta a la coerción (art. 6).

Cuando no se alcance una solución convenida, y el tercer país mantenga las medidas coercitivas, la Comisión podrá adoptar las contramedidas económicas siempre que se den dos requisitos cumulativos: a) en primer lugar, que la acción se considere necesaria para proteger los intereses y los derechos de la Unión y de sus Estados miembros en ese caso concreto, y b) en segundo lugar, que la acción redunde en interés de la Unión (art. 7, apdo. 1, c). De nuevo, la incorporación de estos conceptos jurídicos indeterminados (acción necesaria, interés de la UE) otorga a la Comisión un amplio poder discrecional a la hora de adoptar las contramedidas dificultando un eventual control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia de la UE³⁹.

En cuanto al contenido de las contramedidas hay que estar a lo dispuesto en el anexo I de la propuesta de reglamento. Regula este un conjunto extraordinariamente amplio de medidas de respuesta por parte de la UE que pueden afectar no solo al comercio de mercancías, sino también a la contratación pública, al comercio de servicios, a la inversión extranjera directa, a los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, a los servicios financieros y la imposición de restricciones a la banca, a los seguros, el acceso a los mercados de capitales de la Unión y otras actividades de servicios finan-

³⁸ El apdo. 13 *bis* de la posición del Consejo establece que: «En particular, cuando el tercer país suspenda sus acciones y acepte someter el asunto a un arreglo judicial, debería celebrarse un acuerdo internacional con el tercer país, si es necesario. Este acuerdo internacional puede ser celebrado por la Unión, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 218 del TFUE, o por el Estado miembro afectado». Esta última posibilidad se podría utilizar para llevar el asunto ante la CIJ cuya jurisdicción, al ser voluntaria, exige el consentimiento de los Estados.

³⁹ Posiblemente, con objeto de limitar esa discrecionalidad, el Consejo ha añadido un art. 7 *bis* que desarrolla el criterio del «interés de la Unión».

cieros. Incluso se prevé la posible adopción de restricciones de acceso a los programas de investigación financiados por la Unión, o su exclusión en caso de que ya hayan sido concedidos⁴⁰. La amplitud de las contramedidas contempladas por el anexo I refuerza el carácter disuasorio de este instrumento legislativo. No es de extrañar que el IA haya sido comparado con un *bazooka* (Gijs, 2022). En todo caso, las «medidas de respuesta» deben ajustarse, en su aplicación, al principio de proporcionalidad. Además, como se ha señalado anteriormente, tales medidas pueden ir dirigidas no solo contra el tercer país que ejerce la coerción económica, sino también contra una persona física o una empresa extranjera vinculada a dicho país.

VI. LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN EL MARCO DEL INSTRUMENTO ANTICOERCIÓN

Durante el proceso legislativo, la forma de adopción de decisiones en esta materia está siendo objeto de enconados debates entre la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo. Hay concretamente dos tipos de decisiones que resultan cruciales en esta materia, a saber: a) la determinación de la existencia de coerción económica, y b) la imposición de las contramedidas.

En lo que se refiere a la determinación de la existencia de coerción económica, el art. 4 de la propuesta de reglamento identifica a la Comisión como la institución comunitaria con competencia para determinar, mediante una simple decisión, cuándo se da tal situación, solución que es avalada por el Parlamento Europeo. Sin embargo, siguiendo las recomendaciones de su Servicio Jurídico⁴¹, el Consejo está defendiendo una fórmula diferente para llevar a cabo esa importante determinación⁴². La modificación efectuada por el Consejo en relación con este art. se traduce en que el Consejo se atribuye la

⁴⁰ Esta última medida ha sido excluida por el Consejo, siguiendo las recomendaciones de su servicio jurídico. Dicho servicio jurídico también ha señalado las limitaciones existentes respecto a la posibilidad de aplicación de contramedidas relacionadas con la suspensión de las obligaciones internacionales aplicables con respecto a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio concedidos por una institución u organismo de la UE (Interinstitutional File: 2021/0406 (COD), 30 de agosto de 2022, *cit*, pp. 9-13).

⁴¹ Consejo de la UE, Interinstitutional File: 2021/0406 (COD), 30 de agosto de 2022, *cit*, p. 25.

⁴² Un total de once países presionaron para que el Consejo de la UE lograra una mayor influencia en el proceso de adopción de decisiones en esta materia. Se trata de

competencia para adoptar el acto de ejecución que determina la existencia de coerción económica⁴³. En este sentido, la propuesta negociadora del Consejo prevé en este punto que la Comisión presentará al Consejo una propuesta de acto de ejecución⁴⁴, que será adoptado por este por mayoría cualificada. También, por la misma mayoría, el Consejo puede modificar la propuesta de la Comisión. Por lo tanto, de ser aprobada esta enmienda, será el Consejo y no la Comisión la institución que adopte el acto de ejecución en el que se determine la existencia de coerción económica, y ello pese a que el art. 291. 2 del TFUE establece que «cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, estos [los Estados miembros] conferirán competencias de ejecución a la Comisión». Por lo tanto, se trata de una modificación objetable desde el punto de vista jurídico, aunque no tanto desde el punto de vista político, teniendo en cuenta el alcance geoeconómico puede tener la actuación de la UE en el marco del IA. Ni que decir tiene que, de ser aprobada la posición defendida por el Consejo, se limitarán decisivamente los poderes de ejecución de la Comisión en esta primera fase del procedimiento.

En cuanto a la imposición de las «medidas de respuesta», el art. 7 de la propuesta de reglamento anticoerción contempla que sea la Comisión la institución competente para adoptar el acto de ejecución en el que se determine el alcance de las contramedidas («de entre las medidas previstas en el anexo I»), de conformidad con el «procedimiento de examen» al que alude el art. 15, apdo. 2 de la propuesta de reglamento. Se trata este de un procedimiento que está regulado por el reglamento de comitología, que obliga a la Comisión, antes de adoptar el acto de ejecución, a consultar a un comité (denominado comité de examen) que está formado por representantes de los Estados miembros⁴⁵. Según este procedimiento, para que la Comisión pueda adoptar un acto de ejecución es necesario que, previamente, el comité de examen adopte un dictamen favorable por mayoría cualificada (el 55 % de los países de la UE que representen como mínimo al 65 % de la población

Alemania, Austria, Croacia, Eslovenia, Finlandia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía y Suecia (Gijs, 2022).

⁴³ Véase Servicio Jurídico del Consejo (Interinstitutional File: 2021/0406 (COD)), 30 de agosto de 2022, *cit.*, p. 26).

⁴⁴ *Agence Europe* 16 de noviembre de 2022.

⁴⁵ Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DO L 55, de 28 de febrero de 2011, p. 13). Nos referiremos a él como reglamento de comitología.

total de la UE). Salvo en los casos excepcionales previstos en el art. 5. 4 del reglamento de comitología⁴⁶, la Comisión también puede adoptar el acto en caso de que el comité no emita dictamen. Por el contrario, en caso de que el comité emita un dictamen desfavorable, la Comisión no podrá adoptar el acto de ejecución. Cabe entonces, bien que la Comisión presente ante el mismo comité una versión modificada del proyecto de acto de ejecución en el plazo de dos meses a partir de la emisión del dictamen no favorable, bien que la Comisión presente el proyecto de acto de ejecución (que no logró el visto bueno del comité de examen) a un comité de apelación para una nueva deliberación. Este comité de apelación está formado por representantes de los Estados miembros, si bien a un nivel de representación superior. El comité de apelación podrá aprobar o rechazar la propuesta de acto de ejecución presentada por la Comisión (Janer, 2012: 20). También podrá producirse en él un nuevo caso de «ausencia de dictamen», lo cual faculta a la Comisión a adoptar el acto de ejecución, una situación que, en la práctica, se ha revelado muy delicada, especialmente en casos que son sensibles en términos políticos y económicos⁴⁷.

⁴⁶ Los casos en los que la Comisión no puede adoptar un acto de ejecución en ausencia de dictamen, se dan cuando: «a) dicho acto se refiera a la fiscalidad, los servicios financieros, la protección de la salud o la seguridad de las personas, los animales o las plantas, o medidas de salvaguardia multilaterales; b) el acto de base establezca que el proyecto de acto de ejecución no podrá ser adoptado si no se ha emitido un dictamen, o c) se oponga a ello una mayoría simple de los miembros que componen el comité. En cualquiera de los casos mencionados en el párrafo segundo, cuando se considere necesario un acto de ejecución, el presidente podrá, bien presentar al mismo comité una versión modificada del mismo en el plazo de dos meses a partir de la votación, bien presentar al comité de apelación para una nueva deliberación el proyecto de acto de ejecución en el plazo un mes a partir de la votación».

⁴⁷ Precisamente, con objeto de resolver estas situaciones de «ausencia de dictamen», la Comisión Europea propuso una reforma del reglamento de comitología basada en excluir en el cómputo de la mayoría cualificada a los Estados miembros ausentes o que se abstengan. También propuso que, si se da una situación de «ausencia de dictamen» en el Comité de Apelación, la Comisión pueda remitir la cuestión formalmente al Consejo para que emita un dictamen no vinculante —propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n.º 182/2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, COM (2017) 85 final, 14 de febrero de 2017—. Esta propuesta no ha encontrado, sin embargo, la aceptación de los legisladores de la UE (Bourgeois y Chamon, 2020: 530). Ello es lógico pues, como señala Chamon, la propuesta «reintroduce the pre-Lisbon discrimination

Quizás precisamente por ello, durante la primera lectura del acto legislativo, el Consejo ha propuesto una modificación al art. 15, apdo. 2 del reglamento anticoerción, precisando que, si el comité no emite ningún dictamen, la Comisión no adoptará el acto de ejecución, y se aplicará el art. 5, apdo. 4 del reglamento de comitología, al que hemos aludido⁴⁸. De salir adelante esta enmienda a la propuesta de reglamento anticoerción de la Comisión, ello implica que los representantes de los Estados miembros pueden bloquear la adopción de las contramedidas por parte de la Comisión de dos formas: la primera, aprobando un dictamen desfavorable; y la segunda, decidiendo no emitir ningún tipo de dictamen. Esta modificación del Consejo tiene sentido debido a la naturaleza geopolítica de las decisiones que se adoptan en esta materia, que necesitan un fuerte apoyo por parte de los Estados miembros. Sin embargo, también es cierto que pueden darse casos en los que, debido a cualquiera de las dos situaciones mencionadas, la Comisión no pueda actuar adoptando actos de ejecución frente a la coerción económica ejercida por un tercer Estado contra la UE o contra alguno de sus Estados miembros. Tendríamos, pues, un problema identificable de coerción económica, pero no así una solución a escala de la UE. En este tipo de situación, ¿se puede pretender que los intereses de los Estados miembros afectados por las medidas de coerción económica quedan suficientemente protegidos simplemente mediante su capacidad individual de adoptar medidas de retorsión?; ¿qué consecuencias tendría esta falta de solidaridad intracomunitaria para la propia UE?, y ¿qué mensaje se lanzaría al mundo?

Por otra parte, la doctrina ha echado en falta que no se le reconozca al Parlamento Europeo algún papel en lo que concierne al control de la ejecución de los actos, más aun teniendo en cuenta que, tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, en materia de PCC la Comisión está actuando como un órgano ejecutivo de actos legislativos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo⁴⁹. Desde mi punto de vista, cabe señalar al respecto que, tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, en realidad son los Estados miembros quienes tienen la competencia de ejecución del derecho

between the two branches of the EU legislature which made contest the comitology system for decades» (Chamon, 2017).

⁴⁸ En efecto, señala que: «Where the Committee delivers no opinion, the Commission shall not adopt the draft implementing act and the third subparagraph of Article 5 (4) of Regulation N° 182/2011 shall apply».

⁴⁹ En este sentido, Weib ha señalado que: «The role of the European Parliament must be expanded in order to eliminate the contradiction between its strong position in the formulation of trade policy and its lack of effective supervision of the implementation in a time of strong politicisation» (2022: 9).

derivado, salvo «cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión»; en tales casos, los Estados miembros «conferirán competencias de ejecución a la Comisión» (art. 291. 2 TFUE). Por lo tanto, no solo no tiene un papel el Parlamento Europeo, sino que tampoco lo tiene el Consejo como institución de la UE⁵⁰.

Además de estas dos importantes decisiones —determinación de la existencia de coerción económica y de la naturaleza de las contramedidas—, la propuesta de reglamento (art. 14), tal y como ha sido enmendada por el Consejo, contempla la posibilidad de que la Comisión pueda adoptar actos delegados *ex* art. 290 del TFUE para modificar los puntos 2 y 3 del anexo II (origen de un servicio y nacionalidad de una inversión) durante un período de 5 años a partir de fecha de entrada en vigor del Reglamento. Esta delegación de poderes se prorrogará tácitamente por períodos de idéntica duración, excepto si el Parlamento Europeo o el Consejo se oponen a dicha prórroga a más tardar tres meses antes del final de cada período. Por tanto, en este caso, la acción de la Comisión será objeto de escrutinio por parte del Parlamento Europeo y el Consejo, lo cual es lógico teniendo en cuenta el carácter delegado de la competencia de la Comisión.

VII. COMPATIBILIDAD DEL IA CON EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El IA de la UE parte de la premisa de que el derecho de la OMC no aborda de manera suficiente el problema de la coerción económica ejercida por parte de terceros Estados, situación que la faculta para adoptar contramedidas unilaterales con base no en el derecho de dicha organización internacional, sino en el derecho internacional⁵¹. En este sentido, en el informe de evaluación de impacto del IA la Comisión afirma que el objetivo del IA es defender a la UE no contra las infracciones de sus derechos en virtud del derecho de la OMC, sino de las prácticas de terceros países que interfieran coactivamente

⁵⁰ Precisamente lo que está intentando la Comisión en su propuesta de reforma del Reglamento de Comitología es implicar al Consejo en los casos de «ausencia de dictamen», como hemos señalado anteriormente.

⁵¹ Se trata de una línea de argumentación que ya ha sido defendida por la propia UE en una reunión del Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC, en la que se debatía la solicitud de Australia a propósito de unas «medidas que perturban y restringen el comercio» aplicadas contra ella por China (OMC, Consejo del comercio de mercancías, G/C/M/140, de 21 de octubre de 2021, p. 67).

en los asuntos internos o externos de la propia UE o de sus Estados miembros, de conformidad con el derecho internacional⁵².

Excluida la aplicación del art. 2. 4 de la Carta de Naciones Unidas por considerarse que la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza que este regula no incluye la coerción económica, el principio de derecho internacional que la UE considera vulnerado por las medidas de coerción económica de un tercer Estado no es otro que el principio consuetudinario de la no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados. Se trata de un principio proclamado en la importante Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU)⁵³. En ella, la AGNU señala que:

Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son violaciones del derecho internacional.

A lo que la AGNU añade que «ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden».

En la sentencia *Nicaragua c. Estados Unidos* la Corte Internacional de Justicia (CIJ) afirmó que el principio de no intervención «implica el derecho de todo Estado soberano a conducir sus asuntos sin injerencia externa. Aunque

⁵² *Impact Assessment Report*, cit., p. 23.

⁵³ La Resolución 2625 (XXV) de la AGNU, de 24 de octubre de 1970, contiene la *Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. La Declaración en este punto está inspirada en el art. 19 de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, que establece que: «Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen». La Resolución 2625 (XXV) encontró posteriormente desarrollos adicionales en la Resolución 3171 (XXVIII) de la AGNU, de 17 de diciembre de 1973, sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales, especialmente en su apdo. 4; y en el art. 32 de la Resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974, que contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

los ejemplos de vulneración del principio no sean escasos, la Corte considera que [dicho principio] forma parte e integra el derecho internacional consuetudinario»⁵⁴. Más adelante, la CIJ señala que dicho principio también se ha formulado como un corolario del principio de la igualdad soberana. Respecto al contenido del principio de no intervención, la CIJ advierte que, según las formulaciones generalmente aceptadas, dicho principio:

Prohíbe a todos los Estados o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otros Estados. La intervención prohibida, por lo tanto, tiene que afectar a las materias que el principio de soberanía del Estado permite a cada uno de ellos decidir libremente. Una de éstas es la elección del sistema político, económico, social y cultural y la formulación de la política exterior. La intervención es ilícita cuando a raíz de esas elecciones, que deben permanecer libres, se utilizan medios coactivos⁵⁵.

Basándose en esta jurisprudencia, la doctrina ha relacionado la coerción económica con el concepto de «*domaine réservé*» (Helal, 2019; Ruys y Rodríguez, 2022: 10), aunque sus límites son difíciles de establecer, más en un mundo de interdependencia y de atribución de competencias por parte del Estado, también en esos ámbitos, a organizaciones internacionales.

Sin embargo, no está de más recordar que, en esta importante sentencia, la CIJ consideró que las medidas económicas adoptadas por los EE. UU. en perjuicio de Nicaragua, y que culminaron con el embargo comercial decretado el 1 de mayo de 1985, no eran ilícitas, y ello a pesar de que uno de los consejeros que defendieron a Nicaragua sostuvo que las mencionadas acciones sumadas unas a otras constituían una violación sistemática del principio de no intervención⁵⁶. Ello ha llevado a algún autor a afirmar que, a los efectos de determinar si existe coerción económica, es necesario utilizar una metodología de análisis diferente a la utilizada por la CIJ en el mencionado asunto, esto es, una metodología que tenga en cuenta, como proponía en ese caso el consejero nicaragüense, el número acumulado de medidas de coerción económica que son aplicadas por parte del tercer país que coacciona (Helal, 2019: 64-65)⁵⁷. Otro párrafo significativo de esta sentencia, por las implicaciones que tiene en este trabajo, es aquel en el que la CIJ afirma que no tiene

⁵⁴ CIJ, *Nicaragua c. Estados Unidos*, párr. 202.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 205.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 244.

⁵⁷ De hecho, como hemos señalado anteriormente, el proyecto de reglamento anticoerción alude a la coerción como «pauta de injerencia destinada a obtener actos concretos de la Unión, de los Estados miembros o de otros países» (art. 2, apdo. 2, letra b).

que pronunciarse sobre posibles violaciones del GATT, a las que se había referido Nicaragua ya que «cualquier violación de este tipo parece quedar fuera de la competencia de la Corte»; a lo que añade que «la Corte no puede considerar las medidas económicas aquí aducidas como violaciones del principio consuetudinario de no intervención»⁵⁸.

La UE es plenamente consciente de las dificultades de encaje jurídico-internacional de la nueva normativa comunitaria en materia de lucha contra la coerción económica, hasta el punto de que, en el considerando 5 de la exposición de motivos de la propuesta de reglamento antioerción, se afirma que: «Conviene que la Unión contribuya a la creación, el desarrollo y la clarificación de marcos internacionales para la prevención y la eliminación de situaciones de coerción económica». Esta afirmación confirma que la Comisión de la UE pretende, con esta iniciativa legislativa, contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional en relación con el principio internacional de la no intervención, ofreciendo una definición muy amplia de la coerción/intervención económica. El Servicio Jurídico del Consejo subraya, en esta misma línea de argumentación, que: «The precise definition of coercion, and thus of unauthorised intervention is not fully crystallised in international law. In addition, while countermeasures as such are considered legitimate under customary international law, the individual requirements and procedures for doing so are often debated and less clear»⁵⁹.

Es, de este modo, la objetivación del problema de la coerción económica con fundamento en el derecho internacional público la que abre la vía para que la UE aplique las contramedidas comerciales con base no en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, sino al amparo de los arts. 49 a 54 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, esto es, de normas que, a su vez, también tienen la naturaleza de normas consuetudinarias. En el apdo. 10 de la propuesta de reglamento la Comisión indica, en efecto, que «en determinadas condiciones, como son la proporcionalidad y la notificación previa, el derecho internacional permite la imposición de contramedidas, es decir, medidas que, de otro modo, serían contrarias a las obligaciones internacionales de una parte perjudicada con respecto al país responsable de una infracción del derecho internacional y que tienen por objeto obtener el cese de la infracción o su reparación». A partir de aquí se abren toda una serie de interrogantes en relación con cuestiones tales

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 245.

⁵⁹ Consejo de la UE, Interinstitutional File: 2021/0406 (COD), 30 de agosto de 2022, *cit.*, p. 24.

como: a) en qué puede consistir la respuesta proporcional cuando quien actúa es la UE; b) ¿existe una metodología que aplicar al respecto? (Erixon *et al.*, 2022: 23); c) ¿en qué medida un Estado diferente al lesionado (y, no digamos la propia UE) puede ser considerado como Estado legitimado en el sentido del art. 48 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos?, y, por consiguiente, ¿nos encontramos ante la violación de obligaciones *erga omnes* que permiten a terceros adoptar las contramedidas?⁶⁰; d) en lo que concierne al derecho de la UE, ¿hasta qué punto existe un deber de solidaridad en el ámbito de la PCC con el Estado miembro lesionado por las medidas de coerción económica por parte de los restantes países miembros de la UE? (la solidaridad está contemplada en el art. 2 TUE, pero no está regulada en el derecho de la UE más allá de lo previsto en los arts. 32 y 42. 7 TUE y 222 TFUE); o e) ¿cuál será el alcance del control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia de la UE de los actos que eventualmente puedan ser adoptados en esta materia, de ser aprobado el reglamento anticoerción?⁶¹.

⁶⁰ Una posibilidad concebida por la CIJ con carácter embrionario (Tzanakopoulos, 2015); y en relación con obligaciones contraídas *erga omnes partes*. Véase, al respecto, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Bélgica c. Senegal* (CIJ, *Cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar*, sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 69); y *Gambia c. Myanmar* (CIJ, *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, excepciones preliminares, sentencia de 22 de julio de 2022, párr. 112).

⁶¹ Como ha señalado el TJUE en el asunto *United Airlines*: «Puesto que un principio de derecho consuetudinario internacional no reviste el mismo grado de precisión que la disposición de un acuerdo internacional, el control jurisdiccional debe limitarse necesariamente a determinar si las instituciones de la Unión, al adoptar el acto controvertido, incurrieron en errores manifiestos de apreciación en lo que respecta a las condiciones de aplicación de dicho principio» (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 2022, *United Airlines*, 561/20, EU:C:2022:266, párr. 51). En lo que se refiere al control de la adecuación del derecho de la UE al derecho de la OMC, debe recordarse que este debe ejercerse en los límites establecidos por las sentencias *Nakajima* (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1991, *Nakajima/Consejo*, 69/89, EU:C:1991:186) y *Fediol* (sentencia de 22 de junio de 1989, *Fediol/Comisión*, 70/87, EU:C:1989:254). Actualmente, hay pendiente un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal General en la que este Tribunal desestimó el recurso planteado por una empresa china contra el reglamento de base en materia *antidumping*. Véanse las conclusiones de la abogada general Cápeta, de 17 de noviembre de 2022, *Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd./Comisión Europea*, C-123/21, EU:C:2022:890.

Por otra parte, aunque estas contramedidas se basan en el derecho internacional consuetudinario, no cabe desconocer que su posible aplicación para contrarrestar las medidas de coerción económica de un tercer Estado también plantea evidentes problemas de legalidad desde el punto de vista del derecho de la OMC y, concretamente, del ESD de la OMC⁶². En efecto, éste dispone que, en los ámbitos regulados por los acuerdos abarcados, las contramedidas solo pueden adoptarse cuando sean aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias. Se podría pensar, en un ejercicio de comprensión hacia la UE, que el reglamento contra la coerción tiene en cuenta la situación de crisis que sufre actualmente el sistema de solución de diferencias (SSD) de la OMC —un mecanismo parcialmente operativo desde que EE. UU. decidió bloquear, en 2019, el nombramiento de los miembros del Órgano de Apelación—, para, en lugar de acudir a él, como en principio cabría hacer, aplicar las contramedidas unilaterales. Sin embargo, considero que, incluso aunque funcionara correctamente el SSD de la OMC, la UE no perderá la ocasión de actuar en esta materia *por su cuenta* en aras de lograr una mayor eficacia en la disuasión. Se pretende mostrar, en definitiva, que la respuesta a las medidas de coerción económica puede ser rápida (Hackenbroich y Zerka, 2021: 10). Ello también puede tener que ver con el hecho de que, en el marco de la OMC, el ESD no contemple la posibilidad de adoptar medidas cautelares. En cualquier caso, como hemos visto en el caso de Lituania, el recurso al SSC de la OMC no queda excluido.

Incluso, dado que la coerción económica no está regulada por el derecho de la OMC, se podría plantear por la UE ante su SSC un supuesto de no violación. Sin embargo, como decimos, el reglamento contra la coerción tiene un objetivo disuasorio y pretende mostrar que la capacidad de reacción de la UE en estos casos puede y debe ser ágil en este tipo de casos, cosa que no ocurre en caso de que el asunto sea sometido al SSC de la OMC (grupos especiales o, eventualmente, grupos especiales y el Órgano de Apelación Provisional previsto en el Acuerdo Multilateral de Arbitraje de Apelación, MPIA) o a los mecanismos de control previstos en los acuerdos de comercio e inversión de los que la UE es parte.

Por último, con su aplicación de las contramedidas unilaterales, no cabe descartar que la UE pueda ser demandada ante la OMC. Aunque el

⁶² La «jurisprudencia» de la OMC es unánime en este sentido (López-Jurado, 2022: 12). También lo es la doctrina, con alguna excepción; así, Happold, M. (2016). *Economic Sanctions and International Law: An Introduction*, en M. Happold and P. Eden (eds.), *Economic Sanctions and International Law* (Hart Publishing, 2016) 2, citado por Wu (2023).

derecho internacional consuetudinario puede ser invocado ante el SSC de la OMC⁶³, personalmente tengo muchas dudas de que pueda prosperar ante un grupo especial una línea de defensa de la UE basada exclusivamente en la violación de un principio de derecho internacional consuetudinario respecto al cual, además, como hemos señalado, se pretende una interpretación evolutiva. Y ello dejando de lado la polémica cuestión de si el ESD de la OMC ha desplazado, en tanto que *lex specialis*, la aplicación de las contramedidas en relación con los incumplimientos de los acuerdos abarcados de la OMC⁶⁴.

Por consiguiente, en mi opinión, la única línea de defensa plausible para la UE en caso de que fuera demandada ante la OMC es la de invocar en su defensa la cláusula de seguridad nacional del art. XXI. b, iii del GATT de 1994⁶⁵. Esta cláusula ha sido interpretada por primera vez por un grupo especial de la OMC en el asunto *Rusia-Medidas que afectan al tráfico en tránsito*⁶⁶. El asunto fue interpuesto por Ucrania contra Rusia en el marco de la invasión de Crimea, al considerar que las restricciones al tráfico en tránsito impuestas por Rusia a Ucrania en la frontera ruso-bielorrusa, constituían una violación de los arts. V (libertad de tránsito) y X (publicación y aplicación de los reglamentos comerciales) del GATT de 1994. Por su parte, Rusia, apoyada por EE. UU., sostuvo

⁶³ En efecto, el asunto *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, un caso de acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones del derecho de la OMC, el grupo especial dio entrada al derecho consuetudinario, pero siempre que no exista conflicto o incompatibilidad con el derecho de la OMC, o una expresión en un Acuerdo abarcado de la OMC que implique otra cosa (OMC, *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, WT/DS163/R, 1 de mayo de 2000, apdo. 7. 96).

⁶⁴ Así, Azaria considera que el derecho de la OMC no impide adoptar contramedidas como respuesta al incumplimiento de obligaciones extra-OMC (como sería, en el caso de estudio, el derecho internacional consuetudinario en materia de no intervención), cuestión que debe ser tenida en cuenta por los órganos de solución de diferencias de la OMC a la hora de resolver este tipo de casos (2022: 5).

⁶⁵ En efecto, éste establece que: «No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:

- i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
- ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros arts. y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
- iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional».

⁶⁶ WTO/DS512/R, 29 de abril de 2019.

que tales limitaciones quedaban amparadas por decisiones discrecionales adoptadas por las autoridades rusas al amparo de la cláusula de seguridad nacional del art. XXI (b) del GATT de 1994. El grupo especial que analizó el asunto declaró que tenía jurisdicción para evaluar si se reunían los requisitos establecidos por dicho art. En efecto, en su informe el grupo especial considera que:

por lo que respecta a las circunstancias a que se hace referencia en el inciso iii), la existencia de una guerra, como ejemplo característico de una categoría más amplia que es la «grave tensión internacional», es claramente susceptible de una determinación objetiva. Si bien los límites de una «grave tensión internacional» son menos claros que los de las cuestiones a que se refieren los incisos i) y ii) y los de la «guerra» en el inciso iii), es evidente que una «grave tensión internacional» solo puede entenderse, en el contexto de las otras cuestiones a que se refieren los incisos, en el sentido de que pertenece a la misma categoría de hechos objetivos susceptibles de una determinación objetiva⁶⁷.

Por consiguiente, interpretó el significado de la expresión «intereses esenciales de seguridad nacional» en el sentido de que «se refiere a los intereses relacionados con las funciones más fundamentales del Estado, a saber, la protección de su territorio y su población frente a amenazas externas y el mantenimiento de la ley y el orden público a nivel interno»⁶⁸. Se trata de una apreciación que, finalmente, el grupo especial deja en manos del Estado que aplica dicho art.⁶⁹, aunque considera que el Estado que evalúa la situación no posee una total discreción para evaluar si se da la excepción de la seguridad nacional, sino que esa capacidad «está limitada por su obligación de interpretar y aplicar el inciso iii) del apdo. b) del art. XXI del GATT de 1994 de buena fe»⁷⁰. Por lo tanto, es el Estado miembro que invoca dicha cláusula el que tiene que probar que se da la veracidad de la situación de conformidad

⁶⁷ *Ibid.* apdo. 7. 75.

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 7. 130.

⁶⁹ Al considerar que «los intereses específicos que se consideran directamente pertinentes para la protección de un Estado frente a estas amenazas externas o internas dependerán de la situación particular y las percepciones del Estado en cuestión, y cabe esperar que varíen en función de las circunstancias. Por estos motivos, en general se deja en manos de cada miembro definir lo que considera que son los intereses esenciales de su seguridad» (*ibid.*, apdo. 7. 131).

⁷⁰ El grupo especial recuerda que la obligación de buena fe es un principio general de derecho y un principio general del derecho internacional que subyace a todos los tratados, codificado en el párrafo 1 del art. 31 («un tratado deberá interpretarse de buena fe [...]») y el art. 26 («todo tratado [...] debe ser cumplido por [las partes] de buena fe») de la Convención de Viena (*ibid.*, apdo. 7. 132).

con dicho art. Y todo ello, finalmente, «dependerá de la grave tensión internacional de que se trate». En particular, el grupo especial estima que:

cuanto menos característica sea la «grave tensión internacional» invocada por el miembro, es decir, cuanto más se aleje del conflicto armado o de el quebrantamiento de la ley y el orden público (ya sea en el miembro invocante o en sus intermediaciones), menos evidentes son los intereses de defensa o militares, o los intereses relativos al mantenimiento de la ley y el orden público, que por lo general cabe esperar que surjan. En estos casos, el miembro debería formular los intereses esenciales de su seguridad con mayor especificidad de la que se necesitaría si la grave tensión internacional implicara, por ejemplo, un conflicto armado⁷¹.

En definitiva, si bien el grupo especial atribuye al significado de «seguridad nacional» un carácter muy amplio, niega que el Estado afectado posea plena discrecionalidad para determinar su existencia (Esplugues, 2020: 193). Comentando este asunto, Fernández Pons ha afirmado que «muchos supuestos de coerción económica, donde no haya un conflicto armado activo o potencial entre los países involucrados, difícilmente podrán considerarse relacionados con cuestiones de “seguridad”» (2022: 67)⁷².

La situación es tremendamente compleja, ya que, además, en caso de que con la aplicación de contramedidas la UE vulnere un acuerdo de comercio e inversión concluido por la UE con el tercer país que ejerce coerción, la UE también podría ser demandada ante el respectivo mecanismo de solución de diferencias previsto en dicho convenio⁷³, con lo cual también aquí cabe la opción de invocar las cláusulas de excepción presentes en dichos acuerdos. Y sería posible, incluso, si el mecanismo no funciona, aplicar contramedidas

⁷¹ *Ibid.*, apdo. 7. 135.

⁷² Esta visión de las cosas, en relación con las medidas restrictivas impuestas por la UE contra la petrolera Rosneft, parece ser apoyada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 17 de septiembre de 2020, Rosneft Oil Company PAO y otros/ Consejo, C-732/18P, EU:C:2020:727, apdo. 131.

⁷³ Desde luego, no ante la OMC si recordamos que, en el asunto *México-Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, el OA consideró que no tenía competencia para juzgar si se había producido una infracción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y que los grupos especiales y el propio OA no pretendían convertirse en órganos jurisdiccionales que entenderían en diferencias ajenas a la OMC (WT/DS308/AB/R, 6 de marzo de 2006, párr. 78). En este sentido, el OA recuerda que el párrafo 2 del art. 3 del ESD establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC «sirve para preservar los derechos de los miembros en el marco de los *acuerdos abarcados* y para aclarar las disposiciones vigentes de *dichos acuerdos*» (cursiva añadida).

comerciales de conformidad con el art. 3, b) bis del Reglamento (UE) 2021/167, más conocido en la jerga comunitaria como reglamento sobre cumplimiento (López-Jurado, 2022: 7).

VIII. REFLEXIONES FINALES

Posiblemente sea la urgencia del momento histórico que vivimos, en plena crisis del modelo multilateral que representa la OMC y con el ascenso de China como rival sistémico, lo que haya movido a la Comisión de la UE a presentar una propuesta legislativa tan arriesgada como la analizada, que los Estados miembros en el seno del Consejo han modificado hasta tal extremo que parece situarse en un espacio competencial difuso, a caballo entre la PCC y la PESC. Estamos, además, ante un terreno abonado a la actuación de grupos de presión, y capaz por sí mismo de generar enormes tensiones entre los propios Estados miembros de la UE, poniendo a prueba la solidaridad entre ellos y la capacidad de resiliencia de la propia UE. No es extraño, en este sentido, que la gestación del IA esté siendo muy compleja, con posiciones enfrentadas entre la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo, de cuya resolución pende, en el momento actual, su aprobación como acto legislativo.

Aunque no se descarta el recurso al SSC de la OMC, la propuesta normativa de IA da por sentadas las limitaciones de este derecho para responder a este nuevo fenómeno de la coerción económica, lo que conduce a la UE a acudir al derecho internacional consuetudinario, actuando como punta de lanza de desarrollos innovadores de la práctica de los Estados respecto al principio de la no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados.

El tema es de máxima actualidad como demuestra que, al cierre de este trabajo, los dirigentes del G7, reunidos en Hiroshima el 20 de mayo de 2023, al tiempo que han mostrado su apoyo a la OMC como organización internacional que encarna el ideal de un sistema comercial internacional basado en normas, han decidido crear una plataforma contra la coerción económica que incluye acciones coordinadas o conjuntas que desarrollar tanto dentro como fuera del G7, con objeto de disuadir, entre otras prácticas anticompetitivas, la coerción económica⁷⁴.

⁷⁴ G7 Hiroshima Leader's Communiqué, May 20, 2023. *Agence Europe*, 22 de mayo de 2023.

Bibliografía

- Adachi, A., Brown, A. and Zenglein, M. J. (2022). *Fasten your seatbelts. How to manage China's economic coercion*. Berlin: Mercator Institute for China Studies. Disponible en: <https://cutt.ly/Hww0VQIT>.
- Andrijauskas, K. (2022). *An analysis of China's economic coercion against Lithuania*. New York: Council on Foreign Relations. Disponible en: <https://cutt.ly/cww0V5mw>.
- Azaria, D. (2022). Trade countermeasures for breaches of international law outside the World Trade Organization. *International and Comparative Law Quarterly*, 71 (2), 389-423. Disponible en: <https://doi:10.1017/S0020589322000057>.
- Baetens, F. y Bronckers, M. (2022). The European Union anti-coercion instrument: A big stick for big targets. *European Journal of International Law* [blog], 19-01-2022. Disponible en: <https://cutt.ly/Tww01U3W>.
- Bourgeois, J. y Chamon, M. (2020). The integration of European Union trade defence in the horizontal comitology regimen. En M. Hanh y G. Van der Loo (eds.). *Law and practice of the common commercial policy. The first 10 years after the Treaty of Lisbon* (pp. 512-530). Leiden: Brill Nijhoff. Disponible en: https://doi.org/10.1163/9789004393417_023.
- Bowett, D. W. (1976). International law and economic coercion. *Virginia Journal of International Law*, 16 (2), 245-260.
- Chamon, M. (2017). The proposed amendment of the comitology regulation: A constitutional perspective. *Verfassunsblog* [blog], 19-02-2017. Disponible en: bit.ly/3CksEEO.
- Czapnik, B. y Mercurio, B. (2023). The use of trade coercion and China's model of «Passive-Aggressive Legalism». *Journal of International Economic Law*, 26, 322-342. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgac055>.
- Drezner, D. W. (2021). The United States of sanctions. The use and abuse of economic coercion. *Foreign Affairs*, 100, 142-154.
- Erixon, F., Guinea, O., Lamprecht, P., Sharma, V. y Zilli Montero, R. (2022). *The new wave of defensive trade policy measures in the European Union: design, structure, and trade effects*. Brussels: European Centre for International Political Economy. Disponible en: <https://cutt.ly/Yww02HFj>.
- Espugues Mota, C. (2020). La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del art. XXI del Consejo del Comercio de Mercancías en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12 (1), 170-202. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5184>.
- Farer, T. J. (1985). Political and economic coercion in contemporary international law. *The American Journal of International Law*, 79 (2), 405-413. Disponible en: <https://doi:10.2307/2201710>.
- Feás, E. y Steinberg, F. (2020). *European Trade Policy in a Changing International Environment*. Madrid: Real Instituto Elcano.

- Fernández Pons, X. (2022). El IA propuesto por la Comisión Europea desde el punto de vista del Derecho internacional. En P. García-Durán y M. Ibáñez Díaz (eds.). *La estrategia geoeconómica de China e implicaciones para Europa* (63-70). Barcelona: CIDOB. Disponible en: <https://cutt.ly/vww09W88>.
- Gijs, C. (2022). European Union countries seek to claw back power from Brussels on upcoming trade bazooka. *Político*, 20-10-2022. Disponible en: <https://cutt.ly/lww095Ve>.
- Hackenbroich, J. y Zerka, P. (2021). *Measured response: How to design a European instrument against economic coercion*. New York: European Council on Foreign Relations. Disponible en: <https://cutt.ly/Qww03W0Q>.
- Hanson, F., Currey, E. y Beattie, T. (2020). *The Chinese Communist Part's coercive diplomacy*. Barton: Australian Strategic Policy Institute. Disponible en: <https://cutt.ly/Lww08s5z>.
- Harrell, P., Rosenberg, E. y Saravalle, E. (2018). China's use of coercive economic measures. Washington, DC: Center for a New American Security. Disponible en: <https://cutt.ly/eww08FSE>.
- Helal, M. S. (2019). On coercion in International Law. *New York University Journal of International Law and Politics*, 52, 1-122. Disponible en: <bit.ly/45VJdVc>.
- Hopewell, K. (2022). Beyond U.S.-China Rivalry: Rule breaking, economic coercion, and the weaponization of trade. *American Journal of International Law Unbound*, 58-63. Disponible en: <https://doi:10.1017/aju.2022.3>.
- Janer Torrens, J. (2012). Actos de ejecución y modalidades de control por parte de los Estados: la nueva regulación sobre la comitología. *Revista Española de Derecho Europeo*, 42, 9-24. Disponible en: <bit.ly/45TBXJd>.
- Kroenig, M. y Cimmino, J. (2020). *Global strategy 2021: An allied strategy for China*. Washington DC: Atlantic Council. Disponible en: <https://cutt.ly/dww05cS6>.
- Lee, Y. S. (2022). Weaponizing international trade in political disputes: Issues under International Law and systemic risks. *Journal of World Trade*, 56, 405-428. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/trad2022016>.
- Liñán Nogueras, D. J. (2022). Jurisdicción y PESC: una relación cada vez más complicada. En J. M. Cortés Martín y L. Pérez-Prat Durbán (coords.). *Un mundo en continua mutación: desafíos desde el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea*. Liber Amicorum Lucía Millán Moro (pp. 665-674). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- López-Jurado Romero de la Cruz, C. (2021). El papel de la Unión Europea como garante del Estado de derecho en relación con el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 70, 869-896. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.70.02>.
- (2022). La legalidad de las medidas de política comercial del Reglamento (Unión Europea) 2021/167 a la luz del derecho de la Organización Mundial del Comercio. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 44, 1-27. Disponible en: <https://doi:10.17103/rei.44.03>.
- y Marín Aís, R. (2023). The rule of law in the reform of the European Union's common commercial policy. En L. Hinojosa y C. Pérez-Bernárdez (eds.).

- Enhancing the rule of law in the European Union's external action*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing [en prensa].
- Martínez Capdevila, C. y Blázquez Navarro, I. (2013). La incidencia del art. 40 del Tratado de la Unión Europea en la acción exterior de la Unión Europea. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 28, 197-219. Disponible en: bit.ly/3MULwnf.
- Perisin, T. y Koplewicz, S. (2020). The nexus between the Chinese Communist Party and the Common Foreign and Security Policy. En M. Hahn and G. Van der Loo (eds.). *Law and Practice of the Common Commercial Policy* (pp. 402-415). Leiden: Brill Nijhoff. Disponible en: https://doi.org/10.1163/9789004393417_018.
- Ruys, T. y Rodríguez Silvestre, F. (2022). *The Union strikes back. The proposed European Union «anti-coercion instrument» seen through lens of international law*. Ghent: Ghent University. Disponible en: <https://cutt.ly/Xww06oLY>.
- Santos Vara, J. (2021). El control judicial de la política exterior: hacia la normalización de la política exterior y de seguridad común en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (a propósito del asunto Bank Refah Kargaran). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 159-184. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.68.05>.
- Szczepanski, M. (2022). *Proposed anti-coercion instrument*. Brussels: European Parliamentary Research Service. Disponible en: <https://cutt.ly/Gww063k4>.
- Townley, S. (2019). Intervention's idiosyncrasies: The need for a new approach to understanding sub-forcible intervention. *Fordham International Law Journal*, 42 (4), 1167-1201. Disponible en: <https://cutt.ly/Uww2wZt4>.
- Tzanakopoulos, A. (2015). The right to be free from economic coercion, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 4, 616-633. Disponible en: <https://doi.org/10.7574/cjicl.04.03.616>.
- Weib, W. (2022). The European Union strategic autonomy in times of politicisation of international trade: The future of Commission accountability. *Global Policy*, 1-11. Disponible en: <https://cutt.ly/zww2t2EM>.
- Wu, C. H. (2023). The European Union proposed anti-coercion instrument: Legality and effectiveness. *Journal of World Trade*, 57 (2), 297-316. Disponible en: <https://cutt.ly/0ww2yGfW>.