



**REDI**

Revista Española de  
Derecho Internacional

*Vol. 76, núm. 2, 2024*





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 76  
2024, NÚM. 2  
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
TIRANT LO BLANCH  
VALENCIA-2024

La Revista Española de Derecho Internacional (REDI) está recogida e indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, Google Scholar, IFLP, ÍNDICES-CSIC, IN-RECJ (1994-2009), IPSA, ISOC, Latindex, PIO, RAS, RESH, Sumaris CBUC, Ulrichs, vLex, HeinOnline y JStor. La Revista pertenece a la Red Latinoamericana de Revistas y publicaciones de Derecho Internacional (RELAREDI).

La REDI ha recibido el sello de calidad FECYT en su VI convocatoria (2018), así como sus renovaciones en las convocatorias de 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023.



La REDI es accesible en abierto en la página web [www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es) desde el volumen 58 (2006) hasta la actualidad y a través de suscripción a Heinonline y JStor desde el volumen 1 (1948).

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELF.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

[www.tirant.com](http://www.tirant.com)

Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

Maqueta: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:

<http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTOR

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Joana ABRISKETA URIARTE Universidad de Deusto	José Luis IRIARTE ÁNGEL Universidad Pública de Navarra
Pilar BLANCO-MORALES LIMONES Universidad de Sevilla	Enrique Jesús MARTÍNEZ PÉREZ Universidad de Valladolid
Miguel GARDEÑES SANTIAGO Universidad Autónoma de Barcelona	Leire MOURE PEÑÍN Universidad del País Vasco
Rafael GRASA HERNÁNDEZ Universidad Autónoma de Barcelona	Helena TORROJA MATEU Universidad de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Fulvio ATTINÀ Universidad de Catania	Wagner MENEZES Universidad de São Paulo
Andrea BONOMI Universidad de Lausana	Elisa PÉREZ VERA Universidad Nac. de Educación a Distancia
Jorge CARDONA LORÉNS Universidad de Valencia	Fausto POCAR Universidad de Milán
Celestino DEL ARENAL MOYÚA Universidad Complutense de Madrid	Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Universidad de Oviedo
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS Universidad Complutense de Madrid	Fabian SALVIOLI Universidad de La Plata
Araceli MANGAS MARTÍN Universidad Complutense de Madrid	Tullio R. TREVES Universidad de Milán

Arlene B. TICKNER  
Universidad del Rosario

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR  
Universidad de las Islas Baleares

### *Redactores*

David Carrizo Aguado - Guillem Gabriel Pizarro - Laura Movilla Pateiro -  
Montserrat Pintado Lobato - Antonio Sánchez Ortega -  
Alejandro Sánchez Frías

El origen de la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* se remonta a 1948. Su contenido actual se encuentra en más de un centenar de números, cada uno de ellos de periodicidad semestral.

La titularidad y la determinación de las Directrices Generales en cuanto al contenido y calidad científica de la REDI corresponden a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). El carácter multidisciplinar de los miembros de la AEPDIRI justifica que la REDI publique trabajos sobre temas relativos a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

La REDI goza de gran tradición científica, amparada en la solvencia y el trabajo académico y profesional de todos cuantos han contribuido en ella durante estas más de siete décadas. La publicación de trabajos y contribuciones en la REDI está abierta a especialistas nacionales y extranjeros, en particular los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en la REDI son el interés y el adecuado desarrollo y calidad científica de los mismos. En todo caso, las contribuciones deberán ser originales e inéditas.

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que figuran en la página web de la REDI (“Envíos”), *antes del 1 de noviembre y del 15 de mayo*, para los números 1 y 2, respectivamente.

Cualquier otra comunicación con los órganos de la REDI se realizará a través de la dirección de correo-e de la REDI ([redi@revista-redi.es](mailto:redi@revista-redi.es)).

*The origin of the Revista Española de Derecho Internacional (REDI) dates back to 1948. Currently the REDI comprises more than one hundred numbers, a new issue being published every six months.*

*Ownership and determination of the general guidelines regarding the content and scientific quality of the REDI correspond to the Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). The multidisciplinary nature of the AEPDIRI is reflected in the REDI, where topics regarding public international law, private international law and international relations find their place on equal basis.*

*The REDI enjoys a remarkable scientific reputation due to the academic and professional contributions of all those who have published and worked in it for more than seven decades. National and foreign experts, in particular members of the Iberoamerican Community and the European Union, are invited to publish in the REDI. The only eligibility criteria are the interest, adequate elaboration and scientific quality of their proposal. Contributions must at any rate be original and unpublished.*

*Manuscripts shall be submitted according with the instructions given on the website of the REDI (“Submissions”), before 1 November and 15 May for issues one and two respectively.*

*Any other communication with the organs of the REDI will be made through the REDI e-mail address ([redi@revista-redi.es](mailto:redi@revista-redi.es))*

Página web / Website: [www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)

Correo-e / E-mail: [redi@revista-redi.es](mailto:redi@revista-redi.es).



# SUMARIO/CONTENTS

Pág.

## EDITORIAL / EDITORIAL

- CASADO RAIGÓN, Rafael, *Con motivo del trigésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*..... 15  
— On the occasion of the 30th anniversary of the entry into force of the United Nations Convention on the Law of the Sea

## I. ESTUDIOS/ STUDIES

- ABRIL STOFFELS, Ruth, *Los países de la UE y el reclutamiento, alistamiento y uso de niños y niñas soldado: ¿a la vanguardia en la protección de la infancia?*..... 23  
— The EU countries and the recruitment, enlistment, and use of child soldiers: leading in child protection?
- AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, *Acuerdos de elección de foro como mecanismo de elusión de las sanciones económicas europeas* ..... 51  
— Choice of court agreements as a mechanism to circumvent EU economic sanctions
- DEL RÍO, Carlos y RUIZ-CAMPILLO, Xira, *Aprendizajes de un intento de securitización fallida en la Amazonía: el caso de la OTCA, 2023*..... 89  
— Analysis of a failed securitization attempt in the Amazon: the ACTO case, 2023
- JULIA BARCELÓ, María, *La restitución de bienes culturales en el mercado interior europeo: el deber de cooperación y el uso de las TIC* ..... 113  
— The return of cultural objects in the European internal market: the duty of cooperation and the use of ICT
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, *Cambio climático, soberanía desterritorializada y continuidad ¿digital? del Estado: reflexiones en torno a los pequeños Estados insulares en desarrollo del Pacífico* ..... 143  
— Climate change, deterritorialized sovereignty, and digital? State continuity: reflections on the Pacific small island developing States

## II. FORO/FORUM

### EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE A LA LUZ DE LA RECIENTE PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO / RECOGNITION OF PARENTHOOD BETWEEN MEMBER STATES IN LIGHT OF THE RECENT PROPOSAL FOR AN EU REGULATION

- GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, *Nota introductoria*..... 171  
— Introductory note

- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, *Una propuesta de reglamento (UE) para facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros: ampliar el objeto de reconocimiento y reducir los motivos de orden público* ..... 175  
 — A proposal for a regulation (EU) to facilitate the recognition of parenthood between member States: expanding the object of recognition and reducing the grounds of public order
- CARRILLO POZO, Luis F., *La gestación por sustitución y el futuro reglamento europeo sobre filiación. Una perspectiva española* ..... 185  
 — Surrogacy and the future european regulation on parenthood. A spanish perspective.

#### LA GUERRA EN GAZA (II) / THE WAR IN GAZA (II)

- MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique J., *Nota introductoria* ..... 193  
 — Introductory note
- ABAD CASTELOS, Montserrat, *Palestina y las empresas: lost in occupation*..... 195  
 — Palestine and corporations: *lost in occupation*
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A., *El reconocimiento por España del Estado palestino ¿jugando con bolas de nieve en Oriente Próximo?* ..... 233  
 — Spain's recognition of the Palestinian State, playing with snow balls in Middle East?
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *“Desde el río hasta el mar” (o por qué el conflicto de Gaza perdurará en el tiempo)*..... 249  
 — “From the river to the sea” (or why will the conflict of Gaza last over time)
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *Los crímenes en Gaza ante la CPI: la calificación del conflicto armado y el reto de atravesar el umbral del genocidio*..... 261  
 — The ICC and the crimes in Gaza: the nature of the conflict and the challenge of crossing the threshold of genocide

#### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA RELATIVA A DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES / PRACTICE OF SPAIN RELATING TO INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS

- LOZANO HERNÁNDEZ, Julián, *La data act: ¿un nuevo motor económico para Europa?* 281  
 — Data act: a new economic driver for Europe?
- POZO SERRANO, Pilar, *La celebración por España y por la Unión Europea del Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional* ..... 295  
 — The conclusion by Spain and by the European Union of the Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz, *De nuevo sobre el valor de los dictámenes de los comités de derechos humanos como presupuesto habilitante para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado: comentario a la STS 1597/2023 de 29 de noviembre* ..... 307

- Once again on the value of the decisions of human rights committees as an enabling presupposition for claiming the State's patrimonial liability: commentary on the sentence of the Spanish Supreme Court 1597/2023 of november 29

## IV. RECENSIONES / BOOK REVIEWS

BENEYTO, José María y JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (eds.), <i>Derecho de los tratados</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 673 pp., por Oriol CASANOVAS LA ROSA (†)...	325
CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, <i>Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE</i> , Bosch, Barcelona, 2024, 262 pp., por Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA.....	328
CAMPINS ERITJA, Mar y FERNÁNDEZ-PONS, Xavier, (eds.), <i>Deploying the European Green Deal. Protecting the Environment Beyond the EU Borders</i> , Routledge, 2024, 268 pp., por Rosa GILES CARNERO.....	332
CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, DIAGO DIAGO, María Pilar, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles, (dirs.): <i>De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y de sucesiones internacional</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. 410 pp., por Pilar BLANCO-MORALES LIMONES .....	337
CARO GÁNDARA, Rocío, <i>La fiducia como garantía en el comercio internacional. Validez y eficacia en España</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 220 pp., por Enrique FERNÁNDEZ MASÍA.....	340
CELIS AGUILAR, María Mayela, <i>Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980. Aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación</i> , Dykinson, Madrid, 2023, 600 pp., por Celia M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ.....	342
CERVEL HORTALL, M <sup>a</sup> José y PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge (dirs.), <i>Hacia una regulación internacional para el ciberespacio</i> , Aranzadi, 2023, 378 pp., por Eulalia W. PETIT DE GABRIEL .....	344
CHINCHILLA ADELL, Mónica, <i>El régimen jurídico internacional para la no proliferación de las armas biológicas y químicas</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 316 pp., por Vicente GARRIDO REBOLLEDO .....	348
DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, <i>Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías (Derecho Digital)</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2023 (443 páginas), por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE .....	352
DURÁN AYAGO, Antonia, <i>Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 208 pp., por Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS.....	355
ESPÓSITO, Carlos, PARLETT, Kate, (eds.), <i>The Cambridge Companion to the International Court of Justice</i> , Cambridge University Press, 2023, 528 pp., por Santiago RIPOL CARULLA.....	362
FACH GÓMEZ, Katia, <i>The Technological Competence of Arbitrators</i> , Cham, Springer, 2023, 180 pp., por Marcela TABAKIAN.....	365
FAGGIANI, Valentina (dir.), GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, (coord.), <i>La necesaria reconfiguración del derecho de asilo: entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la Unión Europea</i> , Editorial Aranzadi, 2023. 311 páginas, por Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ.....	368

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, <i>El soft law en el Derecho Internacional y Europeo: su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 327 pp., por Xavier PONS RAFOLS .....	370
FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria (dir.), <i>Cambio climático y desplazamientos. El Sahel como caso de estudio</i> , Navarra, Aranzadi, 2023, 369 pp., por Mireia DELGADO CASTRESANA .....	374
FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (coord.), <i>El Derecho Internacional Privado ante la(s) crisis de la globalización. III Foro europeo de Derecho Internacional Privado</i> , Aranzadi, 2023, 240 pp., por Antonia DURÁN AYAGO .....	378
FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (coord.), <i>La situación de Ucrania ante el Derecho Internacional (perspectiva iberoamericana)</i> , Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2023, 542 pp., por Isabel LIROLA DELGADO.....	382
FONT I SEGURA, Albert; FONTANELLAS MORELL, Josep Maria; GARDENES SANTIAGO, Miquel; GARRIGA SUAU, Georgina (Coords.), <i>Lliçons de dret internacional privat</i> , Barcelona, Atelier, 2023, 500 pp., por Federico F. GARAU SOBRINO .....	385
GIL, Carlos, <i>Sofía Volverá. La necesidad de nuevos planteamientos jurídicos medioambientales</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 169, por Aritz OBREGÓN FERNÁNDEZ.....	388
HEREDIA CERVANTES, Iván (Dir.) y ELVIRA BENAYAS, María Jesús (Coord.), <i>Cesiones internacionales de créditos (Retos presentes y futuros)</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 233 pp., por Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO .....	391
HERRANZ BALLESTEROS, Mónica y FEBLES POZO, Nayiber (dirs.), PEREIRA PUIGVERT, Silvia (coord.), <i>Protección de Menores y Discapacitados</i> , Colex, La Coruña, 2023, 209 pp., por Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ.....	395
HOBE, Stephan, SCHMIDT-TEDD, Bernhard, SCHROGL, Kai-Uwe, (Editores), MORO AGUILAR, Rafael, POPOVA, Rada (Editores Asistentes), <i>Comentario de Colonia al Derecho del Espacio. Tratado del Espacio</i> , Madrid, Dykinson, 2021, 506 pp., por Luis Fernando CASTILLO ARGANAÑARÁS .....	399
IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: <i>La necesaria actualización del sistema de resolución de los conflictos internos de leyes</i> , Madrid, Dykinson, 2023, 183 pp., por M <sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero .....	404
JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, <i>La Unión Europea y la promoción de sus valores y objetivos a través de los acuerdos con terceros</i> , Tirant lo Blanch, 2024, 309 pp., por Paula GARCÍA ANDRADE .....	407
MARTÍNEZ SAN MILLÁN, Carmen, <i>La integración normativa de los derechos laborales fundamentales en los sistemas comerciales internacionales</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 623 pp., por Dorina SUCIU .....	410
MONTERO FERRER, Carmen, <i>Justicia Transicional y crímenes internacionales de violencia sexual en África</i> , Navarra, Aranzadi, 2023, 219 pp., por Carlos GIL GANDÍA.....	413
OBREGÓN FERNÁNDEZ, Aritz, <i>Noción de terrorismo internacional. Estudio del marco jurídico vigente y una propuesta de definición con vocación omnicompreensiva</i> , Pamplona, Aranzadi, 2023, 236 pp., por Ángel J. RODRIGO.....	416
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys Saray. (coord.), <i>Teletrabajo y Derecho internacional privado, problemas y soluciones</i> , Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 299 pp., por Marta CASADO ABARQUERO .....	418
PALAO MORENO, Guillermo, LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS, Inez, ALVARES GASPAR, Renata, PALUMA, Thiago (orgs.), <i>Justiça Civil Internacional e Desafio Digital: Uma Análise Ibero-Americana. Justicia civil internacional y desafío digital:</i>	

<i>un análisis iberoamericano</i> , Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024, 345 pp., por Laura CARBALLO PIÑEIRO .....	422
RIPOL CARULLA, Santiago y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (dirs.). <i>La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después. The Charter of the Fundamental Rights of the European Union, twenty years later</i> , Col·legi Notarial de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2022., por Esteban PERALTA LOSILLA .....	424
RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (dirs.), y CARRIZO AGUADO, David (coord.), <i>Régimen económico matrimonial: cuestiones de derecho interno, comparado e internacional</i> , Madrid, Aranzadi, 2024, 364 pp., por Diana MARÍN CONSARNAU .....	427
ROMERO MATUTE, Yeray, <i>El régimen jurídico y la contratación deportiva en el ámbito internacional: análisis desde una perspectiva amateur y profesional</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 309 pp., por José Luis IRIARTE ÁNGEL.....	430
RUEDA VALDIVIA, Ricardo (dir.), <i>Nuevos horizontes de la movilidad internacional de las personas en el siglo XXI, Libro Homenaje a la Profesora Mercedes Moya Escudero</i> , Tirant Lo Blanc, Valencia, 2023, 710 pp., por Francisco J. ZAMORA CABOT .....	433
SÁNCHEZ COBALEDA, Ana, <i>La regulación jurídica internacional de los bienes de doble uso</i> , Marcial Pons, Madrid, 2023, 360 pp., por Antoni PIGRAU SOLÉ.....	434
SANZ CABALLERO, Susana, <i>¿La Europa de los valores? El declive del Estado de Derecho en la Unión Europea</i> , Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, 476 pp., por Belén SÁNCHEZ RAMOS.....	437
SEGURA SERRANO, Antonio, <i>El desafío de la ciberseguridad global: análisis desde el Derecho internacional y europeo</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 276 pp., por Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS .....	442
ZERNIKOW, Marcel, <i>Les règles de conflit de lois confrontées au marché intérieur. Étude en droit international privé européen du travail</i> , L'Harmattan, París, 2024, 654 pp., por David CARRIZO AGUADO.....	446



CON MOTIVO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO  
DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONVENCIÓN  
DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO  
DEL MAR

ON THE OCCASION OF THE 30TH ANNIVERSARY  
OF THE ENTRY INTO FORCE OF THE UNITED NATIONS  
CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA

Rafael CASADO RAIGÓN\*

Fruto de una larga actividad de codificación y de desarrollo progresivo del Derecho del mar, que se inició (en la era de la *organización mundial*) con la preparación de los Convenios de Ginebra de 1958, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM o Convención) constituye uno de los grandes logros normativos de la comunidad internacional, no solo por lo que representa como tratado global, que dota de unidad y coherencia al Derecho del mar, sino también por su general aceptación. La evolución de esta rama del Derecho internacional —claro está— no se ha visto detenida con ese instrumento, que fue adoptado en 1982, es decir, hace 42 años. Así lo ponen de manifiesto los relevantes desarrollos normativos y jurisprudenciales de los que ha sido objeto, motivados tanto por la necesaria aplicación e interpretación de sus disposiciones, algunas (en distinto grado) insuficientes o imprecisas, como por los desafíos, preocupaciones o derroteros que ha tenido que afrontar el derecho del mar en las décadas posteriores.

En efecto, estamos en presencia de un tratado global, que dota de unidad y coherencia al derecho del mar, lo que no logró la codificación ginebrina de 1958. Considerada justamente como la *constitución* de los mares y océanos, la CNUDM aborda prácticamente todos los aspectos de los usos y de los recursos de estos, representando la referencia normativa básica y general en materia de navegación, aprovechamiento de los recursos naturales, vivos y no vivos, protección del medio ambiente marino, investigación científica marina y, desde luego, en lo que afecta al régimen jurídico de los espacios instituidos

en el mar. Debido a la importancia que tienen los mares para la humanidad (¡qué inapropiado es llamar a este planeta *Tierra*, cuando es claramente un océano!), la Convención cumple una valiosísima función de servir de elemento de orden y de estabilidad en las relaciones internacionales de hoy día.

Gran logro normativo también por su aceptación general. A fecha de hoy, de este instrumento son parte 168 Estados<sup>1</sup> y la Unión Europea. Desde 1994, con la adopción del Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención, que aceleró la participación de los Estados desarrollados, la cifra de ratificaciones o de adhesiones fue progresivamente en aumento: 134 partes en el año 2000 y 161 en el año 2010. En los siguientes, sin embargo, el proceso se ha visto ralentizado. De 2011 a 2014 se sumaron cinco Estados y solamente tres en la última década (el Estado de Palestina, Azerbaiyán y Ruanda). A los treinta años de su entrada en vigor, 28 Estados miembros de Naciones Unidas siguen sin depositar el pertinente instrumento de ratificación o de adhesión, entre los que figuran, como casos más significativos, Estados Unidos de América, Israel, Turquía y Venezuela (los cuatro Estados que votaron en contra de la adopción de la Convención) o Irán, Colombia y Perú<sup>2</sup>. Ahora bien, este hecho, el de la no ratificación o adhesión, no hace que se encuentren al margen del régimen jurídico que establece la CNUDM.

Es evidente que todo Estado que no es parte en la Convención queda, al menos formalmente, fuera del entramado institucional creado por ésta; en particular, no podrá participar como miembro en la Reunión de los Estados Partes en la Convención o en la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM) o, por ejemplo, no podrá proponer candidatos a juez del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) o a miembro de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental. Es igualmente evidente que todo Estado que no es parte en la Convención no se encuentra ligado por el innovador sistema de arreglo de controversias que establece, sin perjuicio de que el sometimiento a las cortes y tribunales previstos pueda hacerse voluntariamente o derivar de otros compromisos adquiridos. Desde este punto de vista, debido a las importantes funciones que se le encomiendan por la Convención tanto de los organismos creados por ella como al sistema de arreglo de controver-

---

<sup>\*</sup> Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Córdoba (rafaelcasado@uco.es). El acceso a la página web de Naciones Unidas (“Status of Treaties”) que se ha consultado para comprobar el estado de ratificaciones o adhesiones de los instrumentos que se citan tiene fecha de 21 de junio de 2024.

<sup>1</sup> Entre ellos se cuentan Islas Cook y Niue, Estados asociados a Nueva Zelanda, que no son miembros de Naciones Unidas, pero que tienen capacidad para celebrar tratados.

<sup>2</sup> Podríamos clasificar los Estados miembros de Naciones Unidas no partes en la CNUDM de la siguiente manera: 12 Estados sin litoral (Afganistán, Bután, Kirguistán, Tayikistán, Uzbekistán, Burundi, República Centroafricana, Sudán del Sur, Etiopía, Liechtenstein, Andorra y San Marino); 2 Estados ribereños de un mar cerrado (Kazajistán y Turkmenistán); 7 Estados ribereños del continente asiático (Camboya, Corea del Norte, R. I. de Irán, Emiratos Árabes Unidos, Israel, Siria y Turquía); 5 Estados ribereños del continente americano (Colombia, El Salvador, Perú, Venezuela y Estados Unidos de América); 2 Estados ribereños del continente africano (Libia y Eritrea).



sias que instituye, sería conveniente que la Convención lograra el objetivo de alcanzar plenamente una participación universal, como *exhorta* a los Estados *ausentes* (año tras año) la Asamblea General de Naciones Unidas (AG)<sup>3</sup>.

Hecha la salvedad de las disposiciones relativas al entramado institucional y al arreglo de controversias, que, no obstante, tienen cada día más repercusión en los Estados no partes, la siguiente consideración se impone: un tratado, como la Convención, que establece las normas aplicables a más de un 85 % de los Estados (repartidos, además, por todos los continentes), ejerce una influencia inevitable sobre el Derecho consuetudinario, sobre el Derecho internacional general, el que concierne, en principio, a todos los Estados. Es incuestionable que a los Estados no partes le son aplicables las normas consuetudinarias declaradas en su momento en el texto de la Convención, pero también aquéllas que, orientadas por este instrumento, han pasado con el tiempo a formar parte del Derecho internacional general. Exceptuando quizás algunas disposiciones muy detalladas, a los treinta años de vigencia de la Convención creo que no resulta fácil probar que una determinada regla por ella establecida no tiene o no ha alcanzado un estatus consuetudinario. Confirma esta apreciación la actitud *positiva*, respecto de la mayor parte de las disposiciones sustantivas de la Convención, del *ausente* más significativo, Estados Unidos de América<sup>4</sup>. Suponiendo que tal o cual Estado no parte haya mantenido en el tiempo —y de manera persistente— su oposición a una determinada norma (o régimen) de la Convención (piénsese por ejemplo en el de paso en tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional), esta oposición a que le sea aplicada(o) no impide la existencia hoy de una regla consuetudinaria formada a raíz de una práctica general suscitada por la Convención<sup>5</sup>. Como señaló la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las reglas consuetudinarias generales no pueden quedar subordinadas a la voluntad de un Estado en su propio beneficio<sup>6</sup>. Aunque lo hayan hecho respecto de muchas de las disposiciones de la Convención, las cortes y tribunales internacionales no han tenido obviamente la oportunidad de declarar el carácter consuetudinario de todas las que contiene (no lo han hecho, en particular, con las referentes al régimen de paso en tránsito previsto en la parte III de este instrumento<sup>7</sup>), pero sí han subrayado la importancia que poseen las reglas de la Convención “para la comunidad internacional en su conjunto”<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Véase la última resolución adoptada por la AG sobre “Los océanos y el derecho del mar” (A/RES/78/69, de 5 de diciembre de 2023, par. 2).

<sup>4</sup> Véase, en este sentido, FREESTONE, David, “The Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challenges and New Agendas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 27 (2012), p. 677.

<sup>5</sup> Véase, no obstante, CATALDI, Giuseppe, « L'évolution du droit de la mer après 40 années », en CALIGIURI, Andrea., CATALDI, Giuseppe, ROS, Nathalie. (dir.), *L'évolution du droit de la mer. Réflexions à l'occasion du 20ème anniversaire de l'AssIDMer*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2023, p. 2.

<sup>6</sup> ICJ Reports 1969 (asuntos de la plataforma continental del mar del Norte), pp. 38-39.

<sup>7</sup> CASADO RAIGÓN, Rafael, « La contribution des juridictions internationales au développement du droit de la mer », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 434 (2023), p. 299.

<sup>8</sup> TREVES, Tullio, « L'état du droit de la mer à l'approche du XXIème siècle », *Annuaire du Droit de la Mer*, t. V, 2000, p. 125.

La CNUDM, como decíamos, ha sido objeto de una amplia gama de desarrollos normativos. Baste citar los habidos en materia de seguridad y protección marítimas, en materia de medio ambiente marino, en materia de pesca ilegal o en materia de patrimonio cultural subacuático, consecuencia todos ellos de la cooperación internacional que alienta la Convención. El potencial de esta cooperación es enorme, de ahí de que Naciones Unidas siga insistiendo en la misma, ya se realice a nivel mundial, regional, subregional o bilateral, para promover la efectiva aplicación de la Convención<sup>9</sup>, instrumento que también requiere de la acción nacional con la aprobación de leyes y reglamentos que sean compatibles con sus disposiciones. A este respecto, la creación de capacidad es esencial para asegurar que los Estados, especialmente los países en desarrollo (o menos adelantados), puedan aplicar íntegramente la Convención.

Quiero detenerme en los desarrollos convencionales acaso más relevantes adoptados por las Naciones Unidas y que se califican de “aplicación” de las disposiciones de la CNUDM. El primero, citado más arriba, fue el que en 1994 afectó a la parte XI (consagrada a *la Zona*). De este Acuerdo (en el que hoy participan 151 Estados y la Unión Europea) no son partes todos los que no lo son en la CNUDM<sup>10</sup> y otros 17 Estados que sí lo son, entre los que se encuentra Egipto como país más señalado<sup>11</sup>. Estados Unidos de América no es parte porque no lo es en la Convención, pero la adopción de este Acuerdo contó con su voto afirmativo; de hecho, no contabilizó voto en contra alguno, solo siete abstenciones, las de la Federación de Rusia, Tailandia, Nicaragua y Panamá (que, sin embargo, pasaron después a ser partes en el Acuerdo) y las de Colombia, Perú y Venezuela. Todos estos datos creo que son elocuentes. Con independencia de que, como dijo el profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, la inspiración general de este Acuerdo desluzca mucho la ideología solidaria que había distinguido a los primeros tiempos de la conexión entre los fondos marinos y el patrimonio común de la humanidad<sup>12</sup>, y de que, desde una visión pragmática, dicho Acuerdo tuviera como finalidad<sup>13</sup> la de facilitar una participación universal en la CNUDM, lo cierto es que un nuevo régimen para la Zona se ha impuesto, está funcionando y es el que, de una manera expresa o resignada, acepta una mayoría muy representativa de la comunidad internacional.

---

<sup>9</sup> Véase la resolución de la AG antes citada sobre “Los océanos y el derecho del mar”.

<sup>10</sup> Véanse los artículos 3 a 8 de este Acuerdo.

<sup>11</sup> Los dieciséis restantes son: Baréin, Comoras, R. D. del Congo, Yibuti, Dominica, Gambia, Guinea-Bissau, Irak, Mali, Islas Marshall, Sao Tomé y Príncipe, Somalia, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Sudán.

<sup>12</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, « De la Déclaration de 1970 sur les fonds marins et leur sous-sol à l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer », en CASADO RAIGÓN, Rafael, y CATALDI, Giuseppe (dir.), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruselas, 2009, p. 88.

<sup>13</sup> Véase su preámbulo.

El segundo Acuerdo de aplicación, que afecta a la pesca en alta mar, fue adoptado un año después, en 1995, el que, abreviando, se le llama *Acuerdo sobre pesca de altura o Acuerdo sobre los peces transzonales y altamente migratorios*<sup>14</sup>. Con menos participación (cuenta hoy con 92 Estados y la Unión Europea) y con ausencias muy significativas (como China, Myanmar, Pakistán, Argentina, México, Perú, Angola o Madagascar), el Acuerdo de 1995, que, repito, es (formalmente) de *aplicación* de las disposiciones de la CNUDM, permite, paradójicamente, y a diferencia del Acuerdo de 1994, que pueda manifestarse el consentimiento en obligarse por sus disposiciones sin que previamente (o al mismo tiempo) se haya manifestado el consentimiento en obligarse por la Convención, lo que ha posibilitado que Estados Unidos de América o la República Islámica de Irán, no partes en la CNUDM, hayan ratificado (o se hayan adherido, caso de Irán) al Acuerdo. Un Derecho del mar *a la carta* que rompe su necesaria unidad. ¿O es que ya se dio por hecho en 1995 que las disposiciones sobre pesca de la Convención formaban parte —como creo— del Derecho internacional consuetudinario? Con independencia de que me sigan quedando dudas sobre la compatibilidad de algunos de sus preceptos con determinados principios que rigen en alta mar en virtud de la Convención<sup>15</sup>, este Acuerdo de 1995 podría haber tenido un efecto beneficioso. Como ha señalado el profesor Tullio Treves, este instrumento fue un intento ingenioso de desactivar o de reducir las iniciativas de ciertos Estados (Chile, Canadá, Argentina ...) de extender a la alta mar sus poderes en materia de reglamentación y control de la pesca al introducir reglas de cooperación institucionalizada que deberían asegurar una gestión racional y consciente de los imperativos medioambientales<sup>16</sup>. El futuro dirá cómo evolucionan estas manifestaciones de *creeping jurisdiction* (o “jurisdicción progresiva”), que siguen estando ahí.

El tercer y último Acuerdo *conexo* (no *eo nomine* de “aplicación”<sup>17</sup>) ha sido adoptado más recientemente, en 2023. Se trata del “Acuerdo en el marco de la [*Agreement under the, Accord se rapportant à la*] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional” (alta mar y Zona). Abierto a la firma desde septiembre de 2023 a septiembre de 2025, este Acuerdo *conexo*, a fecha de 21 de junio de 2024, ha sido ratificado por siete Estados (Belice, Chile, Estados Federados de Micronesia, Mauricio, Mónaco, Palaos y Seychelles). Para la prestación del consentimiento tampoco se exige, como en el caso del Acuerdo de 1995,

<sup>14</sup> Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios.

<sup>15</sup> Véase CASADO RAIGÓN, Rafael, “Nuevas tendencias en materia de conservación y gestión de los recursos marinos vivos”, en SOBRINO HEREDIA, José Manuel (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 75-77.

<sup>16</sup> TREVES, Tullio, *op. cit.*, p. 130.

<sup>17</sup> En virtud de su artículo 5, dicho Acuerdo “se interpretará y aplicará en el contexto de la Convención y de forma compatible con ella”.

ser parte en la CNUDM. Es pronto para predecir su suerte, incluso su entrada en vigor formal, que se condiciona al depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión. En todo caso, este Acuerdo, evitando calificar o considerar a los recursos biológicos de esas zonas (y particularmente de *la Zona*) como patrimonio común de la humanidad<sup>18</sup>, plantea el reto de integrar los dos regímenes, el previsto en la parte XI de la CNUDM y en su Acuerdo de aplicación, que afecta a los recursos minerales, y el previsto en el Acuerdo de 2023, que afecta a recursos vivos.

En fin, la CNUDM se ha visto enormemente enriquecida gracias a la aplicación e interpretación que han hecho de ella las cortes y tribunales internacionales, tanto judiciales como de arbitraje. Destacaría, ante todo, dos importantes contribuciones generales: por un lado, la que afecta a la identificación del Derecho internacional consuetudinario declarado en la Convención u orientado por ella; por otro, la que afecta a la consideración de que, como toda rama del Derecho internacional, el Derecho del mar —y por ende la CNUDM— no comporta un sistema autónomo, separado de su tronco principal y de otras de sus ramas, como el Derecho del medio ambiente o el Derecho de la persona humana. Por ejemplo, es doctrina del TIDM que “las consideraciones de humanidad deben aplicarse en el derecho del mar, como en los otros ámbitos del derecho internacional”. Junto a estas contribuciones, podrían destacarse otras muchas referidas a materias o aspectos concretos, contribuciones que, además de favorecer la determinación del verdadero alcance, sentido y contenido de las normas, han supuesto cubrir insuficiencias, imprecisiones o parquedades de la Convención o, incluso, ciertas carencias o lagunas de ésta. Quizás, la más relevante contribución atañe al Derecho de la delimitación de los espacios marítimos, campo en el que la jurisprudencia internacional ha reducido la incertidumbre y ha mejorado la objetividad y la previsibilidad del proceso de delimitación. Pero, como digo, existen otras muchas aportaciones de la jurisprudencia internacional, aportaciones que no son fáciles de resumir en pocas líneas por incumbir a todos los espacios marítimos que la Convención establece<sup>19</sup>.

No obstante la ingente labor legislativa y jurisprudencial llevada a cabo en tantos sectores del Derecho del mar, esta rama del Derecho internacional sigue teniendo muchos desafíos ante sí, sea por problemas recurrentes, sea por nuevas situaciones. Algunos de esos desafíos son los provocados por las persistentes amenazas a la seguridad y la protección marítimas, de los que

---

<sup>18</sup> GARCÍA GARCÍA-REVILLO, Miguel, “Naturaleza jurídica de los recursos genéticos marinos de la Zona como una de las cuestiones clave para la negociación de un futuro Acuerdo sobre la protección de la biodiversidad en áreas más allá de la jurisdicción nacional. Consideraciones y propuestas sobre una cuestión polémica”, en CASADO RAIGÓN, Rafael, MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique J. (dir.) y JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo (coord.), *La contribución de la Unión Europea a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 297 ss.

<sup>19</sup> Véase CASADO RAIGÓN, Rafael, « La contribution des juridictions internationales au développement du droit de la mer », cit.

ha tomado nota la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas al incluir recientemente (2019) en su programa de trabajo el tema “prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar”. Otros son los derivados de las prácticas de explotación insostenibles de los recursos pesqueros, que incluyen la sobreexplotación, la sobrecapacidad o la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, prácticas a cuya erradicación no ha contribuido la zona económica exclusiva, espacio marino que cristalizó hace más de 45 años<sup>20</sup>. Pero, sin duda, los mayores desafíos son los que plantea el medio ambiente marino, en el entendido de que, como afirma el TIDM, “la conservación de los recursos biológicos del mar constituye un elemento esencial de la protección y preservación del medio marino”<sup>21</sup>.

Por sus nefastas consecuencias para la biodiversidad y los ecosistemas y hábitats marinos, es manifiesta la preocupación por la contaminación de origen telúrico, por las actividades en los fondos marinos, incluida la Zona (como la muestra la AIFM), por la contaminación causada por buques, por los plásticos (principalmente, aunque no solo, de origen telúrico) o la preocupación por los efectos adversos, actuales y previstos, del cambio climático, como el aumento de la temperatura del agua del mar, la desoxigenación y acidificación de los océanos o el aumento del nivel del mar<sup>22</sup>, problema este último incluido en el programa de trabajo de la CDI desde 2018 (“el aumento del nivel del mar en relación con el derecho internacional”). En una muy reciente opinión consultiva (21 de mayo de 2024) solicitada por la Comisión de los Pequeños Estados Insulares sobre el cambio climático y el Derecho internacional, el TIDM ha señalado, entre otras cosas, que los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, tienen la obligación particular en virtud de la Convención de cooperar “de manera continua, de forma efectiva y de buena fe” a fin de prevenir, reducir y controlar la contaminación marina resultante de las emisiones antrópicas de gases de efecto invernadero; por otro lado, que la obligación que tienen los Estados en virtud de la Convención de proteger y de preservar el medio marino de los efectos del cambio climático y de la acidificación de los océanos constituye una obligación de diligencia debida, una diligencia debida cuyo “nivel es elevado” habida cuenta de los riesgos de perjuicio grave e irreversible para el medio marino<sup>23</sup>.

Esto quiere decir que esas preocupaciones actuales encuentran una respuesta en el marco de la Convención de 1982, la norma constitucional en materia de Derecho del mar.

---

<sup>20</sup> Véase, al respecto, DEL VECCHIO, Angela, “Exclusive Economic Zones: Still a Valid Tool for the Conservation of Marine Living Resources?”, en CASADO RAIGÓN, Rafael, MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique J. (dir.) y JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pp. 27 ss.

<sup>21</sup> ITLOS Reports 1999, p. 295, par. 70.

<sup>22</sup> Resolución de la AG antes citada sobre “Los océanos y el derecho del mar”.

<sup>23</sup> Con fecha de 29 de marzo de 2023, la AG (resolución 77/276) ha solicitado a la CIJ una opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático.

Las valoraciones que hemos hecho en estas páginas me llevan a la conclusión de que la CNUDM constituye un éxito en sí misma, siendo el conjunto de este instrumento lo que debe ser destacado, su mayor logro, de ahí que, como reitera la AG, es de importancia *vital* preservar su integridad. A los treinta años de su entrada en vigor, la Convención sigue proporcionando orden y estabilidad para las relaciones internacionales y sigue contribuyendo de manera crucial a la preservación de la paz, a la cooperación entre las naciones y al aprovechamiento sostenible de los mares y océanos. Aun así, la Convención no está exenta de ser sometida a su adaptación (por las nuevas exigencias generales), a su mejor acabado (por sus imprecisiones o ambigüedades), a su desarrollo (por sus insuficiencias y lagunas) o, sencillamente, a su ejecución o aplicación. En esta tarea, precisamente, están involucrados (comprometidos) los Estados, las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales competentes o, en especial, las cortes y tribunales internacionales. Desde luego, como toda norma jurídica, desempeñe o no una función constitucional, es susceptible de revisión, lo que está expresamente previsto en las disposiciones finales de la propia Convención. Pero ¿es necesaria esa revisión? Más allá de que el multilateralismo, desgraciadamente, no pase por sus mejores momentos, lo que parece absurdo es pensar en una nueva convención del Derecho del mar que sustituya al imponente y complejo edificio que supone la CNUDM<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> En este sentido, CATALDI, Giuseppe, *op. cit.*, p. 8.

## I. ESTUDIOS/ STUDIES

### LOS PAÍSES DE LA UE Y EL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS Y NIÑAS SOLDADO: ¿A LA VANGUARDIA EN LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA?

#### *THE EU COUNTRIES AND THE RECRUITMENT, ENLISTMENT, AND USE OF CHILD SOLDIERS: LEADING IN CHILD PROTECTION?*

Dra. Ruth ABRIL STOFFELS\*

**Resumen:** El reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 y 18 años ha sido regulado tanto por el Derecho internacional humanitario como por el Derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados tienen la obligación de no hacer y de prevenir y sancionar. En este sentido, nos acercamos a la normativa de los 27 Estados miembros de la Unión Europea para ver si está previsto el alistamiento y reclutamiento de menores de 15 y 18 años, así como el uso que, en su caso, se puede hacer de los mismos en las hostilidades. De igual manera, nos acercamos al Derecho penal de este grupo de Estados para ver cómo se sancionan estos comportamientos. Teniendo todo esto en cuenta, nos planteamos si los países de la Unión Europea podrían crear una costumbre internacional que eleve la protección de niños y niñas más allá de lo que lo hacen las normas internacionales universales en forma de tratados o de costumbres. O si, por el contrario, pese a lo que parece, los países de la Unión Europea no están a la vanguardia en este campo.

**Palabras clave:** niños soldados; alistamiento y reclutamiento de niños y niñas; participación activa en las hostilidades; OPAC, PFCND, niños y niñas asociados a grupos armados, Unión europea y DIH.

**Abstract:** The recruitment, enlistment, and use of children under 15 and 18 years old have been regulated both by International Humanitarian Law and International Human Rights Law. The obligations of States in this field are both to refrain from and to prevent and punish such actions. In this regard, we examine the regulations of the 27 European Union member States to determine whether the enlistment and recruitment of children under 15 and 18 years old, as well as their potential use in hostilities, are provided for or not. Similarly, we investigate the criminal law of these States to understand how these behaviours are punished. With all this in mind, we consider whether indeed the

---

\* Profesora titular Universidad Cardenal Herrera CEU — rabril@uchceu.es. Estudio realizado con ayuda de la subvención para grupos de investigación consolidados — AICO 2023 (ciaico/2022/235/uchceu), correspondiente a la convocatoria establecida en el anexo X de la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital (DOGV núm. 9449 de 14.10.2021).



countries of the European Union could establish an international custom that enhances the protection of children beyond what is provided by universal international norms in the form of treaties or customs. Or whether, on the contrary, despite appearances, the countries of the European Union are not at the forefront in this field.

**Keywords:** child soldiers; enlistment and recruitment of boys and girls; active participation in hostilities; OPAC; children associated to armed conflicts, European Union and IHL (International Humanitarian Law)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES PREVIAS. 3. COMPROMISOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS FRENTE AL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO. 4. ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CONTRA EL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO. 5. EDAD MÍNIMA DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA. 5.1. Conscripción. 5.2. Alistamiento. 5.3. Uso de niños en conflictos armados. 6. SANCIÓN DEL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO ILÍCITO DE NIÑOS EN LAS LEGISLACIONES PENALES DE LA UE. 6.1. Sanción del reclutamiento y alistamiento. 6.2. Sanción de uso de niños y niñas. 6.3. Consideración expresa como crimen de guerra, sanción penal y jurisdicción universal. 7. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos y gobernantes de la Unión Europea (UE) siempre han presumido de su compromiso con la protección y promoción de los derechos humanos dentro y fuera de sus fronteras. De hecho, es el grupo de países que ha firmado más convenios en este ámbito. Además, en el marco de su región, cuenta con varios instrumentos internacionales que elevan los estándares establecidos a nivel universal y los mecanismos de garantía de estos. Entre ellos, destacan la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, ya que ofrecen una importante protección a los individuos de forma general.

Por otro lado, los países de la UE se sitúan en el núcleo de países que contribuyen al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, no solo por su actuación en operaciones de paz de distintas organizaciones internacionales, sino también por ser altavoces de la promoción y protección de los derechos humanos en las organizaciones y organismos en los que participan, vinculados a este ámbito.

Por todo ello, podríamos plantearnos tres cuestiones cuyas respuestas, en principio, deberían ser positivas y corroborar el papel estelar de la UE en la protección y promoción de los niños en los conflictos armados, en concreto frente al reclutamiento, alistamiento y uso de niños en todo tipo de conflictos armados.

La primera cuestión sería saber si, efectivamente, todos los países de la UE han firmado estos convenios y, en todo caso, conocer el nivel internacional mínimo y máximo al que están sujetos.



La segunda cuestión sería saber si la edad de reclutamiento y alistamiento de niños soldado por parte de los países de la UE se sitúa en todo caso en los 18 años.

La tercera sería saber si los códigos penales de estos países recogen la infracción de las normas internacionales sobre este tema y si existe sanción para todos los comportamientos prohibidos por el Derecho internacional en todos los niveles. También, si la protección es mayor que la establecida por el Derecho internacional humanitario (DIH), convirtiendo esta región en la promotora de una costumbre internacional que eleva la protección de estos niños.

Las respuestas a estas preguntas nos servirán, en todo caso, para responder a la pregunta que da título a este artículo y, además, para ver la homogeneidad de la regulación nacional de los países de la UE, más allá de los documentos oficiales de esta organización al respecto.

Vamos a analizar los códigos penales de los Estados miembros, así como los códigos penales militares y otros textos penales y manuales militares para confirmar si los compromisos internacionales en materia de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños por fuerzas y grupos armados se reflejarán en los códigos penales de los Estados miembros. Como veremos a continuación, su consideración de violación grave del DIH y crimen de guerra obliga a sancionar penalmente estos comportamientos, al tiempo que a establecer jurisdicción extraterritorial para su enjuiciamiento.

Este estudio es original por la perspectiva y los documentos analizados. Así, se trata de ver cómo se incorporan las normas de Derecho Internacional en el Derecho interno en el campo del DIH y del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), para un grupo de Estados que presume estar a la vanguardia en la protección de los derechos humanos y, en especial, de los derechos de la infancia, en un tema de conexión entre ambos ordenamientos jurídicos. En concreto, se analiza cómo ambos ordenamientos protegen la infancia de los efectos de las hostilidades, en especial, a través de la prohibición de su reclutamiento y alistamiento, así como de su uso directo e indirecto por parte de fuerzas armadas y de los grupos armados no estatales.

Para conocer estos datos, nos serviremos de la legislación interna de los países. En concreto, nos centraremos en la legislación penal, fundamentalmente en códigos penales, códigos penales militares y otra legislación penal específica distinta de los códigos mencionados, en la que se encuentre la sanción de estos comportamientos<sup>1</sup>. También serán de utilidad los informes que

---

<sup>1</sup> Se ha utilizado la traducción no oficial al inglés de estos documentos que se nos ofrece en internet. Salvo en el caso de Chipre, en el que no hemos podido obtener una versión actualizada en inglés, francés o español del código penal ni de las normas penales militares, con lo que no podemos hacer afirmaciones directas al respecto. No obstante, podemos extraerlas de las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño al respecto, que indican que no hay legislación penal alguna al respec-

los Estados presentan al Comité de los Derechos del Niño (CDN), tanto en sus informes iniciales sobre el cumplimiento del artículo 8 del Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000 (en adelante, “Informe OPAC”) como en los informes periódicos posteriores en cumplimiento del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “Informe CDN”). En estos informes se completa la información incluida en este primer informe y las observaciones finales del Comité a los informes periódicos presentados por los Estados en virtud del artículo 44 de la Convención (Observaciones Finales CDN) y al primero de los informes presentados (Observaciones Finales OPAC). Finalmente, también nos serviremos de los informes globales de 2008 sobre niños soldado, ofrecidos por *Refworld* y UNHCR<sup>2</sup>. Aunque la información que esta última contiene está desfasada, incluye información proporcionada directamente por representantes estatales que no se encuentra en otros lugares oficiales.

## 2. CUESTIONES PREVIAS

Respecto a la distinción entre reclutamiento y alistamiento que está en el centro de este estudio, es urgente destacar que el término “reclutamiento” se usa a menudo de manera amplia, englobando ambas modalidades, conscripción y alistamiento. Sin embargo, en algunos contextos, se utiliza como sinónimo de conscripción, leva o incorporación forzosa, es decir, el proceso mediante el cual una persona es compelida a incorporarse de forma obligatoria al ejército de un país o a un grupo armado, generalmente por un período de tiempo prolongado y en circunstancias que pueden variar dependiendo del nivel de excepcionalidad de la leva o incorporación forzosa, llevada a cabo por autoridades o individuos con poder en el grupo armado. Por otro lado, estaría el “alistamiento”, que se origina a partir de un acercamiento inicial del niño al grupo o fuerza armada al que decide unirse de manera voluntaria.

Para los fines de esta investigación emplearemos el término “reclutamiento” en referencia a la conscripción, y el término “alistamiento” para describir la entrada voluntaria en el contexto de fuerzas o grupos armados.

Todo ello sin perjuicio de que esta distinción formal se vuelva conceptualmente compleja en el caso de los niños y niñas menores de edad, especialmente cuando son muy jóvenes. Muchos organismos internacionales han abogado por no diferenciar entre estos conceptos en la redacción de textos

---

to. Observaciones finales sobre el informe presentado por Chipre en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (CRC/C/OPAC/CYP/CO/1) de 13 de octubre de 2017.

<sup>2</sup> REFWORLD, “Search the leading source of legislation, case law and UNHCR guidance on refugees, stateless and internally displaced persons, 2024. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain>

normativos, debido a la dificultad de determinar el grado de conocimiento e intencionalidad de los menores en la toma de decisiones, y por el contexto en el que se ven obligados a tomar estas decisiones, lo que les impulsa a incorporarse a las fuerzas o grupos armados en contra de su voluntad.

En segundo lugar, los textos jurídicos de los países, en general, nos hablan de “participación activa en las hostilidades”, pero hay textos que nos hablan de “participación en las hostilidades”, “uso para hostilidades” y “uso de niños por grupos armados”.

Ciertamente, el Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados (en adelante OPAC) contiene en su título la palabra “participar”, en su preámbulo aparece el término “participación en las hostilidades” e incluso “participación de niños en conflictos armados”. Sin embargo, en la parte dispositiva, cuando se refiere a los ejércitos estatales habla de la “participación directa en las hostilidades”<sup>3</sup> y cuando se refiere a los grupos armados<sup>4</sup> nos habla de “participación en las hostilidades” como infracciones al Protocolo. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional nos habla de “participar activamente en hostilidades”<sup>5</sup> (ECPI) como crimen de guerra.

En efecto, el OPAC no nos está hablando de crímenes de guerra y el ECPI sí, pero los Estados, en general, en los textos que analizamos, cuando mencionan este comportamiento, lo hacen refiriéndose a delitos y crímenes de guerra y a niños de distintas edades. Por lo tanto, parece que esta distinción no está clara. Y más aún, cuando en las preguntas del CDN, previas a la aprobación de las observaciones finales específicas sobre las medidas tomadas por los Estados para aplicar el OPAC, aquel pide continuamente a los Estados aclaraciones acerca del alcance del término “participación directa”, cosa a la que los Estados o no responden o responden con evasivas. Por otro lado, las labores incluidas en esta conceptualización de participación directa, invisibilizan las tareas asignadas a las niñas por los grupos armados<sup>6</sup>. Además, en los textos penales normativos internos no se distingue siempre entre grupos armados o fuerzas armadas, por lo que parece que se emplean como sinónimo.

Durante mucho tiempo se ha debatido acerca de las diferencias entre participación activa y participación directa en las hostilidades<sup>7</sup>. Y no se trata de

---

<sup>3</sup> Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados (OPAC), Nueva York, 25 de mayo de 2000, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2173, art.1.

<sup>4</sup> *Ibidem*, art. 4.

<sup>5</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), art. 8.2.b.xxvi y 8.2.c.vii.

<sup>6</sup> ABRIL STOFFELS, Ruth y OJINAGA RUIZ, Rosario, “Los procesos de desvinculación y reintegración de las niñas asociadas con fuerzas o grupos armados: thinking outside the box”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2021, núm. 14, pp. 167-222.

<sup>7</sup> DÍAS, Leandro, “Participación activa en las hostilidades según la Corte Penal Internacional: consecuencias problemáticas de un derecho internacional fragmentado”, en BUIS, Emiliano y LUTERS-TEIN, Natalia (eds.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Sempithidia, Buenos

un asunto baladí, ya que de ello se derivan consecuencias, no solo para la protección frente al reclutamiento y uso de niños menores de 15 o 18 años, sino también para determinar en situaciones de conflicto armado interno hasta qué punto estos niños pueden ser objetivo militar e incluso, llevándolo al extremo, si pueden ser considerados miembros de grupos armados<sup>8</sup>. El origen de la problemática está en que en las distintas versiones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos de 1977 se usa distinta terminología en distintos idiomas y textos. No obstante, según N. Melzer<sup>9</sup> estos términos deben entenderse como sinónimos. Lo cierto es que incluso en estos casos el alcance del contenido de este tipo de participación tiene consecuencias graves, tal y como destacó la Sala de Apelaciones de la CPI en el asunto Lubanga<sup>10</sup>.

El problema está en que, si aceptamos que “participación activa” incluye participación directa e indirecta, a efectos de protección frente a ataques militares, y, en este caso, de los niños y niñas asociados a los grupos armados, su protección será menor, dado que podrían ser objeto de ataques y ser considerados como objetivos militares. Pero al mismo tiempo, al incluir dentro de la prohibición del uso de niños soldado a aquellos que se dediquen a funciones indirectas estamos ampliando su protección<sup>11</sup>.

Por el contrario, si “activa” es equivalente a “directa”, muchos niños asociados con grupos armados quedarían fuera de los ataques directos. Salvo en los casos en los que se hable de participar en las hostilidades de forma general, dejaríamos fuera de la prohibición de ataque a todos los niños que realizan actividades vinculadas a la participación indirecta, cuya participación en ocasiones sí estaría permitida.

En todo caso, estos problemas de interpretación se verán en las normas de los Estados miembros de la UE que utilizan distinta terminología.

Introduzcamos ahora un nuevo elemento que puede arrojar algo de luz en este tema. *Los principios y compromisos de París relativos a los niños asociados a fuerzas o Grupos armados* de 2007, que han sido ratificados por todos los países de la UE, nos dan esta definición que es todavía más amplia:

Niño o niña vinculado con un grupo o fuerza armada se refiere a cualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada

Aires, 2016, pp. 145-166; SCHABAS, William, “The International criminal court”, en BLACK, David y WILLIAMS, Paul (eds.), *The International Politics of Mass Atrocities*, Routledge, 2010, pp. 150-170.

<sup>8</sup> DÍAS, Leandro, *op. cit.*

<sup>9</sup> MELZER, Nils, Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2010.

<sup>10</sup> *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction* (Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo), 1 de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Red, Corte Penal Internacional.

<sup>11</sup> ABRIL STOFFELS, Ruth, “¿Niñas soldado o niñas asociadas a las fuerzas armadas? Reclutamiento, vínculo y labores como elementos claves para determinar su estatus y proceso de desvinculación”, en PÉREZ, María (ed.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia: un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 155-179.

por un grupo o fuerza armada en cualesquiera condición, incluyendo, pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solo a una niña o niño que haga parte o haya sido parte directa en hostilidades<sup>12</sup>.

Si bien este texto tiene como objeto proteger a los niños vinculados a fuerzas o grupos armados tanto antes como después del conflicto armado, y no tiene fuerza jurídica, lo cierto es que se emplea cuando se quiere hacer un análisis de los términos de “niños soldado” y “niños asociados a grupos y fuerzas armadas”, utilizando para ello, un concepto muy amplio, y se refiere a su utilización en “cualquiera condición”, es decir sea para lo que sea, y diciendo expresamente que no se refiere solo a la participación directa en las hostilidades.

Así y siguiendo la lógica mencionada, podríamos aventurarnos a decir que, a efectos del Derecho de La Haya, la participación directa se considerará de la forma más estricta. A efectos de Derecho de Ginebra, la participación en las hostilidades incluirá la participación directa e indirecta, activa o de otro tipo y, a efectos de prevención, liberación, desarme, participación en proyectos de desarme, desmovilización y reinserción se incluirá cualquier tipo de actividad que vincule a los niños con los grupos o fuerzas armadas, excluyéndose a los niños que tengan lazos de filiación (hijos) de miembros de estos grupos.

Esta solución dada no es la que favorece la integridad y el carácter compacto del DIH, pero ciertamente es la que vela de una mejor manera por el interés superior del menor de 18 años y parece más acorde con el espíritu del DIH<sup>13</sup>.

Teniendo como prisma este último principio mencionado, el interés superior del niño, es interesante realizar una interpretación estricta de estos conceptos para protegerlos en tanto que civiles en los conflictos armados y evitar que sean objeto de ataques. Sin embargo, desde la perspectiva de su protección como menores y visto como prohibición, lo más interesante sería una interpretación amplia que impidiese a los menores estar presentes en los grupos armados en cualquier caso. Por otro lado, y pensando en las niñas que son objeto de prostitución y esclavitud sexual, la justificación de que su participación pueda ser considerada como participación activa o directa o indirecta exige un hilado muy fino, tal y como se puede apreciar en la opinión disidente de la jueza

---

<sup>12</sup> FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCA [UNICEF], *Principios de París. Principios y Directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados*, Naciones Unidas, Nueva York, 2007.

<sup>13</sup> En contra de este fraccionamiento véase: DÍAS, Leandro, “El voto de la jueza Elisabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”, *Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2014, pp. 20-46.

Odio Benito en el asunto Lubanga<sup>14</sup> (Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párrs. 15-17), donde consideró, a efectos de sanción penal, que los actos de violencia sexual deben ser considerados como una participación directa en las hostilidades. Es decir, que cuando se prohíbe la participación directa, se incluye también la prohibición de violencia sexual contra los niños y niñas. Utilizó para ello el argumento de que de los tres requisitos que se exigen en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* de N. Melzer<sup>15</sup> publicada por el CICR, para la determinación de la participación directa en las hostilidades (superación del umbral del daño del acto protegido por la persona de que se trate, relación de causalidad entre la conducta y el daño y un nexo beligerante del acto), el primer elemento, que determina la posibilidad de cumplimiento de los otros, se verá satisfecho, no solo cuando se cause daño al enemigo, sino, en este caso, a la persona protegida por la prohibición de uso de los niños en los conflictos armados, esto es, los y las menores. Por ello incluiría su riesgo de que sean sometidos a entrenamientos brutales, y a torturas y malos tratos, violencia sexual, y otras actividades y condiciones de vida contrarias a sus derechos fundamentales. Y por ello incluiría todo tipo de participación y hasta la presencia en grupos armados, que estarían prohibidas.

Si bien las ideas de la jueza Odio Benito son acertadas en referencia a que si lo que se pretende es proteger a los y las menores, todo tipo de participación estaría prohibida, lo cierto es que los Estados distinguen entre participación directa y otros tipos de participación y parecen querer sancionar este uso de las niñas asociadas a los grupos armados a través de los tipos penales de agresiones sexuales.

Antes de continuar, debemos indicar que, pese a lo que, como veremos, aparece en algunos textos nacionales, el PAI, OPAC y ECPI distinguen dos acciones distintas, por un lado, la incorporación a las fuerzas o grupos armados y por otro el uso que una vez dentro. Por lo tanto, cuando se habla de reclutamiento para la participación en las hostilidades, se están fundiendo dos comportamientos distintos que merecen análisis distinto y sanción diferentes. Así, el reclutamiento de un menor de 12 años estaría prohibido, independientemente de que su labor fuese recoger flores para decorar las mesas o hacer turnos de guardia en un polvorín. Sin embargo, el alistamiento de un menor de más de 15 años podría estar permitido, en función de la normativa aplicable al país, pero nunca estaría permitido que participase directamente en actividades de combate.

Aunque los términos “jurisdicción universal” (aplicable necesariamente a los crímenes de guerra) y “jurisdicción extraterritorial” (que puede estable-

---

<sup>14</sup> *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06, Corte Penal Internacional.

<sup>15</sup> MELZER, Nils, *op. cit.*

cerse unilateralmente a otro tipo de comportamientos sin que deban tener la gravedad de crimen internacional) no son sinónimos, los Estados parecen hablar de jurisdicción universal al hablar de ambos comportamientos en sus informes. Sin embargo, el CDN solo habla de jurisdicción extraterritorial en sus observaciones finales para todo tipo de comportamientos y para todo tipo de Estados. Aunque efectivamente, el uso de este último término puede tener un objetivo concreto, al no estar considerados explícitamente todos los comportamientos prohibidos como crímenes de guerra, lo cierto es que el CDN pide el mismo tipo de jurisdicción para los comportamientos que son crímenes de guerra y los que son considerados solo como infracción del OPAC. Ya sea para presionar indirectamente para que todos los comportamientos previstos en este texto se consideren como crímenes de guerra, ya sea para facilitar la labor del propio CDN simplificando sus demandas, lo cierto es que al leer los informes de los Estados y los documentos del CDN la distinción no está clara.

### **3. COMPROMISOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS FRENTE AL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO**

Todos los Estados de la UE han firmado los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, así como convenios de derechos humanos con disposiciones que se aplican en este campo como son: la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, la CDN)<sup>16</sup>, y su Protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (ONU 2000)<sup>17</sup>, el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, (núm. 182) (OIT 1999)<sup>18</sup> y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998)<sup>19</sup>.

Sin embargo, este compromiso a nivel internacional debe concretarse en medidas internas que permitan hacer efectivos los compromisos adquiridos. Esto se puede y se debe hacer mediante medidas legislativas, ejecutivas y judiciales.

Por otro lado, en los casos en los que estas medidas internas vayan más allá de lo establecido en la norma jurídica internacional, podemos plantearnos si ello está contribuyendo a la creación de una norma consuetudinaria regional o universal.

---

<sup>16</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1577, p. 3.

<sup>17</sup> OPAC, *op. cit.*

<sup>18</sup> *Convenio N° 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, Ginebra, 1 de junio de 1999, Unión Europea, Organización Internacional del Trabajo.

<sup>19</sup> ECPI, *doc cit.*



#### 4. ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CONTRA EL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO

De acuerdo con lo indicado anteriormente, existe una serie de convenios que establecen una edad mínima para la presencia de niños en grupos y fuerzas armadas, así como para la realización de actividades vinculadas más o menos a los conflictos armados.

Los tres sectores que se ocupan de este tema, y que pretenden disuadir de los comportamientos objeto de nuestro análisis, son el DIH, el DIDH y el Derecho penal internacional. Vamos a comparar su protección, entendiendo por ella su capacidad de disuasión de estos y las edades contempladas por los mismos.

Empezando por el último, que es el que establece una protección más fuerte, aunque no la más alta, tenemos el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se considera como crimen de guerra el reclutamiento y participación en las hostilidades de niños y niñas menores de 15 años.

Teniendo en cuenta que los tipos penales consagrados en este texto se consideran costumbre internacional, y que las discusiones en el proceso de aprobación del texto se centraron en el alistamiento (que fue finalmente retirado) y en la participación (que fue finalmente limitada a la participación directa). Podemos decir que este sería el estándar mínimo aceptado por los Estados. Como he indicado es la protección más fuerte, porque implica que no solo están prohibidos estos comportamientos, sino que su comisión se califica como crimen de guerra tanto si se comete en un conflicto armado interno como internacional, tanto si es realizado por personas pertenecientes al Estado como si se trata de personas vinculadas a grupos armados no estatales. Sin embargo, como veremos a continuación, es la más baja existente en los textos internacionales (salvo en los propios Convenios de Ginebra, donde no hay protección alguna).

El siguiente nivel de protección es el contenido en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977. El Protocolo Adicional I establece en el artículo 77 que la edad mínima de reclutamiento en las fuerzas armadas es de 15 años, estableciendo una preferencia para los mayores de esta edad, en su caso, en orden inverso a los años. En cuanto a la participación, solo se prohíbe la “participación directa en las hostilidades” de menores de 15 años<sup>20</sup>. El artículo 77.2<sup>21</sup> del PAI No se dice nada sobre otro tipo de participa-

---

<sup>20</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, Unión Europea, art. 77.

<sup>21</sup> PILLOUD, Claude, SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Norwll, 1986, pp. 3183-3191.



ción ni sobre el alistamiento. Estos comportamientos prohibidos no se recogen expresamente como infracciones graves que puedan considerarse como crímenes de guerra. Además, no debemos olvidar que la esencia del DIH es proteger a los nacionales de un Estado o de un grupo enemigo. Sin embargo, aquí estamos protegiendo, en general, a nuestros propios nacionales. Este artículo es una de las pocas excepciones a esta idea.

El Protocolo Adicional II<sup>22</sup>, por su parte, ofrece una protección diferente, ya que sólo se refiere al reclutamiento por parte de fuerzas y grupos armados, a una edad mínima de 15 años y de “participar en las hostilidades” que, parece ser más amplio que el de la participación directa prevista en el PAI para los conflictos internacionales<sup>23</sup>.

Así pues, queda claro que, en estos textos, el nivel mínimo de protección es el de reclutamiento y la participación directa en las hostilidades para menores de 15 años. El alistamiento y participación en las hostilidades quedan en una zona gris en la que se distingue entre fuerzas y grupos armados, por un lado, y conflictos armados internacionales e internos, por otro.

Más de diez años después, la Convención sobre los Derechos del Niño repite textualmente lo dicho en el PAI, sin aclarar las zonas grises<sup>24</sup>. Y como consecuencia de ello, en el momento de la ratificación del Convenio e incluso posteriormente, algunos Estados emiten declaraciones que aclaran su interpretación de los compromisos o que elevan la protección ofrecida por la CDN. España, por ejemplo, manifiesta su disconformidad con el límite de edad de 15 años en reclutamiento y alistamiento<sup>25</sup>; Argentina, por su parte, manifiesta su disconformidad e indica su compromiso con los 18 años como edad mínima<sup>26</sup>. Lo mismo ocurre con Colombia, que indica que, a efectos de aplicación de la Convención en este campo, la edad de referencia es de 18 años<sup>27</sup>.

Diez años después se abre a la ratificación el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, conocido como el Convenio 182 de la OIT. En este convenio se establece que los Estados tienen prohibido y deben eliminar las peores formas de trabajo infantil, entre las que se encuentra “el reclutamiento

---

<sup>22</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo II), 8 de junio de 1977, Unión Europea, art. 4.3.c.

<sup>23</sup> PILLLOUD, Claude, SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno, *op. cit.*, pp. 4555-4557.

<sup>24</sup> OJINAGA, Rosario y ABRIL STOFFELS, Ruth, “La protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2020, núm. 39, p. 7.

<sup>25</sup> Committee on the Rights of the Child: CRC/C/2/Rev.3, “Reservations, declarations and objections relating to the Convention on the Rights of the Child — Note by the Secretary-General”, 11 de julio de 1995, p. 19.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 16.

to forzoso u obligatorio para utilizarlos en conflictos armados”<sup>28</sup>. Nótese, por tanto, que eleva la protección a 18 años, pero parece unir en una sola conducta ilícita lo que hemos calificado como dos comportamientos distintos: reclutamiento y uso. Al mismo tiempo excluye el alistamiento de menores para utilizarlos en conflictos armados. Está claro que la esencia de este artículo está en la incorporación forzada del menor de 18 años a fuerzas o grupos armados, sea cual sea la función que se les atribuya.

Sin embargo, en este mismo periodo, la sensibilidad hacia estos temas había avanzado considerablemente, y con el apoyo de una plataforma que reunía a los principales actores humanitarios que trabajaban para eliminar el fenómeno de los niños soldado, se firmó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados y se hizo campaña para que los países lo ratificaran<sup>29</sup>.

Este último texto es el que ofrece una protección más elevada a los niños y niñas. En primer lugar, porque separa la incorporación y participación como dos conductas distintas, prohíbe tanto el reclutamiento en todo tiempo y lugar de niños y niñas menores de 18 años en fuerzas o grupos armados como la participación directa en las hostilidades<sup>30</sup>. En segundo lugar, porque se permite el alistamiento de menores de 18 pero mayores de 15 en las fuerzas armadas, pudiendo los Estados, a través de una declaración unilateral, ampliar el compromiso. En todo caso, estos niños no podrán participar directamente en las hostilidades. Para los grupos armados no estatales, la prohibición es más estricta, ya que se prohíbe el reclutamiento y la participación en las hostilidades a menores de 18 años. Esto, leído conjuntamente implica que se prohíbe incorporar a menores de 18 años a los grupos armados, cualquiera que sea su función en los mismos.

Teniendo en cuenta que todos los Estados de la UE han ratificado todos los documentos mencionados, la situación sería la siguiente:

En primer lugar, la conscripción y el uso de niños y niñas menores de 15 años para participar directamente en las hostilidades no solo están prohibidos, sino que son crímenes internacionales.

En segundo lugar: está prohibido el reclutamiento y uso de niños y niñas de entre 15 y 18 años para participar directamente en las hostilidades.

En tercer lugar: se prohíbe el alistamiento de niños menores de 18 años en grupos no estatales, y en el caso de fuerzas armadas se permite el de mayores de 15 años, pero se propone el depósito de una declaración unilateral de los

<sup>28</sup> Convenio N.º 182 de la OIT, *op. cit.*, art. 3.a.

<sup>29</sup> AMADOR, Ana y DE INZA, Blanca, “La evolución del reclutamiento de menores en los países participantes en la campaña “Niños, No Soldados” (Parte II)”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, 2017, núm. 8, pp. 363-400.

<sup>30</sup> OPAC, arts. 1, 2 y 4.1.

Estados Partes en la que se aumente la edad mínima de alistamiento que es de 15 años.

Cuarto: se prohíbe a los grupos armados el uso de menores de 18 años para participar de cualquier forma en las hostilidades. Sin embargo, para los grupos estatales, se permite la participación de niños y niñas menores de 18 años y mayores de 15 años en las hostilidades siempre que esta participación no sea directa.

Este sería el mínimo convencional al que estarían obligados todos los Estados de la UE, que, por lo tanto, deben trasladar a su normativa estatal interna, en unos casos al campo directo del Derecho administrativo militar y, en otros casos, al Derecho penal.

Por tanto, es preciso analizar el Derecho interno de los Estados miembros para verificar si, de hecho, han incorporado las obligaciones mencionadas a su normativa interna. También se debe analizar si los Estados han elevado unilateralmente esta protección que están obligados a proporcionar y si ello pudiera servir de base para afirmar la existencia de una costumbre internacional al respecto.

## **5. EDAD MÍNIMA DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **5.1. Conscripción**

El reclutamiento militar en los Estados miembros de la Unión Europea (UE) presenta una notoria heterogeneidad, caracterizada por dos tendencias temporales discernibles. La primera de estas tendencias emergió en la década de 1980 y se orientó hacia la profesionalización de las fuerzas armadas. La segunda, que comenzó a manifestarse en la primera década del siglo XXI, contempla la reintroducción del servicio militar obligatorio, aunque en todos los casos se mantiene un componente militar profesional.

En este contexto, es importante resaltar que solo algunos Estados miembros de la UE aún conservan el servicio militar obligatorio y, por ende, la práctica de la conscripción. Estos Estados incluyen a Austria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia y Suecia con una edad de reclutamiento de 18 años, Grecia y Lituania incorporan a sus filas a varones de 19 años y la excepción dentro de toda la UE, Chipre, que recluta a niños de 17 años.

Cabe destacar que Suecia, a pesar de haber abolido el servicio militar en 2010, lo reintrodujo en 2019.

En cuanto a Chipre, se permite el reclutamiento, con ciertas excepciones en tiempos de paz. Sin embargo, en situaciones de conflicto o emergencia,

como la actual, se permite el reclutamiento para todas las personas que alcancen los 17 años a partir del 1 de enero del año en que cumplen dicha edad, según su declaración al firmar el OPAC. Cabe señalar que esta edad efectiva de reclutamiento se sitúa en los 17 años y seis meses, debido al momento de la convocatoria, que tiene lugar en julio. Es crucial tener en cuenta la posibilidad de que estos menores puedan ser desplegados para participar en operaciones militares.

Además, algunos Estados miembros de la UE no han abolido por completo el servicio militar, sino que lo han suspendido, con la capacidad de reactivarlo en situaciones excepcionales. Estos países comprenden Eslovaquia, Italia, Países Bajos, Polonia y Portugal. Todos estos Estados han ratificado el OPAC y han establecido la edad mínima de reclutamiento entre los 18 a 19 años.

El resto de los Estados miembros de la UE ha abolido por completo el reclutamiento militar, entre ellos se encuentran Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Malta, República Checa y Rumanía<sup>31</sup>.

Un dato relevante, que merece ser destacado es que, tras la reintroducción del servicio militar obligatorio, Suecia se ha convertido en el único Estado miembro de la UE que incluye a las mujeres en este proceso. En contraste, en los demás Estados miembros, la conscripción se aplica exclusivamente a la población masculina.

En resumen, en el contexto de los Estados miembros de la UE que mantienen el reclutamiento militar o pueden reactivarlo en situaciones excepcionales, solo Chipre permite el reclutamiento de personas menores de 17 años, a pesar de haber ratificado el OPAC, que prohíbe esta práctica. La mayoría del resto de los países mantienen una edad mínima de reclutamiento de 18 años, con algunas excepciones que la elevan a 20 años. En todos los casos, estos países cumplen con las obligaciones estipuladas por el OPAC.

## 5.2. Alistamiento

En la UE, todos los Estados miembros cuentan con fuerzas armadas profesionales a las que se accede mediante un proceso de alistamiento o reclutamiento voluntario. Sin embargo, existen diferencias notables en cuanto a las edades y las condiciones requeridas para este alistamiento en los diferentes países. Es importante señalar que todos los países de la UE han presentado una declaración voluntaria, de conformidad con el artículo 3 del OPAC, en la que establecen que la edad mínima para el alistamiento debe ser superior

---

<sup>31</sup> Estos datos se pueden obtener en la sección de Military service age and obligation de CIA: The World Factbook en <https://www.cia.gov/the-world-factbook>, así como en las declaraciones al OPAC se pueden recuperar en la página: <https://indicators.ohchr.org/> y en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es).

a los 15 años. No obstante, como se detallará a continuación, algunos países fijan la edad de alistamiento en 18 años, por lo que excluyen la incorporación de menores de 18 años a las fuerzas armadas, mientras que otros permiten el alistamiento a partir de los 17 años. De este modo, el estándar mínimo de alistamiento en la UE se sitúa en los 17 años.

Los países de la UE que no permiten el alistamiento de menores de 18 años son los siguientes: Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia.

No obstante, cabe destacar que Irlanda permite la asistencia a escuelas militares, aunque es importante subrayar que los menores no pueden desempeñar “tareas militares” hasta alcanzar los 18 años. En el caso de Italia, aunque en la declaración realizada en la ratificación del OPAC se establece una edad mínima de 17 años para el alistamiento, la normativa interna actualmente prohíbe el alistamiento de menores de 18 años. En el caso de Bélgica se permite la entrada en la academia militar a los 17 años, donde adquieren el estatuto militar.

Los países que sí permiten el alistamiento de mayores de 17 años y menores de 18 son los siguientes: Alemania, Austria, Chipre, Francia, Malta y Países Bajos.

Aunque en Alemania el alistamiento es a los 17 años, se indica expresamente que es para recibir formación, no para participar en combate, algo que no se permite hasta los 18 años, y en Países Bajos se considera como un período de prueba. En Malta, aunque la edad permitida es de 16 años y 6 meses, de hecho, no han ingresado menores de 18 años desde hace más de 50.

En este sentido, un aspecto que genera cierta ambigüedad se refiere a las escuelas militares, ya que su consideración como parte del proceso de alistamiento varía según dependan del Ministerio de Defensa o del Ministerio de Educación y según se les otorgue o no el estatuto militar a los cadetes. En este sentido, el CDN considera que en ocasiones puede incluirse dentro del alistamiento la realización de estudios específicos en escuelas de preparación en artes militares o de la entrada en el ejército de los Estados. No obstante, los Estados no suelen proporcionar respuestas claras al CDN, lo que conduce a zonas grises que el CDN busca esclarecer para garantizar el cumplimiento adecuado de las obligaciones.

Por ejemplo, en Francia se admite a niños y niñas en las escuelas militares a partir de los 16 años, pero solo se les otorga el estatuto militar desde los 17 años, y solo se les permite participar en misiones exteriores después de completar un período de prueba y formación, lo que impide su participación antes de cumplir los 18 años. En Alemania, el alistamiento puede realizarse

desde los 17 años, pero solo con fines de entrenamiento, incluido el uso de armas de fuego, sin la posibilidad de participar en operaciones militares o desempeñar funciones que involucren el uso de armas de fuego.

En Estonia, existe la “Liga de Defensa de Estonia”, una especie de asociación juvenil supervisada por el Ministerio de Defensa, en la que niños y niñas pueden ingresar desde los 7 años. A partir de los 12 años pueden adquirir habilidades relacionadas con el manejo de armas, aunque no se considera entrenamiento militar, sino “competencias para la supervivencia en la naturaleza”.

Por otro lado, en Austria, el “Militärrealgymnasium de Wiener Neustadt” ofrece educación secundaria especializada en ciencias naturales a estudiantes mayores de 14 años, con un internado dirigido por personal militar. Mientras que la escuela está bajo la supervisión del Ministerio de Educación, el internado está bajo el control del Ministerio Federal de Defensa. Los estudiantes se preparan para posibles carreras militares, pero no forman parte del ejército.

Diferente es la situación de las academias militares propiamente dichas, que solo admiten a mayores de 18 años y se encuentran presentes en prácticamente todos los Estados de la UE, con el propósito de profesionalizar las fuerzas armadas en áreas de interés específico para los conflictos actuales<sup>32</sup>.

En definitiva, la edad mínima de alistamiento para los países de la UE es de 18 años para casi tres cuartos de los países. Para el resto, la edad mínima es de 17 años y, en general, no es para participar activamente en las hostilidades, sino para prepararlos para que a los 18 años puedan hacerlo.

### 5.3. Uso de niños en conflictos armados

Analizaremos la normativa de los países miembros de la UE que permiten el reclutamiento de individuos menores de 18 años. Para llevar a cabo este análisis, utilizaremos las declaraciones emitidas en la firma del OPAC, las restricciones impuestas por los Estados en cuanto al empleo de menores de 18 años en sus fuerzas armadas, así como los informes periódicos y las respuestas proporcionadas a las preguntas del CDN. Dejaremos para el siguiente apartado el análisis de las disposiciones penales de los Estados miembros, dado que estas conllevan un nivel de protección más elevado, especialmente cuando se incluyen en categorías de crímenes internacionales.

---

<sup>32</sup> Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPAC/AUT/1, “Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 8 del protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Informe inicial que los Estados Partes deben presentar en 2004. Austria”, 8 de julio de 2004.

En el caso de Alemania, se prohíbe la “participación en cualquier operación militar” y la implicación en actividades que requieran el uso de armas.

Austria, por su parte, prohíbe el despliegue de menores fuera del país y su participación directa en operaciones militares. Según lo informado al CDN, esta prohibición no incluye actividades como la recopilación y transmisión de información, el transporte de armas y municiones, o la provisión de suministros.

En Bélgica, se prohíbe a los menores participar en operaciones militares fuera del país ni hacerlo en hostilidades, aunque se les permite participar en actividades militares dentro de Bélgica, específicamente en fases de adiestramiento de menores de 18 años y mayores de 17.

La República de Chipre permite el despliegue de cualquier miembro de sus fuerzas armadas cuando se cumplan dos condiciones: a) la existencia de una necesidad militar legítima para desplegar su unidad en una zona donde se desarrollen hostilidades y b) que la naturaleza y urgencia de la situación hagan que sea impracticable retirar a estas personas antes del despliegue, o que hacerlo socavase la eficacia operativa de su unidad, poniendo en riesgo la exitosa realización de la misión militar y la seguridad de otro personal. El CDN ha insistido en que el uso de niños en estas circunstancias constituye una violación del OPAC<sup>33</sup>.

En Francia, los menores de 17 años que se alistán en el ejército o en la Legión Extranjera adquieren un estatuto militar, pero la formación y preparación requerida impide que estén operativos antes de cumplir los 18 años.

En Malta, se prohíbe la participación de menores en las hostilidades.

Finalmente, en los Países Bajos, no se permite en ninguna circunstancia que los menores alistados participen en operaciones militares ni en conflictos armados.

En resumen, observamos que no existe una tendencia uniforme en cuanto a las políticas nacionales con respecto al uso de menores. Desde Chipre, que permite una amplia gama de participación, hasta los Países Bajos, que prohíben de manera absoluta cualquier forma de participación, pasando por países que establecen diversas restricciones relacionadas con “participar en hostilidades”, “participación directa en hostilidades” y “estar operativos”. En cualquier caso, es importante recordar que el OPAC prohíbe la participación directa de los menores en conflictos armados. Por lo tanto, excepto Chipre, que ha sido objeto de reproche por parte del CDN por incumplir este protocolo<sup>34</sup>, la normativa del resto de los países debe interpretarse en consonancia

---

<sup>33</sup> Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/CYP/CO/5-6, “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Chipre”, 24 de junio de 2022.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 42. b.

con las disposiciones del OPAC. De ahí la gran relevancia de la aclaración de estos conceptos por parte de la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, de los órganos de control de los tratados e incluso de la costumbre internacional.

## 6. SANCIÓN DEL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO ILÍCITO DE NIÑOS EN LAS LEGISLACIONES PENALES DE LA UE

En esta sección del análisis nos centraremos en las sanciones aplicables a los comportamientos vinculados al reclutamiento, alistamiento y uso de niños soldado que se recogen en los textos penales de los países de la UE. La consideración de “delitos” ya supone una protección cualificada de estos comportamientos, dado que el DIH no exige expresamente la sanción penal de los mismos, salvo si se consideran como crímenes de guerra, lo cual se menciona expresamente en los códigos penales. En todo caso, si nos encontramos con la consideración de estos comportamientos como crímenes de guerra o en general, crímenes internacionales por vía consuetudinaria o en otro convenio internacional, la protección sería más elevada, ya que, aparte de tener que ser castigados como delitos se activarían mecanismos como la obligación de detener y enjuiciar o, en su caso extraditar a los países que reclamen a los responsables de este comportamiento.

Al igual que el Protocolo Adicional I pide que las violaciones graves del DIH se sancionen penalmente, la R190 de la OIT pide expresamente que “se consideren como delitos el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”<sup>35</sup>. Cabe destacar que se refiere al reclutamiento o alistamiento “para” (cualquier) uso. En el mismo sentido, la resolución 1998 (2011) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre niños en conflictos armados:

(...) los exhorta [a los Estados] además a que... sometan a la acción de la justicia a los responsables de las violaciones prohibidas en virtud del Derecho internacional aplicable, incluidas las relativas al reclutamiento y la utilización de niños... mediante los sistemas nacionales de justicia y, cuando proceda, los mecanismos internacionales de justicia y las cortes y los tribunales penales mixtos, con miras a poner fin a la impunidad de quienes cometen crímenes contra los niños<sup>36</sup>

En el caso del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, el artículo 4 prevé expresamente la sanción por reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades<sup>37</sup> y, en

<sup>35</sup> OIT, Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 190), 1999. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C182](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182)

<sup>36</sup> Consejo de Seguridad: S/RES/1998(2011), “Los niños y los conflictos armados”, 12 de julio de 1998, p. 5.

<sup>37</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 de enero de 2002. Disponible en: <https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.



este sentido, tenemos varias sentencias que hablan expresamente de reclutamiento de niños, permitiéndoles participar en las hostilidades, como en los asuntos Hinga Norman o Charles Taylor<sup>38</sup>.

La Corte Penal Internacional establece el mismo tipo penal<sup>39</sup>. También tenemos sentencias en las que este tema ha sido el eje del proceso (por ejemplo, el asunto Lubanga<sup>40</sup>). Esto supone que podemos considerar como estándar mínimo el reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años, así como hacerles participar activamente en las hostilidades.

Cabe destacar que no se ha incluido en estos textos como crimen de guerra ni el reclutamiento de menores de 18 años, pero mayores de 15 años. Tampoco se ha incluido el uso de estos menores que no sea para participar directa /activa en las hostilidades.

De acuerdo con lo que acabamos de analizar, se espera que en todos los países de la UE el reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años esté sancionado penalmente, al igual que el uso de estos niños y niñas para participar activamente en las hostilidades.

Todo lo que esté por debajo de este estándar iría en contra de la costumbre internacional. Por encima de ello tendríamos el estándar de la OPAC que pide la sanción de los comportamientos previstos en su texto, sea de forma penal o administrativa. Así pues, el reclutamiento y la participación activa de niños entre 15 y 18 años deberían estar sancionados; finalmente, también debería sancionarse el alistamiento de menores de 18 años por parte de grupos armados y de la edad a la que los Estados se han comprometido para las fuerzas armadas.

Veamos, pues, en qué nivel los países de la UE cumplen estas obligaciones y en qué medida van más allá.

## 6.1. Sanción del reclutamiento (conscripción) y alistamiento

No existe homogeneidad alguna en cuanto a la sanción de este tipo de comportamiento. Así, tenemos países como España<sup>41</sup>, Estonia<sup>42</sup>, Eslovaquia<sup>43</sup>,

<sup>38</sup> Prosecutor v. Hinga Norma — Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) (dec.), núm. SCSL-2004-14-AR72(E), SCSL 2004; The Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa (the CDF Accused) (dec.), núm. SCSL-2007-04-14-T, SCSL 2007; Prosecutor v. Charles Ghangay Taylor (dec.), núm. SCSL-03-1-T, SCSL 2012.

<sup>39</sup> ECPI, doc. *cit.*, arts. 8.2.b) xxvi y 8.2.e) vii.

<sup>40</sup> The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *op. cit.*

<sup>41</sup> *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, art. 612.1. 3°. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20230428&tn=1>

<sup>42</sup> *Estonia Penal Code*, de 02 de junio de 2021, art. 102.1, subchapter 4 “War Crimes”. Disponible en: [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/00/EST\\_CC\\_as%20of%20May%202021.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/00/EST_CC_as%20of%20May%202021.pdf)

<sup>43</sup> *Act 300 of 2005 Coll*, of 20 May 2005, Slovak Criminal Code, section 433. Disponible en: <https://derechos.org/intlaw/doc/svk1.html>

Hungría<sup>44</sup> y Portugal<sup>45</sup> que castigan el alistamiento y el reclutamiento de menores de 18 años. Austria es un caso singular, ya que distingue, al igual que hace el OPAC, entre reclutamiento o incorporación a las fuerzas armadas, cuya sanción como crimen de guerra se fija en los 15 años. Cuando esto se hace por grupos armados no estatales, la edad por debajo de la cual se sanciona como crimen de guerra es la de 18 años. En todos estos países, el castigo de ambos comportamientos está en línea con la prohibición que ellos mismos hacen del reclutamiento y alistamiento de menores de 18 años.

El Código Penal de la República Checa tiene una dicción peculiar al hablar de “drafts children for service with weapons”<sup>46</sup>, lo cual parece incluir, todo tipo de reclutamiento y alistamiento a todas las edades, puesto que en caso de que no se diga nada se presume la edad de 18 años.

Francia también merece una atención especial, ya que nos habla de la sanción como crimen de guerra del reclutamiento o alistamiento “enrollement” de menores de 18 años, pero también indica expresamente que queda fuera de este tipo penal el “enrollement volontaire des mineurs de plus de quinze ans”<sup>47</sup> Lo cual, si bien es una dicción algo confusa, está en línea con la aceptación del alistamiento voluntario de menores de 17 años en sus filas.

Polonia, por su parte, no tiene ninguna sanción específica para este tipo de comportamiento<sup>48</sup>. No obstante, se prevé una modificación de su Código Penal en un sentido similar al español.

Sin embargo, el Código Penal de la República Checa tiene una dicción<sup>49</sup> compleja: “recluta niños para el servicio con armas” por un lado, parece establecer la edad mínima de 18 años, pero por otro, sólo sanciona el reclutamiento (no el uso en sí mismo) y solo en acciones que impliquen el uso de armas, lo cual, como hemos visto ni es suficiente ni es necesario para que su actividad sea considerada como participación directa.

Hay otro grupo de Estados que tipifican como delito el alistamiento y reclutamiento de niños de menos de 15 años. Entre ellos se encuentran Alema-

<sup>44</sup> *Act C of 2012*, of 1 January 2013, on the Criminal Code of Hungary, section 152 (3), “War Crimes”. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4c358dd22.html>

<sup>45</sup> *War Crimes Law No. 31/2004*, of 22 July 2004. Adapts Portuguese criminal legislation to the Statute of the International Criminal Court, defining types of conduct that constitute breaches of international humanitarian law. — Seventeenth amendment of the Criminal Code. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/law-implementing-statute-international-criminal-court-2004>

<sup>46</sup> *Criminal Code of the Czech Republic*, versión posterior a la reforma de 2011, Chapter XIII “Criminal Offences Against Humanity, Peace and War Crimes”, division 2 “Criminal Offences against Peace and War Crimes”, section 413 “Persecution of Population”, 2.e).

<sup>47</sup> *Code Pénal française*, de 28 de enero de 2024, article 461,7. Disponible en: <https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf>

<sup>48</sup> Informa que no se ha tipificado en el documento: CRC/C/POL/5-6.

<sup>49</sup> *Criminal Code of the Czech Republic*, *op. cit.*, Chapter XIII, division 2, section 413 (2) 6). Disponible en: [https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CZECH%20REPUBLIC\\_Criminal%20Code.pdf](https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CZECH%20REPUBLIC_Criminal%20Code.pdf)

nia<sup>50</sup>, Bélgica<sup>51</sup>, Croacia<sup>52</sup>, Eslovaquia<sup>53</sup> y Eslovenia<sup>54</sup>, Grecia<sup>55</sup>, Irlanda<sup>56</sup>, Letonia<sup>57</sup>, Lituania<sup>58</sup>, Luxemburgo<sup>59</sup>, Malta<sup>60</sup>, Países Bajos<sup>61</sup>, Rumanía<sup>62</sup> y Suecia<sup>63</sup>. Parece que no hay vinculación directa entre esto y que la mayoría de estos países<sup>64</sup> permitan el alistamiento de niños de menos de 18 años. Salvo en el caso de Austria<sup>65</sup> que distingue entre fuerzas y grupos armados. Ciertamente, otra respuesta sería incoherente con lo dispuesto para sus propios ejércitos.

<sup>50</sup> *Code of Crimes Against International Law (CCAIL) of Germany*, of 26 June, 2002. Federal Law Gazette I, p. 2254), as last amended by Article 1 of the Act of 22 December 2016 (Federal Law Gazette I, p. 3150), section 8 “War crimes against persons” (1) 5, Chapter 2 “War Crimes”. Disponible en : [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_vstgb/englisch\\_vstgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.html)

<sup>51</sup> *Code Pénal de 1867 Belge* tel qu’il est modifié par 2014/02/07/115, Des violations graves de Droit International Humanitaire, art. 136 quarter, 17°. Disponible en: [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG\\_CC\\_fr.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG_CC_fr.pdf).

<sup>52</sup> *Croatian Criminal Code*, The Official Gazette of the Republic of Croatia No. 110 of October 21, 1997 (Amendments and Supplements to the Criminal Code: NN 111/2003 of July 15, 2003), art. 158 (1) “War Crimes Against the Civilian Population”. Disponible en: [https://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation\\_\\_Criminal-Code.pdf](https://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Criminal-Code.pdf)

<sup>53</sup> *Code Slovak Republic*, section 433, Title 2 “War Crimes”, Chapter XII “Crimes Against Peace, Humanity and War Crimes”. Disponible en: <https://derechos.org/intlaw/doc/svk1.html>

<sup>54</sup> *Slovenia Criminal Code (KC)*, article 102 a) “War Crimes Chapter Fourteen Criminal Offences Against Humanity”. Disponible en: <https://www.policija.si/images/stories/Legislation/pdf/CriminalCode2009.pdf>

<sup>55</sup> *Greek Law No. 3948/2011* on the adaptation of internal law to the provisions of the ICC Statutes adopted by Law 3003/2002 (A75), Official Gazette of the Hellenic Republic, vol. A, No. 71/5 April 2011, art. 9.1.e) “War crimes against persons”. Disponible en: <https://iccdb.hrlc.net/documents/implementation/pdf/Greece>

<sup>56</sup> *International Criminal Court Act, 2006*, art. 8.2.b.XXVI and art.8.2.e.VII. Disponible en: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2006/act/30/enacted/en/print#sec8>

<sup>57</sup> *Criminal Law 17 of June 1998* (as amended up to May 23, 2018), art. 74 “War Crimes”. Special Part Chapter IX “Crimes Against Humanity and Peace, War Crimes and Genocide Latvia.” Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/eli/529042022005/consolide>

<sup>58</sup> *Criminal Code of the Republic of Lithuania* (as amended in 2017), art. 5, Chapter XV “Crimes Against Humanity and War Crimes”. Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcjajpccglclefindmkaj/https://legislationline.org/sites/default/files/documents/62/Lithuania\\_CC\\_2000\\_am2017\\_en.pdf](chrome-extension://efaidnbmninnibpcjajpccglclefindmkaj/https://legislationline.org/sites/default/files/documents/62/Lithuania_CC_2000_am2017_en.pdf)

<sup>59</sup> *Criminal Code of the Grand-Duchy of Luxembourg* (French version), art. 135 quater (1) 2. z. y art. 136 quater (1) 4.g Titre Ibis, «Des violations graves du droit international humanitaire». Disponible en: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20230905>

<sup>60</sup> *Malta Criminal Code*, 10 of June, 1854, art 54.D.(.)XXVI y 54D (d) vii), Title I “Crimes Against Humanity, War Crimes and Crimes of Aggression”. Disponible en: <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng/pdf>

<sup>61</sup> *Act of 19 June, 2003*, containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act), section 6.3.f y section 5.5.r. Disponible en: [https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/netherlands\\_-\\_international\\_crimes\\_act\\_english\\_.pdf](https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/netherlands_-_international_crimes_act_english_.pdf)

<sup>62</sup> *Romanian Criminal Code*, 1 February 2014, art. 440.4 “War crimes against individuals”, Chapter II “War crimes”, Title XII “Crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes”. Disponible en: [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/e5/Romania\\_Penal%20Code\\_am2017\\_en.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/e5/Romania_Penal%20Code_am2017_en.pdf)

<sup>63</sup> *Swedish Act on Criminal Responsibility for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, issued on 28 May, 2014, section 1, first paragraph, point 5 or section 4. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/act-criminal-responsibility-genocide-crimes-against-humanity-and-war-crimes-2014>.

<sup>64</sup> Bélgica, Rumanía y Suecia son la excepción.

<sup>65</sup> *Criminal Code of Austria*, 1974 (as amended 2020), art. 321 b. (4).2, section XXV “Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes”. Disponible en: [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria\\_CC\\_1974\\_am122019\\_de.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CC_1974_am122019_de.pdf)

Finlandia<sup>66</sup> se remite al DIH para determinar la sanción de uno u otro comportamiento. Es decir, establece la prohibición del reclutamiento de niños menores de 18 años en contravención con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, así como otras reglas y costumbres de Derecho internacional sobre la guerra. En este caso, el DIDH es más protector que el DIH y, por tanto, este artículo debe interpretarse en el sentido de lo previsto en el OPAC o, en su caso de una norma consuetudinaria de mayor protección, como serían los tipos penales contenidos en el ECPI. Así, quedaría sancionado directamente el reclutamiento de menores de 18 años por parte de fuerzas y grupos armados, el alistamiento de menores de 15 años por fuerzas armadas, el alistamiento de menores de 18 por estos grupos armados.

Respecto al uso de menores de 18 años para participar activamente en las hostilidades, la prohibición alcanzaría a todos ellos. En cuanto al resto de participaciones, la prohibición se extendería los menores de 15 y 18 años. Hasta ahí sería normativa internacional escrita, pero por encima, el Juez debería considerar si existe una costumbre que proteja a los niños de forma más elevada.

En estos casos, sin embargo, se plantea el siguiente problema: todos estos países, firmantes de la OPAC, no condenan, sin embargo, el reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15. No se trata, por tanto, de su consideración o no como crimen de guerra, sino de que ni siquiera aparece como delito en las normas penales, pese a la obligación que tienen los Estados de prevenir este comportamiento. Por lo tanto, no es extraño que el CDN insista a estos Estados para que de una u otra forma sancionen estas violaciones, e incluso, establezcan jurisdicción extraterritorial para enjuiciar a los culpables.

Mención especial merecen Bulgaria<sup>67</sup>, Italia y Polonia que no tienen tipificado ningún tipo de alistamiento o reclutamiento ni en grupos armados ni en fuerzas armadas. El hecho de no cumplir las normas de DIH, Derecho Penal Internacional y la OPAC, implica en serias dificultades para extraditar o trasladar a culpables de terceros países a un Estado o Corte Penal Internacional que sí tenga capacidad para enjuiciarlos<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> *The Criminal Code of Finland* (39/1889, amendments up to 766/2015 included), section 5 (1) (1) "War Crimes", Chapter 11 "War crimes and crimes against humanity". Disponible en: [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/a4/Finland\\_CC\\_1889\\_am2015\\_en.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/a4/Finland_CC_1889_am2015_en.pdf)

<sup>67</sup> Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/BGR/CO/3-5, "Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de Bulgaria", 21 de noviembre de 2016, párr. 64. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsr0LvUU%2F3w7Wad%2FRd7NmgCdOqiNv%2FmaeWUP0cGER4Lz%2BXu%2F1%2BhFcv4uDq-bwBAENBn9cFiG8%2BjF1zMtyHJ1eRWzLI4KabKEbUU65v9crwo>

<sup>68</sup> Italia alega que, aunque no expresamente ni como crimen de guerra, hay otras disposiciones que pueden ser utilizadas para castigar estos comportamientos (por lo menos los de 15 años) (CRC/C/ITA/3-4, párr. 955 y ss. Y el CDN insiste en que además de tipificar esto expresa y concretamente debe tipificar el resto de los comportamientos previstos en la OPAC (CRC/C/ITA/CO/3-4, párr. 72).

Polonia, por su parte, indica que: "Según la legislación penal vigente en Polonia (artículo 124 del Código Penal) la imposición de la obligación de servir en fuerzas armadas enemigas a personas que

El nivel de protección de Dinamarca es algo confuso dado que su Código Penal no contiene disposición directa al respecto y su Código Penal militar nos habla de castigar con cadena perpetua a “cualquiera que utilice deliberadamente métodos o procedimientos bélicos contrarios a un acuerdo internacional firmado por Dinamarca o al derecho consuetudinario”<sup>69</sup>.

## 6.2. Sanción de uso de niños y niñas

Como hemos indicado anteriormente, la forma de llamar a los comportamientos sancionados puede tener repercusiones, quizás no tanto si hablamos de participación directa o activa, dado que ya vimos que el propio CICR no distingue entre ambos comportamientos, pero sí cuando hablamos de “servicio con armas”(República Checa), “actos de guerra” (Estonia) o “participación en las hostilidades” (propuesta de modificación del CP en Polonia todavía en trámite<sup>70</sup>) cuyo alcance puede ser mucho más restringido y en este caso, mucho más amplio que el anteriormente mencionado.

De esta forma, la mayoría de las normas penales de los países hablan de “participación activa en las hostilidades”: Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Malta y Rumanía. Irlanda, Letonia, Países Bajos. O “Participación directa en hostilidades”: Croacia, España, Hungría, Letonia, Suecia. El problema está, como

---

gocen de protección internacional, en transgresión del derecho internacional, se considera un crimen de guerra. La norma no contiene disposiciones sobre el límite de edad de la víctima. En este caso, debe regir el principio de jurisdicción universal, porque Polonia tiene la obligación de enjuiciar por este delito en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949. La disposición pertinente sólo se aplicaría al alistamiento de menores en fuerzas armadas enemigas, mencionado en la pregunta; en cambio, no se aplicaría al reclutamiento de menores de 15 años en el propio ejército. Sin embargo, y dependiendo de las circunstancias concretas, estos actos podrían reunir las características de otros delitos comunes, como la privación ilegal de la libertad (artículo 189 del Código Penal), la inducción forzada de cierta conducta (artículo 191 del Código Penal) o la exposición a un riesgo concreto de pérdida de la vida (artículo 160 del Código Penal). Además de lo anterior, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 124 del Código Penal, que forma parte del proyecto de enmienda de código presentado por el Gobierno, el reglamento introductorio del Código y la nueva ley sobre procedimientos penales se prevé complementar el listado de crímenes de guerra, entre otras cosas mediante la aplicación de sanciones a “quien, en violación del derecho internacional... aliste, reclute en las fuerzas armadas a menores de 18 años o de hecho los utilice para participar en hostilidades”. El proyecto de enmienda está en proceso de aprobación ministerial por común acuerdo. Una vez que entre en vigor, todas las formas de utilización de menores en conflictos armados serán sancionadas como crímenes de guerra”. Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPAC/POL/Q/1/Add.1, “Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Polonia en relación con la lista de cuestiones (CRC/C/OPAC/POL/Q/1) que deben abordarse al examinar el informe inicial de Polonia con arreglo al párrafo 1 del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (CRC/C/OPAC/POL/1)”, 17 de septiembre de 2009, párr. 7. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsq3bGBgj7nnUgqOo%2FynBtO%2BLsyL62dicD-4jpywUj6KqnmFQIpU2NJVltjwXQwHWv5lzCPs59lQ4MbmEaoAh8QUp%2Beu4LkN6uDwlPFZaERY-FjOpRaDF%2F5hiehAlt%2FePOYZw%3D%3D>

<sup>69</sup> Act 530 de 24/06/2005. Military Penal Code, 2005. Disponible en: <https://www.fauk.dk/globalassets/fauk/dokumenter/engelsk-danish-military-penal-code-.pdf>

<sup>70</sup> CRC/C/OPAC/POL/Q/1/Add.1, *op. cit.*, párr. 7.

hemos indicado anteriormente que su contenido en una u otra dicción no es claro, circunstancia que obliga a la CDN a preguntar por lo que entienden por este término, a lo que los Estados mayoritariamente van a permanecer callados o dan una respuesta muy restringida de participación directa (por ejemplo EE. UU.<sup>71</sup>).

Un caso singular es el de Austria donde parece que este comportamiento no se sanciona como algo distinto del reclutamiento o el alistamiento. Ya que se habla de la sanción directa del reclutamiento o incorporación de niños menores de 15 años a las fuerzas armadas, independientemente de la función que cumplan, pero para los mayores de esa edad y menores de 18 la incorporación a grupos armados la incorporación debe ser “para participar en las hostilidades”, lo cual supone que la participación misma está incluida en este tipo penal. Esta misma dicción parece darse en Finlandia. En este país, Finlandia, se remite al DIH para determinar la sanción de uno u otro comportamiento, Así se habla claramente de: “En violación de las normas de DIH (Convenios y protocolos) y otras normas de derecho internacional y costumbres aplicables al Derecho de la guerra, conflictos armados u ocupación 5) aliste o reclute a niños menores de 18 años en las fuerzas armadas o en grupos en los que se utilizan para las hostilidades”. Por lo tanto, podría entenderse que el reclutamiento estaría sancionado cuando se comete contra menores de 18 años y el alistamiento contra menores entre 15 y 18 años.

### **6.3. Consideración expresa como crimen de guerra, sanción penal y jurisdicción universal**

Ya hemos indicado que, en el Derecho internacional, una cosa es la infracción cualquiera de una norma de DIH, que debe ser sancionada, pero no necesariamente por normas penales, y otra son los crímenes de guerra, que deben ser perseguidos por el Derecho penal y para los que rigen los principios de *aut dedere aut iudicare* y el de la jurisdicción universal. A efectos de este estudio, consideramos, en la línea de lo afirmado por Thomas Graditzky, que las violaciones graves del DIH previstas en el PAI se incluirían dentro de un grupo más amplio de violaciones también comprendidas en el concepto crímenes de guerra y que tendrían su encaje dentro de las situaciones previstas por el artículo 3 común y en general por los conflictos armados internos<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> En este Caso, el Comité lamenta la interpretación dada por el Estado al concepto de participación directa pide una revisión (Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por los Estados Unidos de América en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados). Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPAC/USA/CO/3-4. “Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por los Estados Unidos de América”, 11 de julio de 2017.

<sup>72</sup> GRADITZKY, Thomas, “La responsabilidad penal por violación del derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, 1998, núm. 145, pp. 31-61.



La pregunta ahora sería dónde se colocan estos comportamientos dentro de los códigos penales de los Estados miembros.

Lo cierto es que casi todos están dentro de una sección o parte titulada “Crímenes de guerra”. Pero una vez más, no hay unanimidad, al menos literalmente. Así, Bélgica y Luxemburgo los incluyen en la categoría de violaciones graves del DIH, mientras que Alemania los incluye dentro de los crímenes de Derecho internacional. En el caso de Países Bajos, aunque no dice nada en la parte dispositiva, en el preámbulo del Código de crímenes internacionales incluye violaciones graves de Derecho internacional humanitario y sólo en el artículo 12 (que excluye la consideración de delitos políticos los crímenes definidos en este documento a efectos de extradición o entrega de sospechosos a terceros países) menciona la palabra de crímenes de guerra. No así en el resto del texto incluidos los tipos penales recogidos, que no mencionan este término.

España incluye estos comportamientos dentro “de los delitos contra las personas y bienes protegidos en el caso de conflicto armado” dentro del título llamado “Delitos contra la Comunidad Internacional”.

Por lo tanto, aunque la literalidad sea distinta, debemos considerar que en todos los códigos que hemos analizado, los comportamientos recogidos se consideran como crímenes de guerra.

Esta circunstancia que parece irrelevante adquiere importancia si tenemos en cuenta las legislaciones de los Estados. Lo contenido en los códigos no coincide siempre con lo establecido expresamente en las leyes de DIH y DIDH al respecto, sino que algunos países van más allá. Así, como hemos visto, España, Estonia, Eslovaquia, Finlandia y Hungría consideran reclutamiento y alistamiento de menores de 18 años como crimen de guerra, lo cual supera estándar consuetudinario internacional. Otros ponen la edad de criminalidad en 15 años para todos los comportamientos, aunque hay normas de DIH y de DIDH a las que nos hemos referido anteriormente, que elevan esta protección, aunque no a nivel penal.

En cuanto a las sanciones, las divergencias entre los países son notables. Dinamarca y Eslovenia permiten el castigo con hasta cadena perpetua, mientras que Hungría contempla hasta 30 años de privación de libertad. También tenemos países que establecen un mínimo de privación de libertad, pero no un máximo, por ejemplo, Alemania, que prevé penas de cárcel de más de tres años. Otros, establecen franjas muy bajas, entre tres y cinco años en España, o entre uno y cinco años, en Estonia. Algunos países establecen que los que cometan estos crímenes puedan ser castigados con penas que tienen un rango muy amplio, como Austria, que prevé entre 5 y 15 años (o excepcionalmente entre 10 y 20 si tiene como resultado la muerte). Y otros países establecen penas máximas como Portugal que prevé un máximo de 10 años,

Croacia que dice que la pena no puede ser de más de 15 años o Irlanda, que establece el máximo en 30 años.

Como se puede apreciar, la disparidad es máxima: de un año en Estonia a cadena perpetua en Dinamarca. A pesar de lo chocante de esta situación, lo cierto es que para hacer una valoración adecuada sería necesario estudiar la política penal de cada uno de los países, lo cual queda fuera del alcance de estudio.

Otro tema que también debería estudiarse es el de la aplicación del principio de jurisdicción universal a todos los crímenes internacionales y el de jurisdicción extraterritorial a los comportamientos previstos en el OPAC. Así, mientras que el reclutamiento, alistamiento y uso en las hostilidades de menores de 15 años se considerarían en todo como crímenes de guerra y por lo tanto, podrían ser perseguidos bajo el principio de jurisdicción universal, aquellos comportamientos prohibidos, pero que no sean considerados como crímenes de guerra, como el reclutamiento, alistamiento y uso en las hostilidades de mayores de 15 y menores de 18 años, solo podrían ser perseguidos, de acuerdo con la OPAC, bajo el principio de jurisdicción extraterritorial. Esta última circunstancia no está garantizada en muchos países, a tenor de las previsiones de los códigos penales y de las observaciones finales del CDN a la luz de los informes periódicos presentados por los Estados. Sin embargo, sí lo está en los países que, como España, consideran crímenes de guerra, todo comportamiento mencionado cuando se cometa con menores de 18 años.

## 7. CONCLUSIONES

A las preguntas que nos hicimos al principio de este documento debemos responder que:

Todos los países de la UE han firmado el OPAC y el ECPI, por lo que esta región estaría comprometida formalmente con los estándares de protección más elevados para niños y niñas frente al reclutamiento, alistamiento y uso en hostilidades por parte grupos y fuerzas armadas.

La edad de reclutamiento en las fuerzas armadas es de 18 años como establece el OPAC, pero la edad de alistamiento varía de unos países a otros. En algunos casos la edad mínima sería de 17 años y en otros de hasta 20 años. Sin embargo, esto supone un aumento del nivel de protección previsto en la OPAC para niños y niñas.

Existe una enorme heterogeneidad en cuanto a las disposiciones de los códigos penales de los Estados miembros. Así, mientras que, en algunos países, cualquiera de los comportamientos antes mencionados se sanciona como crimen de guerra si se comete con menores de 18 años, en otros solo se sanciona (con la gravedad que se quiera) si se comete contra niños y niñas de más de



15 años. E incluso algunos países no han sancionado ninguno de los comportamientos mencionados en sus normas penales.

En definitiva, solo podríamos hablar de costumbre internacional que eleva las normas internacionales escritas cuando hablamos de la prohibición del alistamiento de menores de 17 años en las fuerzas armadas. En el resto de los casos, las disparidades son muy grandes y no podemos hablar de comportamiento uniforme.

La imprecisión del DIH en la delimitación de lo que se considera participación directa y/o activa frente a otros comportamientos prohibidos no ayuda, al igual que la separación formal entre DIH y DIDH, que en este caso se solapan en la protección de los niños, pero que pueden tener consecuencias en la calificación o no de un comportamiento como crimen de guerra.

La labor del CDN en la búsqueda de los estándares de protección más elevados posibles para los niños debe ser encomiada. Especialmente, hay que elogiar su invitación a elevar la edad de protección máxima a 18 años, su propuesta de sanción penal y aplicación de la jurisdicción extraterritorial (que no universal) y la eliminación de la doble incriminación en la extradición de las personas sospechosas de haber cometido comportamientos prohibidos por la OPAC, pero no por el ECPI. También debe reconocerse su voluntad de aclarar los conceptos de participación activa en las hostilidades y otros tipos de comportamientos y garantizar que las escuelas militares no se utilicen para alistar encubiertamente a menores de edad.

Finalmente, debemos constatar que, si bien la protección de los menores de 15 años es máxima en el DIH y el Derecho penal internacional, la franja entre 15 y 18 años es una zona gris donde la práctica de los Estados debería aportar luz. Pero no es así, por lo menos en la UE.



# ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO COMO MECANISMO DE ELUSIÓN DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS

## CHOICE OF COURT AGREEMENTS AS A MECHANISM TO CIRCUMVENT EU ECONOMIC SANCTIONS

Beatriz AÑOEROS TERRADAS\*

**Resumen:** A pesar de la magnitud de las sanciones económicas europeas impuestas a Rusia por su invasión ilegal a Ucrania, estas son todavía insuficientes y presentan incoherencias y porosidades que reclaman su endurecimiento y, muy especialmente, la lucha contra su elusión. En esta lucha es importante examinar la potencial “desactivación” de las sanciones mediante cláusulas de elección de foro que buscan la deslocalización del litigio en terceros Estados. Este trabajo analiza los mecanismos que prevé el Derecho internacional privado, si es que existen, para impedir esa desactivación de las sanciones europeas y si la respuesta debe ser una respuesta europea o nacional. Defendemos la necesidad de un control *ex ante*, bajo el régimen del Reglamento Bruselas I bis, de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero, que permita invalidarla por ser contraria al orden público europeo.

**Palabras clave:** Sanciones económicas, Unión Europea, Rusia, acuerdos de elección de foro, normas de policía, reconocimiento y ejecución, orden público internacional, orden público europeo.

**Abstract:** Despite the magnitude of the European economic sanctions imposed on Russia for its illegal invasion of Ukraine, they present inconsistencies and porosities that call for their tightening and the fight against their circumvention. In this fight, it is important to examine the role that choice of court agreements could be playing as mechanisms of its ‘deactivation’ through a delocalization of the litigation in third States. The aim of this paper is to analyse the mechanisms, if any, Private international law provides to prevent such deactivation and whether the response should be a European or a national one. We advocate for the need of an *ex ante* control, under the Brussels I bis Regulation regime, of the choice of court agreement in favour of the courts of a third State, in order to invalidate the clause as being contrary to European public policy.

**Keywords:** Economic sanctions, European Union, Russia, choice of court agreements, overriding mandatory provisions, recognition and enforcement, International public policy, European public policy

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. SANCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS Y SU DESACTIVACIÓN. 2.1. Caracterización de las sanciones económicas como normas de policía. 2.2. Desactivación de las sanciones mediante acuerdos de elección de foro. 3. NORMAS DE POLICÍA Y ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO. 3.1. Tratamiento de la *derogatio fori*. 3.1.1. Eficacia y validez de las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero en el régimen Bruselas. 3.1.2. Normas de policía y cláusulas de elección de foro en la jurisprudencia nacional de algunos Estados miembros. 3.1.3 La propuesta del GEDIP. 3.1.4.

---

\* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (beatriz.anoveros@ub.edu). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 1 junio 2024.

*La derogatio fori* en el Convenio de La Haya de cláusulas de elección de foro. 3.2. Insuficiencia del control *ex post* de la cláusula para garantizar la eficacia de las sanciones y vulneración del derecho a un juicio justo. 4. SOLUCIÓN DE *LEGE LATA* Y DE *LEGE FERENDA* DE UN CONTROL *EX ANTE* DEL ACUERDO DE ELECCIÓN FORO.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (en adelante, UE) ha llevado a cabo una auténtica “revolución sancionadora”<sup>1</sup> contra Rusia<sup>2</sup> por su invasión ilegal a Ucrania, con el claro objetivo de “obligar” a Rusia a una retirada, debilitando su economía, privándola de tecnologías y, en definitiva, limitando su capacidad de mantener la guerra. También se han impuesto sanciones en relación con violaciones de los derechos humanos<sup>3</sup>. Por el momento, se han adoptado trece paquetes de medidas (el último, en febrero de 2024, en el segundo aniversario de la invasión), que se iniciaron con la anexión de Crimea en 2014<sup>4</sup> y que, desde la agresión miliar de Rusia contra Ucrania el 23 de febrero de 2022 y la anexión ilegal de las regiones ucranianas de Donetsk, Luhansk, Zaporíyia y Jersón hasta la actualidad, se han ido modificando y endureciendo en función de los acontecimientos y de las necesidades del momento. Dos han sido los tipos de medidas restrictivas adoptadas a través de sendos Reglamentos europeos<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> El propio Parlamento Europeo se refiere a la “Sanctions Revolution” en su documento “EU sanctions on Russia: Overview, impact, challenges”, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2023\)739366](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)739366)

<sup>2</sup> Las sanciones impuestas a Rusia han sido adoptadas de forma unilateral por la UE a falta de una resolución de NU al ser Rusia miembro del Consejo de Seguridad.

<sup>3</sup> La UE ha impuesto sanciones en respuesta a las violaciones y abusos de los derechos humanos en Rusia con arreglo a dos regímenes de sanciones: a) el régimen de alcance mundial en materia de derechos humanos, b) un régimen específico para el país, adoptado el 27 de mayo de 2024. Las medidas restrictivas están dirigidas a los responsables de violaciones o abusos graves de los derechos humanos, de represión de la sociedad civil y de la oposición democrática y de socavar la democracia y el Estado de Derecho en Rusia. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions-against-russia/>. Ver Reglamento (UE) 2020/1998 del consejo, de 7 de diciembre de 2020, relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos (DO L 410I de 7.12.2020, p. 1, y sus modificaciones, <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1998/2024-04-06>

<sup>4</sup> En un primer momento las medidas que se adoptaron fueron más bien de tipo político, así como medias específicas dirigidas a una lista de personas y de entidades que habían llevado a cabo acciones que ponían en riesgo la seguridad de Ucrania y que consistieron en prohibir la expedición de visados de entrada en la UE y en la congelación de activos que estas personas tuvieran en la UE. Sobre el origen de las sanciones europeas en el conflicto de Ucrania y su evolución desde 2014-2022 ver NAVARRO MARTÍNEZ, Daniel, “Las sanciones de la Unión Europea a Rusia por el conflicto en Ucrania. Análisis comparativo entre 2014 y abril de 2022”, *Quaderns IEE: Revista de l’Institut d’Estudis Europeus*, 2022, 1(2), pp. 63.op. cit., pp. 59-89; SÁNCHEZ ANDRÉS, Antonio, “Política comercial exterior de la Unión Europea y las sanciones a Rusia”, *Cuadernos económicos de ICE*, 2016, 91, pp. 223-240.

<sup>5</sup> Las medidas restrictivas europeas se adoptaron sobre la base del art. 215 TFUE, bajo el título V intitulado “Acción Exterior de la Unión”, a raíz de dos decisiones adoptadas por el Consejo en 2014 tras la anexión de Crimea por Rusia: decisión 2014/145/PESC y decisión 2014/512/PESC. A partir de ahí, se adoptaron dos Reglamentos: Reglamento (UE) 269/2014 del Consejo de 17 de marzo de 2014 relativo a la adaptación de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOCE L78, p. 6) y Reglamento (UE) 833/2014 del Consejo de 31 de julio de 2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DOCE L229, p. 1), modificados varias veces por sucesivos

unas generales, a las que también se denomina sanciones económicas, aplicables a los intercambios con Rusia en determinados sectores económicos, y otras individuales, dirigidas a personas físicas y jurídicas en particular<sup>6</sup>. Dentro de las medidas generales, se han impuesto sanciones económicas, como las prohibiciones de importación y exportación de productos en determinados sectores económicos, así como sanciones financieras y otras medidas que afectan a los medios de comunicación. La UE no ha impuesto un “embargo general”, esto es, no ha prohibido completamente el comercio con Rusia, lo que ha conllevado que en cada uno de los paquetes adoptados se haya ido detallando el régimen de prohibiciones aplicable en los sectores económicos afectados, con sus limitaciones, prohibiciones y excepciones.

Ahora bien, a pesar de estos esfuerzos y de los llevados a cabo por muchos otros Estados<sup>7</sup>, algunos incluso en coordinación<sup>8</sup>, la guerra continúa y la eficacia de las sanciones está en entredicho. El tema es delicado y ha sido y sigue siendo objeto de debate<sup>9</sup>. Lo que está claro es que, a pesar de la magnitud y de las innovaciones introducidas en las medidas restrictivas impuestas<sup>10</sup>, estas son todavía insuficientes y presentan incoherencias y porosidades que reclaman su endurecimiento y muy especialmente la lucha contra su elusión<sup>11</sup>. El duodécimo paquete pone el énfasis en la idea de establecer duras medidas contra las empresas de terceros países que eludan las sanciones. Se ha introducido además la conocida “cláusula de exclusión a Rusia”, a través de la cual se exige que los exportadores de la UE prohíban contractualmente la reexportación a Rusia y la reexportación para su utilización en Rusia de productos y tecnología especialmente sensibles cuando

---

Reglamentos ya para actualizar las listas de personas o para prolongar las sanciones e incluso para endurecerlas y adaptarlas a las necesidades del momento. Puede consultarse una versión consolidada en <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/833/2022-12-04>. No obstante, dicha versión es exclusivamente un instrumento de documentación y no surte efecto jurídico.

<sup>6</sup> Consejo Europeo, “Medidas restrictivas de la UE contra Rusia por sus actos en Ucrania (desde 2014)”, Accesible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/#individual>. La lista de personas se va revisando periódicamente y tras la última modificación incluye a un total de 2128 personas (físicas y jurídicas), entre ellas, Putin, Serguéi Lavrov, Víktor y Oleksandr Yanukóvich, miembros de la Duma Estatal rusa, miembros del Consejo Nacional de Seguridad, militares y altos funcionarios, empresarios y oligarcas, sancionados por estar vinculados al régimen y haber llevado a cabo actos que menoscaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania.

<sup>7</sup> Entre los Estados que han impuesto sanciones se encuentran, por ejemplo, EEUU, UK, Canadá, Australia, Japón.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la UE con los Estados que conforman el G7. Sobre esta coordinación ver <https://www.consilium.europa.eu/media/68615/g7-leaders-statement-2023-12-6.pdf>

<sup>9</sup> BISMUTH, Régis, “The New Frontiers of European Sanctions and Grey Areas of International Law”, *Revue Européenne de Droit*, vol. 5, 2023, p. 8.

<sup>10</sup> Sobre la denominación de “medidas restrictivas” ver BEAUCILLON, Charlotte, “Crise ukrainienne et mesures restrictive de l’Union européenne: quelle contribution aux sanctions internationales à l’égard de la Russie?”, *Journal de Droit International*, 2014, 4, p. 791

<sup>11</sup> Parlamento Europeo, “EU sanctions on Russia: Overview, impact, challenges”, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2023\)739366](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)739366); Western Sanctions and Russia, “What are they? Do they work?”, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_IDA\(2022\)698930](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2022)698930)

vendan, suministren, transfieran o exporten a un tercer país, con excepción de los países socios<sup>12</sup>.

En esta lucha contra la elusión de las sanciones, es importante examinar su potencial “desactivación” mediante acuerdos de elección de foro que buscan la deslocalización del litigio en terceros Estados<sup>13</sup>. Y ese es precisamente el objetivo de este estudio, analizar qué mecanismos prevé el Derecho internacional privado, si es que existen, para impedir esa desactivación de las sanciones europeas y si la respuesta debe ser una respuesta europea o nacional. A pesar de que la elusión de las sanciones a través de la deslocalización del litigio puede hacerse tanto mediante la inserción de cláusulas de elección de foro como de cláusulas arbitrales, este trabajo se centra fundamentalmente en las primeras, aunque algunas de las conclusiones a las que se llega sean extensibles a las cláusulas de arbitraje y se haga referencia con relativa frecuencia a ellas. Incluir en el estudio el tratamiento de las cláusulas arbitrales que busquen la desactivación de las sanciones requeriría de un análisis excesivamente amplio (que excedería de la extensión permitida) de diversas cuestiones relativas al arbitraje internacional tales como, la arbitrabilidad de la controversia; la formación del tribunal arbitral; la ley aplicable al fondo de la controversia y el impacto de normas de policía; y el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, que inciden directamente en la cuestión que planteamos<sup>14</sup>.

El tema del impacto de normas de policía en el sector de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y la ejecución no es nuevo ni se plantea exclusivamente respecto de las sanciones económicas, aunque sí es cierto que ha recibido una menor atención por parte de la doctrina<sup>15</sup> y la

<sup>12</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/18/russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-eu-adopts-12th-package-of-economic-and-individual-sanctions/>

<sup>13</sup> La expresión “desactivación” la utiliza SZABADOS, Tamás, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Oxford-London, Hart, 2019, p. 161.

<sup>14</sup> La literatura sobre sanciones económicas y arbitraje es amplísima e imposible de abarcar. Ver, a modo de ejemplo, DE BRABANDERE, Eric y HOLLOWAY, David, “Overriding Mandatory Provisions and Arbitrability in International Arbitration. The Case of Multilateral and Unilateral Sanctions”, en AFFAKI, Georges y KHVALEI, Vladimir (eds.), *Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration*, ICC Institute Dossiers, pp. 153-161; KOTELNIKIV, Andrey, “International Commercial Arbitration and Economic Sanctions”, en TRUNK, Alexander, ALIYEV, Azar y TRUNK-FEDOROVA, Marina (eds.), *Law of International Trade in the Region of the Caucasus, Central Asia and Russia*, Nijhoff International Trade Law Series, 2022, pp. 490-517; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, pp. 169-197.

<sup>15</sup> Ver especialmente: BASEDOW, Jürgen., “Exclusive Choice-of-Court agreements as a Derogation from Imperative Norms. Essays in Honour of Michael Bogdan”, LINDSKOUG, P., MAUNSBACH, U., MILLOVIST, G., SAMUELSSON, P. y VOGEL, H., (eds.), *Juristförlaget i Lund*, 2013, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2390620>, pp. 15-31; BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2009, vol. 98 (1), pp. 1-27; GAUDEMET-TALLON, “La Clause attributive de jurisdiction, un moyen s’échapper aux lois de Police?”, en BOELE-WOELKI, Katherina; EINHORN, Talia; GIRSBERGER, Daniel y Symeonides, Symeon (eds), en *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010, p. 707-721; RADICATI DI BROZOLO, Luca G., “Mondialisation, Jurisdiction, Arbitrage: Vers des Regles des Regles d’Application «Semi-Ne-

jurisprudencia (tanto nacional como del TJUE) que en el sector del Derecho aplicable. En este último, hemos sido testigos, desde la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI, de un recurso constante al método unilateral, acrecentado claramente a raíz de la pandemia<sup>16</sup>, a través de la proliferación de normas de policía (tanto estatales como europeas) que han puesto en jaque al paradigma savigniano, pues, por su naturaleza, las normas internacionalmente imperativas (del foro) desplazan al método bilateral, imponiendo su aplicación.

No obstante, esa prevalencia de la norma de policía sobre la *lex causae* no siempre se produce en el sector de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución. Como afirma Radicati de Brozolo “cuando se trata de decidir si la situación litigiosa puede sustraerse a la jurisdicción del foro, o de reconocer una sentencia o un laudo arbitral extranjero, los sistemas jurídicos parecen más dispuestos a aceptar que no se respeten sus normas imperativas (al menos con el mismo rigor) que cuando la situación litigiosa corresponde a la jurisdicción del foro”<sup>17</sup>. En estos casos, la norma de policía se convierte en una norma “seminecesaria” o “semiimperativa”<sup>18</sup> que cede ante la cláusula de elección de foro, es decir, ante la voluntad de las partes. La clásica distinción entre *forum* y *ius* podría explicar este tratamiento diferenciado<sup>19</sup>. Ahora bien, la necesaria eficacia de las sanciones europeas exige el replanteamiento de su potencial “semiimperatividad” y considerar su imposición frente a la cláusula de elección de foro. Lo contrario sería permitir que las partes desactivaran esa eficacia mediante su voluntad, es decir, permitir a las partes la elusión de las sanciones. La lógica de las normas de policía y su aplicación necesaria debe imponerse también frente a las cláusulas de elección de foro que persigan su no aplicación.

cessaires”, *Global Jurist Advances*, 2002, vol.2, pp. 1-29, p. 2; RÜHL, Gisela, “Extending *Ingmar* to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End Of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents? (OLG München, 17 May 2006 — 7 U 1781/06). *European Review of Private Law*, 2007, 6, pp. 891-903; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 161.

<sup>16</sup> AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, Plan de investigación para el concurso de acceso a una plaza de Catedrático contratado de Derecho Internacional Privado, Universitat de Barcelona, 2020. RODRÍGUEZ PINEAU, Elena “Leyes de policía: el impacto de la pandemia en el Derecho internacional privado”, AFDUAM, núm. extraordinario 3, 2021 (dedicado a Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones), tomo II, B. Gregoraci /F. Velasco (dirs), pp. 253-268; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, Accesible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62503/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2081%2005.pdf>.

Ver asimismo UNIDROIT, “Note of the UNIDROIT secretariat on the UNIDROIT principles of international commercial contracts and the covid-19 health crisis”, <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>

<sup>17</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, p. 2 (la traducción es mía).

<sup>18</sup> SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 160; RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, p. 2.

<sup>19</sup> BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *op. cit.*, nota 15, pp. 1-27.

## 2. SANCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS Y SU DESACTIVACIÓN

### 2.1. Caracterización de las sanciones económicas como normas de policía

No hay duda de que las sanciones económicas pueden calificarse de normas de policía. Son normas de intervención que pertenecen a la esfera de la política exterior de la UE<sup>20</sup> y que, como tales, reclaman su aplicación independientemente de la ley aplicable al contrato internacional. Son normas que intervienen el mercado para sancionar a Rusia por sus actos contra Ucrania. Así lo entiende la doctrina mayoritaria<sup>21</sup>, ya se trate de embargos o restricciones a la importación/exportación de determinados productos, restricciones de tipo financiero, etc. Son normas que entran en la definición de norma de policía del art. 9(1) del Reglamento Roma I, esto es, son normas “*cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable...*”.

Las medidas restrictivas tienen un claro impacto en los contratos internacionales afectados por las mismas, pues, prohíben ya su celebración a partir de la fecha de entrada en vigor de la medida, ya la ejecución de los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la medida (contratos en curso)<sup>22</sup>. Por tanto, en principio, a partir de la fecha de entrada en vigor de la medida queda prohibida la celebración de un contrato que entre en su ámbito de aplicación. Si el contrato llegara a celebrarse, sería un contrato ilícito, con objeto prohibido, y cuya consecuencia sería la ineficacia<sup>23</sup>. En el segundo caso, es su ejecución lo que deviene ineficaz o, como señala

<sup>20</sup> GARCIMARTÍN ALFEREZ, Franciso., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Eurolex-Bermar, Madrid, 1993, p. 37; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 36; SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Algunas implicaciones legales para los contratos y las inversiones transfronterizas de la invasión de Ucrania por Rusia y Bielorrusia”, en FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. (coord.), *La situación de Ucrania ante el Derecho internacional (perspectiva Iberoamericana)*, Universidad de Sevilla, 2023, pp. 453-476.

<sup>21</sup> AZEREDO DA SILVEIRA, Mercédeh, “Economic Sanctions and Contractual Disputes between Private Operators” en VAN DEN HENK, Larissa (ed), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Edward Elgar, 2017, p. 330. 338 and 344; Ivana Kunda, *International Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation (Rijeka Law Faculty, 2007)*, p. 132; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 37.

<sup>22</sup> AÑO VEROS TERRADAS, Beatriz “Sanciones económicas europeas contra Rusia y sus efectos en los contratos internacionales”, en GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; NAVARRO-MICHEL, Mónica y FERNÁNDEZ PONS, Xavier, *Impactos de la Guerra de Ucrania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 287-312; KLEINER, Caroline, “L’application des “sanctions économiques” adoptées par l’Union européenne contre Russie à la suite de l’invasion de l’Ukraine: éléments de droit international privé”, *Journal de Droit International*, 2022, p. 754; PAREDES PÉREZ, José Ignacio, “Las sanciones económicas de la Unión Europea contra Rusia y Bielorrusia: una lectura en clave de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2023 (I), vol. 75, pp. 201-211; SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 20, pp. 453-476.

<sup>23</sup> A partir de aquí la norma europea no dice nada más por lo que para concretar el régimen jurídico de dicha ineficacia habrá que acudir a la *lex contractus*. PAREDES PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.*, nota 22, p. 210.



Paredes, la consecuencia que se deriva de la sanción es la imposibilidad sobrevinida de la prestación<sup>24</sup>.

Los contratos afectados por las sanciones europeas son todos aquellos que entren en su ámbito de aplicación, no solo material, sino también temporal y territorial. Los Reglamentos comunitarios que establecen las sanciones económicas determinan su propio ámbito de aplicación<sup>25</sup>, que se ha ido modificando según las necesidades del momento en los distintos paquetes de medidas, tanto desde una perspectiva material (incluyendo más productos y sectores afectados), como espacial (ampliándose su aplicación extraterritorial) y temporal.

Por lo que refiere a las medidas generales, el ámbito de aplicación material del Reglamento 833/2014, y sus posteriores modificaciones, incluye una lista de productos afectados y que, por tanto, no pueden exportarse a Rusia, entre otros<sup>26</sup>: tecnología de vanguardia (por ejemplo, ordenadores cuánticos y semiconductores avanzados, electrónica y software de última generación), determinados tipos de maquinaria y equipos de transporte, bienes y tecnología específicos necesarios para el refinado de petróleo, equipos, tecnología y servicios de la industria energética, productos y tecnología de la industria aeronáutica y espacial (por ejemplo, aeronaves, motores de aeronaves, piezas de recambio o cualquier tipo de equipamiento para aviones y helicópteros, así como carburante para reactores), productos de navegación marítima y tecnología de comunicación por radio, una serie de productos de doble uso (que podrían utilizarse tanto para fines civiles como militares, como drones y programas informáticos para drones o dispositivos de cifrado) y artículos de lujo (como coches de lujo, relojes y joyas). Entre los productos que no pueden importarse encontramos<sup>27</sup>, entre otros, petróleo crudo (desde diciembre de 2022) y productos petrolíferos refinados (desde febrero de 2023), con escasas excepciones, carbón y otros combustibles fósiles sólidos, acero, productos siderúrgicos y hierro, oro, incluida la joyería, cemento, madera, papel y plásticos, pescados y mariscos y licores (por ejemplo, caviar y vodka), cigarrillos y cosméticos y a partir de enero de 2024 diamantes naturales y sintéticos no industriales, así como la joyería de diamantes<sup>28</sup>.

Su ámbito de aplicación espacial es, sin duda, el más complejo, pues no está previsto en una única norma o precepto, lo que dificulta su determi-

---

<sup>24</sup> PAREDES PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.*, nota 22, p. 210; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 200.

<sup>25</sup> KLEINER, Caroline, *op. cit.*, nota 22, pp. 749-768.

<sup>26</sup> Lista la publica el propio Consejo Europeo en: Consejo Europeo, “¿Cómo funcionan las sanciones de la UE contra Rusia?”. Accesible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/#food>

<sup>27</sup> *Ídem.*

<sup>28</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/18/russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-eu-adopts-12th-package-of-economic-and-individual-sanctions/>

nación. Además, su alcance, muchas veces extraterritorial<sup>29</sup>, choca con el tradicional rechazo de la UE frente a sanciones económicas de aplicación extraterritorial, por considerarlas contrarias al Derecho internacional. Sin poder detenernos en un análisis detallado de la extraterritorialidad<sup>30</sup> de las sanciones, lo que está claro es que el objetivo de política exterior perseguido por ellas, y la lucha contra su elusión, requieren que su aplicación vaya más allá del territorio de la UE y afecte, cuando sea necesario, a personas (físicas o jurídicas) de terceros Estados. Por tanto, el ámbito de aplicación de las medidas no necesariamente coincidirá con el territorio de los Estados miembros de la UE, extendiendo su aplicabilidad a situaciones vinculadas también a Estados terceros. Son normas, eso sí, obligatorias en el territorio de los Estados miembros (UE) y, por ende, obligan a sus autoridades judiciales que pueden extender sus efectos a situaciones vinculadas a terceros Estados. No obligan necesariamente, sin embargo, a autoridades judiciales y extrajudiciales de Estados terceros. De ahí que la aplicabilidad y eficacia de las sanciones económicas europeas dependa en gran medida de la autoridad que deba aplicarlas y de si esa autoridad pertenece a un Estado miembro o a un Estado tercero. Por tanto, la inclusión de una cláusula de elección de foro y/o una cláusula arbitral en un contrato internacional afectado por las sanciones puede poner en peligro la efectividad de la sanción, pues como veremos, pueden conllevar la “devaluación” de la sanción como normas de policía<sup>31</sup>, al dejar en manos de la autonomía de las partes su aplicación imperativa<sup>32</sup>.

## 2.2. Desactivación de las sanciones mediante acuerdos de elección de foro

En principio, si la cláusula de elección de foro determina la competencia de un tribunal de un Estado miembro, es decir, prorroga la competencia de un tribunal de un Estado miembro, este aplicará la sanción como ley de policía del foro (art. 9(2) RRI) aunque la *lex contractus* (elegida por las partes o determinada de forma objetiva) sea una ley extranjera que no contempla la medida restrictiva en cuestión. A pesar de que el artículo 9 RRI no se refiere propiamente a normas de policía previstas en instrumentos de la UE, está claro que las sanciones económicas recogidas en un reglamento europeo

---

<sup>29</sup> Sobre el tema de la extraterritorialidad de las sanciones ver BISMUTH, Régis, “The New Frontiers of European Sanctions and Grey Areas of International Law”, *Revue Européenne de Droit*, vol. 5, 2023, p. 8; DUNIN-WASOWICZ, Jan, “The Long Arm of EU Sanctions”, 25 octubre 2022, *Blog EU Law Live*, <https://eulawlive.com/op-ed-the-long-arm-of-eu-sanctions-by-jan-dunin-wasowicz/>; BEAUCILLON, Charlotte, “The European Union’s position and practice with regard to unilateral and extraterritorial sanctions”, en BEAUCILLON, Charlotte (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar, 2021, p. 110 y ss.

<sup>30</sup> AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, “Impacto de las sanciones económicas europeas contra Rusia en la contratación internacional”, (en prensa).

<sup>31</sup> SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 161.

<sup>32</sup> BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *op. cit.*, nota 15, pp. 1-27.

constituyen parte del Derecho de los Estados miembros, pues los reglamentos europeos que las contienen son normas europeas directamente aplicables en estos y forman parte del Derecho de cada uno de ellos<sup>33</sup>. A ello se suma, además, la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE de garantizar plena eficacia de las normas europeas<sup>34</sup>.

Mayores dificultades se plantean cuando la cláusula atribuye competencia a los tribunales de un Estado tercero<sup>35</sup>. En esta hipótesis pueden darse dos escenarios distintos. Uno, cuando conozca del asunto el tribunal del Estado tercero designado en el acuerdo (o el tribunal arbitral en cuestión). En ese caso, la aplicación o no de las sanciones europeas dependerá del tratamiento que el Derecho internacional privado de ese Estado tercero dé a las normas internacionalmente imperativas extranjeras. En la medida en que ese Estado haya impuesto también sanciones a Rusia por la invasión de Ucrania, aplicará con mayor facilidad las sanciones europeas, pues querrá decir que los valores que pretenden garantizar las sanciones, son mutuos.

Ahora bien, cuando el tribunal elegido sea el de un Estado no sancionador difícilmente aplicará las sanciones europeas, aunque su Derecho internacional privado prevea la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados<sup>36</sup>. En el caso de que los tribunales elegidos sean los ru-

<sup>33</sup> Tal y como ya expuse en otro trabajo, dada la literalidad del art. 9 RRI sería oportuno, y así lo recomienda el GEDIP en su documento *Guidelines: Overriding mandatory provisions*, modificar el apartado segundo relativo a la aplicación de las normas de policía del foro en el sentido de que incluya aquellas que deriven de actos de la UE. El redactado que propone el GEDIP es el siguiente: “II. *Overriding mandatory provisions of the forum* 4. *Overriding mandatory provisions of the State of the court seized, including those derived from acts of Union law, shall apply in accordance with the rules of applicability which they expressly or implicitly contain.*” ANOVEROS TERRADAS, Beatriz “Sanciones económicas europeas...”, *op. cit.*, nota 22.

<sup>34</sup> SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 59.

<sup>35</sup> Mayor incertidumbre presenta la posibilidad de que un árbitro aplique las sanciones económicas europeas impuestas a Rusia a un contrato que entre en el ámbito de aplicación de las mismas, dado que el árbitro no tiene propiamente un foro cuyos intereses de política exterior deba proteger. Como recoge SZABADOS en su estudio sobre sanciones económicas, la doctrina ha advertido sobre movimientos de sedes arbitrales europeas hacia sedes arbitrales no europeas, como Hong Kong o Singapur, para evitar precisamente la aplicación de sanciones europeas contra Rusia. SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 169. Una cuestión que también se planteará es el no reconocimiento del laudo dictado en estas sedes en Estados que hayan tomado medidas por ser contrario al orden público del foro al no haber aplicado el tribunal arbitral la sanción económica (art. V(2) Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras).

<sup>36</sup> En el caso de Rusia, por ejemplo, Andrey KOTELNIKOV, ofrece una traducción del art. 1192 Código Civil (parte 3) en los siguientes términos: “*Rules of direct application. 1. The rules in this Part do not affect the effect of those mandatory rules of the legislation of the Russian Federation, which, due to the indication in the mandatory rules themselves or because of their special significance, including the need to ensure the protected rights and interests of the participants of civil turnover, regulate the relevant relations regardless of the law applicable to them (rules of direct application). 2. When applying the law of a country in accordance with the rules of this Part, a court may take into account mandatory rules of law of another country which is closely connected with the relationship, if according to the law of that country such rules are the rules of direct application. In doing so, the court must take into account the purpose and nature of such rules, as well as the consequences of their application or nonapplication.*” Y también de la excepción de orden público prevista en el art. 1193 CC ruso: “*The rule of foreign law to be applied in accordance with the rules of this Part does not apply in exceptional cases when the consequences of its application*

sos, existe jurisprudencia rusa de tribunales de primera instancia, recogida por Kotelnikov, que muestra como dichas autoridades no contemplan propiamente la aplicación de sanciones europeas contra Rusia como una cuestión de derecho, pero sí las consideran como causa de un incumplimiento contractual, esto es, les dan un tratamiento de hecho. En otros casos, los tribunales rusos han considerado a las sanciones como normas imperativas, pero contrarias a su orden público<sup>37</sup>. Téngase en cuenta, además, que en 2020 se modificó el Derecho procesal ruso de tal forma que se introdujo una competencia exclusiva de los tribunales rusos para conocer de las controversias afectadas por sanciones económicas, anulando las cláusulas de elección de foro a favor de tribunales que no fueran rusos, así como las cláusulas de arbitraje<sup>38</sup>. Finalmente, y desde esta perspectiva, habrá que ver también si puede existir una respuesta europea al reconocimiento y la ejecución de estas sentencias dictadas por tribunales no europeos, pues en principio cada Estado miembro aplicará a ese reconocimiento su normativa interna. Es decir, en este escenario, el control de orden público se produce *ex post* y en sede de reconocimiento y ejecución.

En el segundo escenario, el juez que conoce del asunto es el de un Estado miembro ante el que se plantea la demanda en violación del acuerdo. En este supuesto, el juez europeo debe determinar si admite el efecto derogatorio de la cláusula y, en consecuencia, declina su competencia en favor del juez elegido o, por el contrario, se declara competente y conoce del fondo del asunto.

Como vemos, el control de las cláusulas de elección de foro a favor de tribunales de Estados terceros puede producirse en dos momentos distintos, dependiendo, en principio, de la actuación de las partes y de la decisión del

---

*would clearly contradict the fundamental requirements of the rule of law (public policy) of the Russian Federation, taking into account the nature of relations involving a foreign element. In this case, if necessary, the corresponding rule of Russian law must be applied. A refusal to apply a rule of foreign law cannot be based solely on the difference between the legal, political or economic system of the corresponding foreign state from the legal, political or economic system of the Russian Federation.* KOTELNIKOV, Andrey, “Contracts Affected by Economic Sanction: Russian and International Perspectives” en ASEVA Anna y GÓRSKI, Jędrzej, (Eds.) *The law and policy of new Eurasian regionalization: economic integration, trade, and investment in the post-Soviet and greater Eurasian space*, Nijhoff international trade law, 18, Leiden: Brill [online], pp. 294-326. Accesible en: [https://doi.org/10.1163/9789004447875\\_018](https://doi.org/10.1163/9789004447875_018)

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> En este sentido, el Código procesal ruso introdujo dos nuevos preceptos: — el artículo 248.1, en el que se establece la competencia exclusiva de los tribunales rusos sobre los litigios en los que estén implicadas personas contra las que se hayan introducido medidas restrictivas, y — el artículo 248.2, que autoriza a dichas personas a dirigirse a un tribunal ruso para impedir que se inicie o continúe un procedimiento judicial en un tribunal extranjero o en un arbitraje comercial internacional. Sobre esta modificación ver: SULTANOV, S.A.; KOVALKOVA, N.A. y RYABOVA; A.D. “International Arbitration in Russia: Latest Developments in Response to Sanctions. Anti-Arbitration Injunctions and Exclusive Competence of Russian Courts”, febrero de 2024, en <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=2017>; COVINGTON, “Unfriendly States”: Seeking Protection Against Russia’s Attempt to Assert Exclusive Jurisdiction Over Foreign Disputes”, mayo 2024, en <https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2024/05/unfriendly-states-seeking-protection-against-russias-attempt-to-assert-exclusive-jurisdiction-over-foreign-disputes#layout=card&numberOfResults=12>

juiz derogado por la cláusula. Como se verá, uno de los argumentos a favor de respetar la voluntad de las partes y admitir la cláusula es que el control puede realizarse con posterioridad sobre la sentencia. No obstante, existen argumentos en contra de dicha opción que abogan por un control *ex ante*.

### 3. NORMAS DE POLICÍA Y ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

El principio de autonomía de la voluntad, entendido como manifestación del poder autorregulador de la persona, esto es, como la facultad otorgada a la persona para elegir el tribunal competente y el Derecho aplicable a una determinada relación jurídica, ha jugado y juega un papel fundamental en el ámbito del Derecho internacional privado y, en particular, en el desarrollo del comercio internacional. Su amplio reconocimiento, tanto a nivel europeo como internacional, aumenta la previsibilidad y seguridad jurídica en las relaciones privadas transfronterizas<sup>39</sup>. No obstante, dicho reconocimiento no es ni puede ser absoluto<sup>40</sup>. Intereses públicos, tales como la organización política, social o económica de un Estado (o de la una organización internacional en el caso de la UE) justifican que esa autonomía pueda verse limitada y controlada por el propio legislador en aras a la búsqueda del necesario equilibrio entre libertad individual e intervención del interés público.

Como ya se ha visto, el Art. 9 RRI da entrada en materia contractual a la técnica unilateral a través de las normas internacionalmente imperativas o normas de policía, ya sea nacionales o internas, ya europeas<sup>41</sup>. Dos elementos caracterizan a las disposiciones internacionalmente imperativas: a) se trata de normas imperativas cuyo respeto es considerado crucial por un país para salvaguardar sus intereses públicos y b) se trata de normas aplicables a cualquier situación, nacional o internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación. Las disposiciones internacionalmente imperativas son, por tanto, normas que alteran el funcionamiento normal de la norma de conflicto. De la definición se desprende que tales normas constituyen una categoría diferente y más restrictiva que las normas “meramente imperativas”, inderogables por las partes, y que también están cubiertas por el Reglamento Roma I en los apartados 3 y 4 del artículo 3, el apartado 2 del artículo 6 y el apartado 2 del

<sup>39</sup> CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Granada, 2018, p. 5.

<sup>40</sup> WELLER, Matthias, “Choice of Court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes”, *Journal of Private International Law*, 2017, vol. 13, N° 1, pp. 91-129, p. 103.

<sup>41</sup> En la medida en que dicho concepto se incluye en un instrumento europeo, a los efectos de aplicación de dicho instrumento el concepto de ley de policía es autónomo y debe ser objeto de una interpretación uniforme de modo que limita a los Estados miembros su libertad para establecer qué normas de su ordenamiento tienen ese carácter. En este sentido ver CORDERO ÁLVAREZ, Clara I., “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, 2, pp. 174-193, 178.

artículo 8. Estas normas “simplemente imperativas” buscan, generalmente, garantizar un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes, indisponible<sup>42</sup>. Frente a las normas “simplemente imperativas”, las “internacionalmente imperativas” son normas que por la finalidad que persiguen se aplican siempre. Su objetivo es garantizar la salvaguarda de los principios y valores que el Estado al que pertenecen considera esenciales<sup>43</sup>. Se dice que son la parte positiva de la excepción de orden público. Son, por tanto, normas muy próximas al Derecho público, aunque, como veremos, también incluyen normas de Derecho privado. Suele distinguirse entre normas ordopolíticas o de dirección (que incluiría normas de seguridad, normas que afectan a la salud pública, al tráfico de armas, drogas, medicamentos, etc.) y normas de protección (normas que persiguen la protección de determinados sujetos como los menores, consumidores, trabajadores, agentes comerciales).

En la sentencia *Ingmar*<sup>44</sup>, el TJUE afirmó la naturaleza internacionalmente imperativa de los art. 17 y 18 de la Directiva de Agentes comerciales y, por ende, de las correspondientes transposiciones nacionales y su aplicación a una situación en la que el agente comercial prestaba sus servicios en un Estado miembro (Reino Unido), el principal se encontraba domiciliado en un Estado tercero (California) y el contrato contenía una cláusula de elección del Derecho californiano. El TJUE confirmó que las normas de protección de las partes más débiles, como los preceptos citados, pueden considerarse disposiciones imperativas de carácter general en la medida en que la norma también salvaguarde el interés público relacionado con la organización social o económica de un país (o de la UE)<sup>45</sup>. La finalidad del régimen previsto en los artículos 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior<sup>46</sup>. Como consecuencia del carácter de norma internacionalmente imperativa de los preceptos mencionados de la Directiva de Agentes comerciales, la cláusula de elección de ley no es válida, pues su aplicación permitiría eludir las citadas disposiciones internacionalmente imperativas<sup>47</sup>. De dicha jurisprudencia podemos deducir la nulidad o invalidez de las cláusulas de elección de ley en la medida en que conlleven la no aplicación de una ley de policía<sup>48</sup>. Ahora bien, ¿es ello exten-

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> *Ídem*. Como afirma el considerando 37 del RRI “[E]l concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva.”

<sup>44</sup> STJUE de 9 noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, EU:C:2000:605 (en adelante, sentencia *Ingmar*).

<sup>45</sup> Sentencia *Ingmar*, ap. 23-24.

Sobre estas normas internacionalmente imperativas de protección ver TORRALBA MENDIOLA, Elisa “La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea. El Ejemplo de la Regulación de la cadena alimentaria”, *REDI*, 2023, vol. 75, 137-160, *op. cit.*, nota 24.

<sup>46</sup> Sentencia *Ingmar*, ap. 23-24.

<sup>47</sup> *Ídem*, ap. 25.

<sup>48</sup> RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, pp. 891-903.



sible a las cláusulas de elección de foro que lleven al mismo resultado? Como se verá la respuesta dista mucho de ser clara.

En el tema que nos ocupa, la cuestión se plantea, como hemos visto, cuando el juez de un Estado miembro que conoce de una controversia sobre un contrato internacional afectado por una sanción en el que las partes se han sometido a los tribunales de un Estado tercero, debe decidir si ignorar la voluntad de las partes expresada a través de un acuerdo de elección de foro cuando ello pueda conllevar la posible inaplicación de las sanciones económicas europeas o aceptar la *derogatio fori* y, consecuentemente, declinar la competencia. Y en cualquier caso ¿conforme a qué norma o instrumento toma el juez esa decisión? O lo que es lo mismo, ¿debe aplicar Derecho nacional o el régimen Bruselas a la regulación de estos aspectos de los acuerdos de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero? Si el juez debe aplicar Derecho nacional para resolver la cuestión planteada se trataría de una respuesta unilateral de cada Estado miembro y que, por tanto, puede variar de un Estado a otro. De hecho, comprobaremos que la jurisprudencia nacional en situaciones parecidas así lo demuestra. En el segundo caso, la respuesta sería uniforme en todos los Estados miembros. La cuestión no es baladí pues se trata de salvaguardar la aplicación de normas de policía europeas que pertenecen a la esfera de la política exterior de la UE.

### 3.1. Tratamiento de la *derogatio fori*

Los acuerdos de elección de foro tienen una doble naturaleza: contractual y procesal<sup>49</sup>. La cláusula de sumisión es un contrato que persigue unos efectos procesales. La eficacia de dicho acuerdo depende de su validez y de otros requisitos o factores<sup>50</sup>. La primera cuestión que se plantea es la de qué tribunal es competente para verificar esa validez y eficacia<sup>51</sup>, si el tribunal derogado o el tribunal elegido. Parece que lo más razonable sea abogar por una competencia compartida, aunque no está claro ni hay consenso en qué tipo de control y qué cuestiones examina cada uno de los jueces implicados<sup>52</sup>. Por su parte, el tratamiento de la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro no es uniforme ni en los diferentes ordenamientos jurídicos ni en los distintos instrumen-

<sup>49</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Cidur Menor, 6ª ed., p. 180; GARAU SOBRINO, Federico F., "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el derecho procesal civil internacional español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, N° 2, pp. 52-59.

<sup>50</sup> CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, *Los acuerdos de...*, *op. cit.*, nota 39, p. 120.

<sup>51</sup> JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *AEDIPr.*, t. XVII, 2017, pp. 473-506, 480.

<sup>52</sup> Según Jiménez Blanco el juez derogado debería poder decidir sobre la "nulidad o ineficacia de un acuerdo de sumisión que sea "evidentemente" nulo por no cumplir las condiciones de admisibilidad o de validez que dependan del foro (por ejemplo, vulneración de las competencias exclusivas). El juez prorrogado llevará a cabo un control más amplio sobre validez formal o material relativo al consentimiento emitido o incluso a la interpretación sobre el alcance de la voluntad de las partes. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 482.

tos internacionales, como tampoco lo es el concepto de validez y las cuestiones que engloba. Sí es común exigir tanto condiciones de validez formal como de validez sustantiva o material. Ahora bien, qué cuestiones son “forma” y cuáles son “fondo” tampoco coinciden necesariamente. Algunos autores además de forma y fondo hablan de requisitos de “admisibilidad” del acuerdo para referirse a supuestos en los que hay una prohibición de sumisión (competencias exclusivas o contratos de parte débil)<sup>53</sup> y algunos incluyen en la “admisibilidad” la compatibilidad de la cláusula con el orden público<sup>54</sup>.

En principio, y a efectos expositivos, entendemos, siguiendo a Weller, que las cuestiones de “validez del acuerdo” son todas aquellas que afectan a su carácter obligatorio<sup>55</sup>. Ello incluye causas de nulidad *ex lege*, como el incumplimiento de los requisitos formales<sup>56</sup>, pero también las causas de invalidez del acuerdo cuando excluye los foros protectores de la parte débil (art. 19 RBIbis, por ejemplo, en materia de contratos de consumo). Del mismo modo, cubriría los requisitos de validez sustantiva y todo lo relativo a la formación y existencia del acuerdo y, en particular, a la existencia de consentimiento. Asimismo, incluye, como veremos, el control de la cláusula por el impacto sobre ella de las normas internacionalmente imperativas del tribunal derogado.

### 3.1.1. *Eficacia y validez de las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero en el régimen Bruselas*

Mucho se ha discutido sobre la aplicación del régimen del RBIbis a las cláusulas de elección de foro exclusivas a favor de terceros Estados. El Reglamento no regula la cuestión de forma expresa y el TJUE no ha dado una respuesta definitiva, aunque sí se ha pronunciado, como veremos, en alguna ocasión. Existe, además, un asunto pendiente ante el TJUE que podría despejar algunas de las dudas que a continuación planteamos<sup>57</sup>.

A pesar de ser un debate clásico y abierto, que no pretendo reproducir, sí me parece necesario replantearlo bajo el prisma de las sanciones económicas, pues esa falta de claridad conlleva inseguridad jurídica y ello juega a favor de su uso como mecanismo de elusión. Creo, además, que decisiones

<sup>53</sup> En este sentido se pronuncia JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 483.

<sup>54</sup> MAGNUS Ulrich “Article 25”, en MAGNUS, Ulrich / MANKOWSKI, Peter (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, 3rd ed., 2016, p. 623. En contra de esta postura, BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 20.

<sup>55</sup> WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 98.

<sup>56</sup> Art. 25 RBIbis y 3(c)

<sup>57</sup> Se trata del asunto C-339/22 BSH Hausgeräte GmbH v. Electrolux AB (en adelante, Hausgeräte). El 22 de febrero el Abogado General Emiliou emitió sus Conclusiones [Opinion of Advocate General Emiliou, 22 February 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v. Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159 (no está disponible en castellano)] y, en consecuencia, se dio por concluida la fase oral del procedimiento. No obstante, a petición de la Sala Cuarta, formulada de conformidad con el artículo 60, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, éste decidió el 9 de abril de 2024 remitir el presente asunto a la Gran Sala. La vista tuvo lugar el 14 de mayo de 2024.



recientes, como la adoptada en el asunto *Inkreal*<sup>58</sup>, refuerzan hoy la tendencia a la búsqueda de una respuesta europea a las situaciones vinculadas a terceros Estados.

Como es bien sabido, bajo el régimen del RBIbis cuando el acuerdo de elección de foro designa de forma exclusiva a los tribunales de un Estado miembro, este despliega tanto su efecto prorrogatorio como derogatorio<sup>59</sup>, por lo que el juez no elegido debe respetar el acuerdo cuando este cumpla las condiciones del art. 25 RBIbis. Y lo mismo si los tribunales designados son Estados parte del Convenio de Lugano de 2007 o del Convenio de La Haya de 2005 sobre cláusulas de elección de foro<sup>60</sup>.

El art. 25 RBIbis establece unas condiciones de forma que debe cumplir el acuerdo y somete la validez sustantiva de la cláusula a la ley del Estado cuyos tribunales han sido designados, incluidas sus normas de conflicto (considerando 20 RBIbis). El apartado cuarto de dicho precepto establece, sin embargo, que “(N)o surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia (...) si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24”.

Cuando los tribunales designados son los de un Estado tercero, está claro que el efecto prorrogatorio de dicha cláusula lo determina el Derecho interno del Estado designado<sup>61</sup>, en el sentido de que el RBIbis no puede atribuir competencia judicial internacional a tribunales de Estados no miembros, pues ello significaría invadir su soberanía. Es decir, ninguna norma europea puede impedir que un tribunal de un Estado tercero acepte su competencia judicial internacional. Ahora bien, cuando el tribunal derogado es competente conforme a los foros previstos en el RBIbis, la validez de la cláusula y el régimen del efecto derogatorio de ese acuerdo plantea una serie de interrogantes cuya respuesta es, en palabras del AG Emiliou en el asunto *Hausgeräte*, “oscura”, debido a que el ámbito aplicación territorial del RBIbis adolece de lo que él denomina un “defecto de diseño”, pues el Reglamento no se concibió para los litigios relacionados con terceros Estados<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Sentencia de 8 de febrero de 2024, *Inkreal*, C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123 (en adelante, sentencia *Inkreal*).

<sup>59</sup> Una cuestión que podría plantearse pero que no se da respecto de las sanciones económicas al ser normas europeas, es la posible incidencia de normas de policía de un Estado miembro en una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de otro Estado miembro. Sobre esta cuestión volvemos *infra*.

<sup>60</sup> El Convenio de La Haya de 2005 prevé unas excepciones a esta regla en su art. 6 que serán examinadas en el apartado 3.1.4.

<sup>61</sup> GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction”, en DICKINSON, Andrew y LEIN, Eva, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 280; MAGNUS, Ulrich, “Article 25”, en MAGNUS, Ulrich y MANKOWSKI, Peter (eds), *European Commentaries on Private International Law: Commentary: Brussels Ibis Regulation* (Sellier European Law Publishers, 2016, vol 1, p. 611).

<sup>62</sup> Opinion of AG EMILIOU, 22 February 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, ap. 102 (el documento no ha sido todavía traducido al español).

En primer lugar, debe determinarse si el Reglamento Bruselas I bis es el instrumento aplicable a los acuerdos de elección de foro a favor de Estados terceros cuando estos derogan la competencia de un juez de un Estado miembro en virtud de los foros del RBIbis o, por el contrario, cada Estado miembro debe aplicar su Derecho nacional. En segundo lugar, en caso de que sea el régimen Bruselas el aplicable, habrá que ver qué establece el RBIbis respecto de la validez y eficacia de dicha cláusula.

Sobre la primera cuestión existent, fundamentalmente, dos planteamientos, uno de ellos con una variante. Para unos, al ser una cuestión no regulada por el RBIbis debe ser resuelta por el Derecho procesal de cada Estado miembro (lo mismo con relación a las cláusulas de arbitraje)<sup>63</sup>. En efecto, el art. 25 RBIbis solo se refiere a los acuerdos de elección de foro en favor de tribunales de Estados miembros. Ello se desprende de su tenor literal al disponer: “1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro...”. Según los partidarios de esta tesis, cuando el demandante presente la demanda ante los tribunales de un Estado miembro incumpliendo la cláusula de sumisión, estos (tribunales que conocen del asunto) aplicarán su Derecho nacional para determinar la validez formal y sustantiva de dichas cláusulas y, en su caso, los efectos procesales derivados de la misma<sup>64</sup>. El propio TJUE en el asunto *Coreck*<sup>65</sup> afirmó que el art. 17 del CB [25 RBIbis] solo se aplica cuando “la cláusula atributiva de competencia designe el tribunal o los tribunales de un Estado contratante. Esta regla, justificada por el hecho de que el Convenio tiene por objeto facilitar el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales, implica así una exigencia de precisión que debe satisfacer la cláusula atributiva de competencia.” No se aplica, por tanto, dicha disposición a una cláusula que designa un tribunal de un Estado tercero. Si, a pesar de la cláusula atributiva de competencia, se somete el litigio a un tribunal situado en el territorio de un Estado miembro, dicho tribunal debe apre-

---

<sup>63</sup> Ver, entre otros, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, 2 ed., Tirant lo Blanch, p. 2570; FENTIMAN, Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2a ed, 2015, p. 415; GAUDEMET-TALLON, Hélène, “La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968: 50 ans. Propos introductifs”, *Revue critique de droit international privé*, 2018/3 (N° 3), pp. 411- 423, p. 421; GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction...”, *op.cit.*, nota 60, p. 281. p. 280. Informe Schlosser (Informe del Profesor Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia; DO 1979, C 59, p. 71, número 176; texto en español en DO C 189, p. 184) ap. 176.

<sup>64</sup> GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction...”, *op.cit.*, nota 61, p. 281.

<sup>65</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime GmbH*, C-387/98, ECR I-09337.

ciar la validez de esa cláusula en función del Derecho aplicable, incluidas las normas de conflicto de leyes, en el lugar donde dicho tribunal tenga su sede (Informe del Profesor Schlosser)<sup>66</sup>. Es decir, tanto la validez como la eficacia procesal del acuerdo quedarían reguladas por el Derecho nacional del tribunal elegido. Aunque no lo diga el TJUE es lógico concluir que, si la cláusula es considerada válida por el tribunal nacional en aplicación de su Derecho, este podrá declinar su competencia en favor del Estado tercero designado<sup>67</sup>.

Esta ha sido la posición mayoritaria y los argumentos que la sustentan son bien conocidos: el respeto de la autonomía de la voluntad (máxime en el comercio internacional) y, por tanto, de las expectativas de las partes así como la seguridad jurídica<sup>68</sup>. Objetivos todos ellos perseguidos por el Reglamento Bruselas I bis<sup>69</sup>. Esta posición ha sido defendida por varios tribunales nacionales<sup>70</sup>.

Una variante a esta postura es la que defiende el efecto reflejo del RBibis mantenida también por varios autores<sup>71</sup>, por tribunales nacionales y muy recientemente por el AG Emiliou en el asunto *Hausgeräte*, pendiente todavía ante el TJUE<sup>72</sup>. Decir que el Reglamento tienen efecto reflejo o dar un efecto reflejo al RBibis significa que declinar la competencia en favor de los tribunales de un tercer Estado estaría justificado si es consistente (coherente) con las normas del RBibis<sup>73</sup>. Según los partidarios de esta teoría, el tribunal del Estado miembro debe aplicar sus normas internas respecto de la eficacia del acuerdo de elección de foro a favor de un Estado tercero, pero su discrecionalidad para declinar está limitada por el sistema establecido en el Reglamento Bruselas I bis<sup>74</sup>. Es decir, puede hacerlo en los casos en que, de haber existido un vínculo similar con un Estado miembro, el tribunal hubiera tenido que inhibirse en virtud de los artículos 24 o 25 de dicho Reglamento. En efecto, según el AG Emiliou, esa aplicación refleja del art. 25 RBibis, a una cláusula a favor del Estado tercero, garantiza la coherencia del régimen Bruselas y la consecución de los objetivos perseguidos por dicha disposición<sup>75</sup>. Ahora bien, también presenta, como afirma Jiménez Blanco, importantes inconvenientes

---

<sup>66</sup> *Idem*, ap. 19.

<sup>67</sup> FENTIMAN, Declining Jurisdiction: The European Regime and Third States, p. 415

<sup>68</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, *op. cit.*, nota 63, p. 2570.

<sup>69</sup> GARCIMARTÍN, Francisco, "Prorogation of Jurisdiction...", *op.cit.*, nota 61, p. 281.

<sup>70</sup> SAP Valencia 27 enero de 2003; BGH NJW 1986, 1438; HC of Justice Queen Bench division Commercial 10 mayo 2005.

<sup>71</sup> DROZ, George A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, Dalloz, 1972, ap. 164 a 169 y 204.

<sup>72</sup> Opinion of AG EMILIOU, 22 February 2024(1), Case C-339/22, BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB, ap. 149.

<sup>73</sup> FENTIMAN, Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2a ed, 2015, p. 415

<sup>74</sup> Opinion of AG EMILIOU, 22 February 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, ap. 149.

<sup>75</sup> *Idem*.

en su articulación práctica por su difícil interacción con los ordenamientos nacionales<sup>76</sup>.

Frente a esta postura, otra parte de la doctrina<sup>77</sup>, amparándose en el asunto *Owusu* y en el Dictamen 1/03 relativo al Convenio de Lugano<sup>78</sup>, por un lado, y en los arts. 33 y 34 del RBIBis<sup>79</sup>, por otro, considera aplicable el RBIBis cuando el tribunal derogado es competente según los foros previstos en el RBIBis, por estar, por ejemplo, el demandando domiciliado en la UE. En dicho asunto, el TJUE se opuso a que un tribunal de un Estado miembro (tribunal inglés) declinase su competencia (otorgada por el art. 4 RBIBis al ser el Estado del domicilio del demandado) a favor de un Estado tercero en aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, prevista en el derecho inglés<sup>80</sup>. El TJUE defendió que el art. 2 CB (art. 4 RBIBis) tiene carácter imperativo y que, como se desprende de su tenor, las únicas excepciones a la regla de principio que contiene son las que están expresamente contenidas en dicho Convenio (ahora RBIBis). Ese carácter imperativo de las normas de competencia judicial internacional previstas en el RBIBis conlleva que un tribunal de un Estado que sea competente conforme a las mismas no pueda declinar su competencia en favor de un Estado no miembro, salvo que esté previsto en el mismo Reglamento. Uno de los casos previstos en el RBIBis es precisamente el supuesto de litispendencia con un Estado tercero regulado en los arts. 33 y 34 RBIBis. En caso de existir un procedimiento paralelo ante un tribunal de un tercer Estado, los arts. 33 y 34 RBIBis, sí contemplan y permiten a los tribunales de un Estado miembro, frente a los que se ha iniciado la acción, declinar su competencia a favor de los tribunales del Estado tercero (elegidos en una cláusula) cuando este ha sido el primero en conocer y se dan las condiciones previstas<sup>81</sup>.

Es innegable que desde el asunto *Coreck* ha habido una evolución por parte del TJUE pues, unos años más tarde, en el asunto *Mahamdia*<sup>82</sup>, parece que el Alto tribunal cambia de opinión o la matiza. En dicho asunto, la embajada de Argelia en Alemania despidió al Sr. Mahandia quien ejercía de chofer y quien demandó a la República de Argelia ante los tribunales de Berlín. El

<sup>76</sup> JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 477.

<sup>77</sup> FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen y NORTH, Peter, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press, 14ª ed., 2008, p. 275; KISTLER, Alexander Richard Eduard, "Effect of exclusive choice-of-court agreements in favour of third states within the Brussels I Regulation Recast", *Journal of Private International Law*, 2018, vo. 14, pp. 66-95, p. 78.

<sup>78</sup> En contra de dicha tesis podría alegarse que en el asunto *Owusu* el tribunal del Estado tercero se encontraba, según el tribunal inglés, en una mejor situación para conocer del asunto, pero no era competente con base en un foro jerárquicamente superior, como sería el caso de haber sido designado en una clausura de elección de foro o que se tratase de una materia de su competencia exclusiva. KISTLER, Alexander Richard Eduard, *op. cit.*, nota 76, p. 74.

<sup>79</sup> Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C- 281/02, ECLI:EU:C:2005:120.

<sup>80</sup> KISTLER, Alexander Richard Eduard, *op. cit.*, nota 77, p. 74.

<sup>81</sup> *Ídem*, p. 76.

<sup>82</sup> Sentencia de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491.

contrato laboral contenía una cláusula de sumisión a los tribunales argelinos. En este caso, el TJUE sí sometió la cláusula a favor de un Estado tercero a las condiciones del art. 21 RBI (hoy 23 RBÍbis), es decir, al régimen previsto en el Reglamento. De hecho, no discute propiamente la aplicación del Reglamento en sí, sino que considera inválida la cláusula por violar lo dispuesto en el art. 21 RBI (23 RBÍbis) que prohíbe los acuerdos de elección de foro insertos en contratos laborales cuando excluyan los foros protectores del arts. 18 y 19 RBI (20 y 21 RBÍbis). Un acuerdo de elección de foro puede añadir un foro a los previstos en los art. 18 y 19 RBI (20 y 21BÍbis), pero nunca excluirlos. Y ello por tratarse de una sumisión inserta en un contrato laboral, un contrato de parte débil, para el que existen foros especiales con un claro objetivo protector del trabajador. Ahora bien, el TJUE solo se refiere a la validez de la cláusula, no a su efecto derogatorio. Aunque no lo diga propiamente el TJUE, ese acuerdo de sumisión para ser válido no solo debería añadir un foro a los previstos en el RBÍbis, sino también cumplir los requisitos formales y materiales del art. 25 RBÍbis<sup>83</sup>. Solo de esta forma se garantizan los foros exclusivos y los foros protectores previstos en el RBÍbis<sup>84</sup>. Por tanto, en caso de foros exclusivos y de protección (supuestos del art. 25(4) RBÍbis) está claro que el RBÍbis sí se aplica a la validez de dichos acuerdos.

Un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado tercero que ponga en peligro la aplicación de las sanciones económicas, es decir, que ponga en peligro la aplicación de normas de policía del foro, no encaja propiamente en ninguno de los supuestos que justificarían la aplicación del Reglamento y que se desprenden del asunto *Mahandia*. El RBÍbis no prevé nada respecto de la validez de esos acuerdos de elección de foro ni de su efecto derogatorio y el TJUE no se ha pronunciado propiamente sobre este tipo de cláusulas, aunque sí sobre la (in)validez de una cláusula de elección de un Derecho extranjero cuando la aplicación de ese Derecho extranjero suponga la no aplicación de normas de policía del foro. Tampoco la teoría del efecto reflejo del RBÍbis y su art. 25 es una solución óptima para este tipo de cláusulas de elección de foro, pues lo más probable es que se cumplan las condiciones de forma y que sean válidas materialmente de acuerdo con la ley del tribunal elegido y que, por tanto, el tribunal derogado deba declinar la competencia.

El análisis que precede nos lleva a concluir que sigue sin estar clara la admisibilidad o no de la *derogatio fori* por parte de tribunales de un Estado miembro que conocen de un asunto afectado por sanciones económicas europeas. Tampoco si las normas que la regulan se encuentran en el Derecho

---

<sup>83</sup> AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, "Restriction on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2004, 1-2, p. 123;

<sup>84</sup> BROSCH, Marlen, KAHL, Marcel, "Article 25" en REQUEJO ISIDRO, Marta (ed.), *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Elgar Commentaries in Private International Law, Edward Elgar, Chaltenham, UK-Northampton, Ma, USA, pp. 344-374.

nacional o en el Reglamento Bruselas I bis. A partir de dicha constatación, vamos a examinar cuál ha sido la práctica jurisprudencial en algunos Estados miembros, su regulación en otros instrumentos internacionales y otras propuestas de la doctrina y, en particular, del GEDIP y, finalmente, nuestra aportación de *lege lata* y de *lege ferenda*.

### 3.1.2. *Normas de policía y cláusulas de elección de foro en la jurisprudencia nacional de algunos Estados miembros*

En cuanto a la práctica de tribunales nacionales, no hay una respuesta uniforme. La eficacia de un acuerdo de elección de foro que conlleva la inaplicación de normas de policía ha sido reconocida por algunos tribunales y rechazada por otros.

A favor de la validez de la cláusula se ha pronunciado, por ejemplo, la jurisprudencia francesa. La *Cour de Cassation* francesa, en el conocido asunto *Monster Cable*<sup>85</sup>, dio prioridad a la autonomía de las partes, considerando eficaz el acuerdo de elección de foro a pesar de que la aplicación de normas de policía francesas podía verse afectada. La empresa americana *Monster Cable Products Inc.* celebró, en 1995, un contrato de distribución en exclusiva de sus productos en Francia con la empresa francesa *Audio Marketing Services*. Dicho contrato incluía una cláusula de sumisión a la ley del Estado de California y a los tribunales de San Francisco, California. Tras la rescisión del contrato con el preaviso correspondiente, la empresa francesa demandó a *Monster Cable* ante un tribunal francés (en violación de la cláusula de elección de foro) por abuso de dependencia económica en infracción del artículo L. 442-6 del Código de Comercio francés. Aunque las prohibiciones de determinadas prácticas comerciales puedan calificarse de “*loi de police*”, la *Cour de Cassation* sostuvo que la cláusula de elección de foro debía aplicarse. El fundamento de dicha decisión se encuentra en la clásica distinción entre el *forum* y *ius*<sup>86</sup>, i.e., la imperatividad de las leyes de policía no implica la imperatividad de las normas de competencia judicial de los tribunales franceses<sup>87</sup>; el control *ex post* de la sentencia extranjera permite preservar la imperatividad de la ley francesa<sup>88</sup>.

Por su parte, la *Corte di Cassazione* italiana consideró que una cláusula de jurisdicción a favor de los tribunales ingleses era válida a pesar de que iba

---

<sup>85</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* de 22 de octubre de 2008, *Revue Critique de Droit international privé*, 2009, pp. 69-70.

<sup>86</sup> GAUDEMET-TALLON, Hélène, “La Clause attributive de jurisdiction, un moyen s’échapper aux lois de Police?”, en BOELE-WOELKI, Katherina; EINHORN, Talia; GIRSBEREGGER, Daniel y Symeonides, Symeon (eds), en *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, 2010, p. 709.

<sup>87</sup> BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “L’imperativité désactivée?”, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

<sup>88</sup> GAUDEMET-TALLON, Hélène, *op. cit.*, nota 86, p. 721.



contra una norma italiana de aplicación necesaria<sup>89</sup>. El servicio de correos italiano celebró varios contratos, a través de un intermediario estadounidense, sobre derivados financieros con el banco norteamericano J.P. Morgan. En ellos se incluía una cláusula de elección de foro donde se designaba la competencia exclusiva de los tribunales ingleses. La empresa de correos italiana demandó a la empresa americana ante los tribunales de Roma, solicitando la nulidad de los contratos y de la cláusula de elección de foro, pues, el intermediario americano, en contra de lo exigido por una ley italiana calificada como norma de aplicación necesaria, no estaba autorizado para operar en Italia y, por tanto, no podía vincular al demandante italiano mediante una cláusula de elección de foro<sup>90</sup>.

La jurisprudencia alemana reciente, por el contrario, ha considerado en distintos asuntos, la invalidez de un acuerdo de elección de foro que viola normas internacionalmente imperativas. En 2007, el Tribunal de apelación de Múnich (Oberlandesgericht München), en un caso muy similar al que dio lugar a la Sentencia *Ingmar* del TJUE<sup>91</sup>, invalidó tanto la cláusula de elección de foro como la de Derecho aplicable a favor de un Estado tercero (también la de arbitraje) por existir una alta probabilidad de inaplicación de ciertas normas internacionalmente imperativas. El demandado, una empresa con sede en California (EE.UU.), celebró un contrato de agencia con el demandante, empresa domiciliada en Alemania, para que fuera su agente en Alemania y Austria. El contrato incluía una cláusula de arbitraje a la AAA y una cláusula de sumisión a los tribunales de Santa Clara en California. También una cláusula de sumisión al Derecho de California. Ante la terminación del contrato por parte del demandado, el agente demandó a la empresa americana solicitando una compensación por clientela prevista en el Derecho alemán (art. 89b del Código de Comercio Alemán, que se corresponde con la transposición alemana de los art. 17 y 18 de la Directiva de Agencia). El Tribunal alemán dio la razón al demandante y consideró que la aplicación de las normas imperativas de la Directiva de Agencia no podía verse menoscabada por la eficacia de una cláusula de elección de foro (o de arbitraje) a favor de árbitros o tribunales de un Estado no miembro. En efecto, el tribunal consideró que ante la '*probabilidad*' de que el tribunal o el tribunal arbitral designado no concediera la indemnización de conformidad con las normas de la Directiva de Agencia, las mentadas cláusulas de elección de foro y/o arbitraje no debían tener efecto alguno.

Este planteamiento basado en la "*probabilidad*" de no aplicación, supone, como afirma Rühl, un giro respecto de la jurisprudencia alemana anterior que,

---

<sup>89</sup> Corte di Cassazione (S.U.) 20 February 2007 no. 3841, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 44 (2008) 160 at p. 163-164.

<sup>90</sup> BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

<sup>91</sup> Con respecto a esta sentencia he seguido a RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, pp. 891-903. También a BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp. 15-31.

para declarar la cláusula inválida, exigía que la misma derogase normas internacionalmente imperativas y que la resolución o laudo no pudiera reconocerse en Alemania por ser contraria al orden público alemán<sup>92</sup>. Esa reducción de los requisitos de validez ha sido criticada por la doctrina alemana, pues conlleva un análisis muy pobre, por parte del tribunal derogado, de la potencial aplicación por el tribunal elegido de las leyes internacionalmente imperativas del foro, invalidando la cláusula casi por meras conjeturas<sup>93</sup>. No obstante, en 2011, el Tribunal de apelación de Stuttgart se alinea con la decisión del Tribunal de apelación de Múnich, considerando una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales de Virginia (EE.UU.), en un asunto también muy similar a *Ingmar*, inválida por prorrogar la competencia de un tribunal que no aplicaría las normas internacionalmente imperativas de la Directiva de Agentes comerciales<sup>94</sup>. El recurso de apelación contra esta decisión fue desestimado por el Tribunal Federal (Bundesgerichtshof, BGH) en un dictamen en el que afirmó que la Directiva de Agentes Comerciales permite invalidar un acuerdo de elección de foro a favor de un tercer Estado, cuando el Derecho de dicho Estado no conceda la compensación por clientela y cuando dicho tribunal no aplique la Directiva de la UE. A este respecto, el BGH considera que la Directiva es un *acte clair* y excluyó el deber del tribunal de remitir el asunto al TJUE<sup>95</sup>.

También los tribunales del Reino Unido (hoy Estado no miembro), han adoptado decisiones similares en casos parecidos con relación a cláusulas arbitrales<sup>96</sup> y, en un caso muy reciente, se han pronunciado respecto de la (in) validez de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rusos, inserta en varios contratos de arrendamiento afectados por sanciones económicas impuestas por el Reino Unido contra Rusia<sup>97</sup>. Se trata de un asunto de una gran complejidad, en el que intervienen como demandantes varias empresas en calidad de propietarios, arrendadores, bancos financiadores (o sus cesionarios) y gestores de aeronaves y/o motores de aeronaves, arrendados a compañías aéreas rusas en virtud de contratos de arrendamiento regidos por el Derecho inglés, californiano o neoyorquino. Las compañías aéreas asegu-

<sup>92</sup> Ver en este sentido las sentencias que cita Rühl en la nota 13, entre otras: BGH, 30 enero 1961, *NJW* 1961, 1062; BGH, 30 mayo 1983, *NJW* 1983, 2772. RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, pp. 891-903.

<sup>93</sup> En el caso OLG München, 17 May 2006, el tribunal alemán para determinar si el juez de California concedería o no la indemnización por clientela se limita a un análisis pobre de la perspectiva del Derecho de California pues no utiliza jurisprudencia ni doctrina americana, ni derecho conflictual californiano. Tampoco analiza si el Tribunal californiano hubiera podido utilizar su excepción de orden público RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, p. 897.

<sup>94</sup> Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart 29.12.2011 — 5 U 126/11, citada por BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp.15-31, note 6.

<sup>95</sup> BGH 5 September 2012 — VII ZR 25/12, BeckRS 2012, 20587. Citado por BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp.15-31, note 7.

<sup>96</sup> *57Accentuate Ltd v ASIGRA Inc* [2009] EWHC 2655 (QB); *Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch).

<sup>97</sup> *Re Russian Aircraft Operator Policy Claims (Jurisdiction Applications)* [2024] EWHC 734 (Comm) (Henshaw J, 28 March 2024). GRUSIC, Ugljesa, “English Court Refuses to Enforce Russian Exclusive Jurisdiction Agreements”, *EAPILblog*, 6 mayo 2024, <https://eapil.org/2024/05/06/english-court-refuses-to-enforce-russian-exclusive-jurisdiction-agreements/>



raron las aeronaves contra todo riesgo (Seguro de Cascos) y riesgos de guerra con compañías de seguros rusas. Las aseguradoras reaseguraron la mayor parte de sus riesgos con diversos reaseguradores ingleses e internacionales, entre ellos, los demandados y la Compañía Nacional Rusa de Reaseguros<sup>98</sup>. Los contratos de seguro y reaseguro contenían una cláusula de sometimiento a Derecho ruso y un acuerdo exclusivo de elección foro en favor de los tribunales rusos. Tras la invasión de Ucrania en febrero de 2022, los demandantes notificaron el incumplimiento y la rescisión de los contratos de arrendamiento, por diversos motivos, entre ellos, la imposición de sanciones a Rusia por parte del Reino Unido, la UE y Estados Unidos. No obstante, las compañías aéreas rusas no devolvieron las aeronaves (que permanecen en Rusia) y los demandantes decidieron interponer demandas por la pérdida de las mismas. Algunos demandados impugnaron la competencia de los tribunales ingleses basándose en los acuerdos de elección de foro en favor de tribunales rusos.

Respecto a la cuestión de competencia planteada, el tribunal parte del caso *Donohue v Armco Inc.*<sup>99</sup>, donde Lord Bingham afirmó que, en caso de existir una cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero, los tribunales ingleses suspenderán generalmente el procedimiento para dar cumplimiento a la cláusula (regla general) a no ser que la parte que viola la cláusula, pruebe que existen razones de peso para no litigar en ese foro<sup>100</sup>. Dentro de las circunstancias en las que un tribunal inglés no dará eficacia a un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero<sup>101</sup>, se incluye la probabilidad de que el foro acordado no proporcione un juicio justo al demandante<sup>102</sup>. Y ese es uno de los motivos que utiliza el juez Henshaw para no dar eficacia a la cláusula, pues entiende que en el caso de autos los demandantes no recibirían un juicio justo en Rusia y ello por una serie de motivos que enumera y analiza, entre los que cabe destacar: que es improbable que los tribunales rusos pudieran ser imparciales y objetivos al determinar si las supuestas pérdidas fueron causadas por la guerra o invasión o por

<sup>98</sup> Re Russian Aircraft Operator Policy Claims (Jurisdiction Applications) [2024] EWHC 734 (Comm) (28 March 2024).

<sup>99</sup> [2001] UKHL 64, [2002] 1 All ER 749.

<sup>100</sup> Lord Bingham se basa as su vez en el asunto *The Eleftheria* [1970] p. 94, 99-199 en el que el Juez Brandon J enumeró los factores que podían ser considerados por el juez para no declinar y en particular se mencionó: "(a) el lugar (país) en el que se encuentran las pruebas sobre los hechos, o donde son más fácilmente disponibles, y el efecto de ello sobre la conveniencia y gastos relativos del juicio entre los tribunales ingleses y extranjeros. (b) Si la ley aplicable al caso es la ley del Estado extranjero y en ese caso si difiere de la ley inglesa en algún aspecto sustancial. (c) Con qué país está vinculada cada una de las partes y en qué medida. (d) Si los demandados desean realmente ser juzgados en el país extranjero o sólo buscan ventajas procesales. (e) Si el litigar en el extranjero perjudicaría a los demandantes:

(i) por no tener un juicio con garantías;

(ii) no poder ejecutar la sentencia obtenida;

(iii) enfrentarse a una prescripción no aplicable en Inglaterra; o

(iv) por razones políticas, raciales, religiosas o de otra índole, tener pocas probabilidades de obtener un juicio justo" (la traducción es propia).

<sup>101</sup> No se incluyen los Estados contratantes del Convenio de La Haya de elección de foro.

<sup>102</sup> *Ellinger v Guinness, Mahon & Co* [1939] 4 All ER 16.

otros riesgos de guerra, o si entraban dentro de la cobertura a todo riesgo o si las contramedidas rusas eran inválidas en virtud de la legislación rusa; que probablemente aplicarían una ley distinta a la *lex contractus* (ley inglesa); y que los demandantes proceden de Estados extranjeros no amigos<sup>103</sup>. También tiene en cuenta el riesgo de resoluciones contradictorias por la potencial multiplicidad de procedimientos y un riesgo personal para los demandantes si han de personarse y litigar en Rusia.

Si nos centramos en el régimen español, como es bien sabido, la LOPJ introdujo a partir de la reforma de 2015, una regulación de la *derogatio fori* en el art. 22 ter, ap. 4 y 5 LOPJ<sup>104</sup>. Según dicho precepto, la competencia de los tribunales españoles establecida de conformidad con la LOPJ<sup>105</sup> “4. (...) *podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia. 5. No tendrá efecto la exclusión de la competencia de los Tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos.*” Y en el art. 22 bis LOPJ se añade que no surtirán efecto los acuerdos que excluyan la competencia de los tribunales españoles cuando esta sea exclusiva, en materia de medidas provisionales, en materia concursal, en materia de persona y familia y respecto de los foros de protección<sup>106</sup>. No pretendo llevar a cabo un análisis de esta confusa regulación, sino simplemente poner de manifiesto las dudas y la incertidumbre que plantea respecto de la incidencia de normas internacionalmente imperativas, pues no aparece como uno de los motivos para excluir la sumisión. El tema también se ha planteado en España respecto de los contratos de agencia regulados por la Ley 20/1992 que transpone la Directiva de Agentes comerciales y, cuya DA1<sup>a</sup> establece la obligación de litigar en el domicilio del agente. Está claro que cuando la sumisión se realiza a favor de los tribunales de un Estado miembro, la prohibición no afecta a la sumisión<sup>107</sup>. No está tan claro, cuando la sumisión se realiza a favor de un Estado tercero<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Re Russian Aircraft Operator Policy Claims (Jurisdiction Applications) [2024] EWHC 734 (Comm) (28 March 2024).

<sup>104</sup> CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *REDI*, vol. 70, pp. 155-179.

<sup>105</sup> JIMÉNEZ BLANCO se pregunta si esta mención de las disposiciones de la LOPJ (*conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo*, dice literalmente el art. 22ter 4.) limita la *derogatio* a los casos en los tribunales españoles sean competentes con base en la LOPJ, quedando excluida cuando lo son con base en el RBIbis o en otras fuentes. Dicha autora considera que la literalidad no es argumento suficiente y que en estos casos hay que ver si esa otra fuente prevé una regulación de la *derogatio fori*. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 475.

<sup>106</sup> CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “La *derogatio fori* ...”, *op. cit.*, nota 104, p. 165; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 485.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 493. En cuanto a la jurisprudencia española, encontramos sentencias en contra de la sumisión, como, SAP Valencia 9<sup>a</sup>, 4 mayo 1999, Aranzadi Civil, 1999, n<sup>o</sup> 5520 y a favor de la misma, la SAP Santa Cruz de Tenerife 1<sup>a</sup>, 10 septiembre 2001, *Actualidad Civil*, 2002, n<sup>o</sup> 8; AAP Barcelona 17<sup>a</sup> 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063).

<sup>108</sup> En contra de limitar la *derogatio fori*, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 492. Por el contrario, en una sentencia en la que las partes se habían sometido a los tribunales españoles (senten-

### 3.1.3. *La propuesta del GEDIP*

En el proceso de reforma del Reglamento Bruselas I, hubo partidarios de incorporar una regulación del tratamiento de la *derogatio fori* en el Reglamento que ofreciera una mayor certeza y seguridad jurídica<sup>109</sup>. Entre las propuestas, destaca la del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (en adelante, GEDIP). El GEDIP propuso incluir las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado no miembro en el ámbito de aplicación de RBIBis. A pesar de no haber sido aceptada por la Comisión, al versar sobre el tema que nos ocupa, la traemos a colación para posteriormente retomarla como posible modelo de reforma.

Según dicha propuesta, un tribunal de un Estado miembro, competente según el RBIBis, ante el que se haya interpuesto una demanda en violación de una cláusula de elección de foro a favor de tribunales de un Estado tercero, aplicará el art. 25 RBIBis para determinar su validez. En caso de que la cláusula se considere válida, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podría, no obstante, conocer del litigio si resultare probable que la resolución dictada por el tribunal elegido no fuese susceptible de ser reconocida en ese Estado miembro<sup>110</sup>. De este modo, el tribunal tendría que prever el probable recono-

---

cia 578/2021 de 27 de julio (RJ/2021/3655), ECLI:ES:TS:2021:3188), el TS español para fundamentar la competencia de los tribunales españoles basada en la cláusula de sumisión, hace el siguiente razonamiento “Las razones por las que las partes pueden desear someterse a la jurisdicción de los tribunales de un concreto Estado en situaciones internacionales pueden ser muy variadas (especialización de sus tribunales en la materia, tribunales ajenos —“neutrales”— a los diferentes Estados vinculados al supuesto, etc); y dejando al margen los casos de fueros exclusivos o de normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad, no cabe abrogar o desplazar la voluntad de las partes. Este reconocimiento de la libertad de pactos, incluso a los efectos de la prórroga de competencia a favor de tribunales extranjeros (*derogatio fori*), siempre que no se superen los límites de la autonomía de la voluntad, ha sido admitido expresamente por esta Sala Primera. “[...] el artículo 22, regla segunda, de la Ley(sic) 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 36 de la Ley de enjuiciamiento Civil, es interpretado por la jurisprudencia, en reconocimiento de la libertad de pacto —dentro de los límites señalados a la potencialidad normativa creadora de las partes—, en el sentido de que también permite la sumisión expresa a favor de la jurisdicción de los Tribunales de otros Estados, aunque no sean miembros de la Unión Europea —sentencias de 19 de noviembre de 1990, 942/1993, de 13 de octubre, 1040/1993, de 10 de noviembre, y 687/2010, de 15 de noviembre—. “De otro lado, no hay constancia de que la cláusula de sumisión haya superado límite alguno impuesto a la autonomía de la voluntad de los contratantes en esta materia, por lo que la conclusión se muestra evidente: de haberla realmente convenido las partes, habría que reconocer, en principio, eficacia a la prórroga de competencia a favor de los Tribunales de Arabia Saudí para la decisión del conflicto derivado de la ejecución [...]”. Más allá de la fundamentación “errónea” del TS (véase comentario de FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “El Tribunal Supremo ante el manejo de fuentes de competencia judicial internacional y ante la alegación y prueba del derecho extranjero, a propósito de la sentencia núm. 578/2021, de 27 de julio de 2021”, REEI, 2021, pp. 22-28) lo que me interesa subrayar es que parece que el TS se decantaría por no admitir la prórroga de un tribunal de un tercer Estado en caso de que hubiera normas imperativas que limitaran la autonomía de la voluntad.

<sup>109</sup> La delegación del Reino Unido y de Francia propusieron incluir un artículo sobre los efectos de un acuerdo exclusivo de elección de foro a favor de un Estado tercero (Council Document 8000/12 [22 March 2012] y 8205/12 [27 March 2012]. GARCIMARTÍN, Francisco, “Prorogation of Jurisdiction..., *op.cit.* nota 61, p. 281, nota 23.

<sup>110</sup> Ver la propuesta de un nuevo art. 23 bis en: FALLON, Marc; KINSCH, Patrick y KOHLER, Christian, (eds.), *Building European private international law: Twenty Years’ Work by GEDIP/Le droit*

cimiento de una resolución fruto de un procedimiento sustanciado ante un tribunal de un Estado no miembro. Este requisito enlaza con la otra propuesta del GEDIP sobre normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en Estados no miembros, propuesta que también fue rechazada por las instituciones de la Unión<sup>111</sup>. Según la misma, se denegará el reconocimiento de una resolución dictada en un Estado tercero en la medida en que se haya dictado contraviniendo normas internacionalmente imperativas o contrarias al orden público del Estado requerido o de la UE. Según Basedow, ambas Propuestas muestran el alto grado de incertidumbre en el control de una cláusula de elección de foro a favor de un Estado tercero, y exigen por parte del juez del Estado miembro todo tipo de predicciones sobre el procedimiento extranjero (iniciado o no) y el potencial reconocimiento de la sentencia resultante<sup>112</sup>.

### 3.1.4. *La derogatio fori en el Convenio de La Haya de cláusulas de elección de foro*

Por el contrario, el Convenio de La Haya de 2005 sobre cláusulas de elección de foro (en adelante CH 2005), sí prevé un control *ex ante* de las cláusulas de elección de foro exclusivas que violan el orden público del foro, permitiendo al tribunal derogado por la cláusula, no declinar su competencia en favor del tribunal elegido. Dicha posibilidad se encuentra recogida en el art. 6 (c) intitulado “*Obligaciones de un tribunal no elegido*”, y según el cual, “*Cualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro, salvo que: (...) c) dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido*”.

---

*international privé européen en construction: Vingt Ans de Travaux du GEDIP*, Intersentia, Antwerp, 2011, p. 796. La propuesta del GEDIP puede consultarse en la web del grupo. Ver Consolidated version of a proposal to amend Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations (Bergen, 21 de septiembre “1. A court of a Member State seised of proceedings over which it has jurisdiction under this Regulation, and with regard to which the parties have given exclusive jurisdiction to a court or the courts of a non-Member State under an agreement complying with the conditions laid down by Article 23, shall not hear the proceedings unless and until the chosen court has declined jurisdiction. It shall stay the proceedings as long as the chosen court has not been seised or, if it has been seised, has not declined jurisdiction. It shall decline jurisdiction once the chosen court has given a judgment entitled to recognition under the law of the State of the court seised. Nevertheless, it may hear the proceedings if it appears that: (a) the chosen court will not give judgment within a reasonable time; (b) the chosen court will give a judgment which will not be entitled to recognition under the law of the State of the court seised. [2. The choice by the parties of a court of a non-Member State shall have no effect if all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in the same Member State.]”

<sup>111</sup> Ver art. 56-5 and 56-6 de la propuesta del GEDIP aprobada en la 20ª Reunión de Copenhague en 2010. FALLON, Marc; KINSCH, Patrick y KOHLER, Christian, (eds.), *op. cit.*, nota 110, p. 802-803 y comentario de Fallon, p. 813-816.

<sup>112</sup> BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

Dicho precepto, que solo se aplica cuando el tribunal elegido es de un Estado contratante, prevé cinco supuestos que excepcionan la inhibición por parte del tribunal al que se le ha presentado el asunto y que no es el elegido por las partes. Cuando se aplique una de las excepciones, se levanta la prohibición de conocer del asunto. Nos interesa especialmente la prevista en la letra c y que ha sido transcrita más arriba. Dicha cláusula no se incluyó en los borradores iniciales, sino que encuentra su origen en una propuesta conjunta de diciembre de 2003 de la Comunidad Europea y las delegaciones de Estados Unidos, Japón, la Federación Rusa y Nueva Zelanda<sup>113</sup>. Dicha propuesta, a su vez, traía causa de una propuesta suiza, que detallaba las condiciones de validez sustantiva de un acuerdo de elección de foro, excluyéndose, sin embargo, expresamente “las condiciones en las que las partes no pueden, por razón de la materia, acordar excluir la competencia de los tribunales de un Estado contratante<sup>114</sup>”.

Según disponen Hartley y Dogauchi en el informe explicativo del Convenio, las situaciones cubiertas por el art. 6 apartado c) se refieren a supuestos en los que el tribunal elegido no aplicaría una norma o principio considerado, en el Estado del tribunal que conoce, como parte de su orden público<sup>115</sup>. La *ratio* de este precepto obedece, continúan los autores del informe, a que “en virtud del Convenio, el tribunal al que se ha acudido, pero que no se ha elegido, no estaría normalmente en condiciones de aplicar su propio Derecho para determinar la validez del acuerdo de elección de foro. Había pues, que hacer una excepción, para la situación en la que aplicar el acuerdo abocaría en una injusticia manifiesta o sería manifiestamente contrario al orden público del tribunal al que se ha acudido”<sup>116</sup>. Se distingue, por tanto, entre dos supuestos: 1) cuando el aplicar el acuerdo llevaría a una “injusticia manifiesta” y 2) cuando esa aplicación sería manifiestamente contraria al orden público del tribunal al que se ha acudido<sup>117</sup>.

La expresión “injusticia manifiesta” abarcaría la situación excepcional en la que una de las partes se ve imposibilitada de obtener un proceso justo en el Estado extranjero, ya sea por corrupción u otros motivos específicos que

<sup>113</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Actas de la Vigésima Sesión, 14 al 30 de junio de 2005, vol. 3 — Élection de for/Choice of court, La Haya 2010; véase Documento de trabajo núm. 47 en p. 396 y la precedente Propuesta del Comité de Redacción en p. 391. BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

<sup>114</sup> Ver art. 3 f de la Propuesta suiza en: Actos y documentos, nota anterior, documento de trabajo n° 7, p. 385; los debates sobre esta propuesta se recogen en: Actas n° 4, p. 444 y ss. y Acta n° 13, p. 460 y ss. ver asimismo BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 24.

<sup>115</sup> Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, texto adoptado durante la Vigésima Sesión. Informe Explicativo de Trevor Hartley & Masato Dogauchi (en adelante, Informe Hartley & Dogauchi).

<sup>116</sup> Informe Hartley & Dogauchi, ap. 147.

<sup>117</sup> El propio informe reconoce que hay ordenamientos jurídicos donde la “injusticia manifiesta” se considera comprendida en el orden público y, por tanto, podría parecer superflua. En cambio, para otros el concepto de orden público se refiere al interés general, de la sociedad en su conjunto, más que a los intereses de un particular (ap. 151).

le impidieran iniciar o defenderse en un proceso ante el tribunal elegido<sup>118</sup>. También podría referirse a circunstancias particulares que rodean la celebración del acuerdo, como el fraude. Se presume que el estándar requerido es elevado: la disposición no permite que un tribunal desestime un acuerdo de elección de foro simplemente porque no sería vinculante según su Derecho interno.

Por su parte, la expresión “manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido” abarcaría las situaciones en las que el tribunal elegido no aplicaría alguna norma o principio fundamental del Estado del tribunal ante el que se ha presentado. Ahora bien, dicha excepción debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que no sería suficiente para conocer del asunto (i.e. no inhibirse) que el tribunal elegido no aplicase una norma imperativa del foro. Como aclaran los autores del informe, el “orden público” incluye solo el orden público internacional del Estado en cuestión. ¿Están las normas de policía incluidas en esa noción de orden público internacional?

Para explicar el alcance de las excepciones del art. 6 CH 2005, los autores del informe se apoyan en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (en adelante, CNY) y, concretamente, en su art. II (3), precepto que regula los efectos negativos del convenio arbitral (a favor de un arbitraje en el extranjero) sobre la competencia del juez nacional. En efecto, el art. II (3) CNY ordena al juez derogado por la cláusula arbitral, a remitir el asunto al arbitraje acordado “a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Por tanto, el juez nacional es competente para decidir sobre la validez y aplicabilidad de la cláusula arbitral. Este modelo permite, como afirma Virgós, “un control judicial *ex ante* de las cláusulas de arbitraje”<sup>119</sup>.

En cuanto a la interpretación de los supuestos que justifican las excepciones, los apartados a) y b) del art. 6 CH 2005 se corresponderían con la disposición “nulidad” del artículo II (3) CNY, mientras que los apartados d) y e) abarcarían los mismos supuestos que los términos “ineficaz o inaplicable” en la misma disposición del CNY. Aunque respecto de las situaciones previstas en la letra c), reconocen los redactores del informe que a primera vista “pueden parecer más complejas que las del CNY, al examinarlas más de cerca se observa que en la práctica son semejantes a las del CNY, y no tienen un alcance mayor”<sup>120</sup>. Esa era también la intención claramente expresada de la Sesión Diplomática. La complejidad aparente de las disposiciones se deriva del hecho de que la Sesión Diplomática deseaba una claridad

<sup>118</sup> *Idem*, ap. 152.

<sup>119</sup> VIRGÓS SORIANO, Miguel, “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, pp. 22-33.

<sup>120</sup> Informe Hartley & Dogauchi, ap. 147.



y una precisión mayores que las observadas en las disposiciones bastante esquemáticas del artículo II (3) del CNY. Sin embargo, la jurisprudencia derivada del CNY podría aportar indicaciones útiles para la interpretación del Convenio.

### **3.2. *Insuficiencia del control ex post de la cláusula para garantizar la eficacia de las sanciones y vulneración del derecho a un juicio justo***

Uno de los argumentos que utilizan los que defienden la admisión de los acuerdos de elección de foro a favor de terceros Estados, aunque ello conlleve una violación de normas de policía del foro, es que los tribunales derogados podrán hacer un control *ex post* y denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera por ser contraria al orden público del Estado requerido, lo que permitirá salvaguardar los intereses públicos del foro. Como se ha visto, no solo parte de la doctrina mantiene esta postura, sino también la jurisprudencia de alguno de los Estados que hemos examinado. No es posible llevar a cabo un estudio de Derecho comparado ni de Derecho europeo de esta excepción o correctivo, de su contenido y alcance, y de su aplicación al tema que nos ocupa. No pretendo, por tanto, desarrollar el tema del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras (ni laudos) que no aplican las sanciones económicas europeas. Eso excedería el objeto de este trabajo. Mi intención es mucho más modesta, pues pretendo simplemente reflejar los inconvenientes de dicho correctivo en sede de reconocimiento para lograr la aplicación y eficacia de las sanciones europeas en caso de haberlas desactivado mediante la deslocalización del litigio, y utilizarlo como argumento para defender la necesidad de un control *ex ante* de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero, i.e., ¿es ese control *ex post* suficiente para garantizar la salvaguarda de los intereses del foro manifestados a través de sus leyes de policía? Como ya se ha dicho, si conoce del asunto afectado por las sanciones europeas a Rusia, un tribunal de un Estado tercero no sancionador o incluso un tribunal ruso, difícilmente va a aplicar las sanciones europeas, aunque su Derecho internacional privado prevea la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. En mi opinión, la insuficiencia del control *ex post* se fundamenta, no tanto en las dificultades de la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera, sino en la vulneración del derecho fundamental a un juicio justo y, por tanto, de acceso a la justicia.

Además, como ponen de manifiesto Bureau y Muir Watt, la utilización de un control *ex post* para salvaguardar las leyes de policía del foro, solo garantizaría parcialmente esa salvaguarda, pues es posible que el juez derogado, cuyas leyes de policía no han sido aplicadas, no tenga ocasión de reconocer o de ejecutar la sentencia extranjera, pues habrá supuestos en los que la misma

no tenga que surtir efectos en ningún Estado miembro, por ejemplo, porque el demandado no tenga bienes en la UE<sup>121</sup>.

En los supuestos en los que sí se pretenda o pudiera pretenderse el reconocimiento y la ejecución de la resolución extranjera en un Estado miembro, el fundamento principal de este control *ex post* descansa en la clásica distinción entre *forum* y *ius*, es decir, en la distinción entre las normas de competencia judicial internacional y las de ley aplicable en el sentido de que el establecimiento de la competencia no puede depender de un control previo de la ley aplicada, y de ahí la validez de la cláusula de elección foro, aunque viole normas imperativas del foro. Parte de la doctrina<sup>122</sup> ha sugerido que dicho principio se deriva también de la jurisprudencia del TJUE, fundamentalmente de los asuntos *Benincasa*<sup>123</sup> y *Transporte Castelleti*<sup>124</sup>.

En el asunto *Benincasa*, por ejemplo, el TJUE distingue entre la cláusula atributiva de competencia y las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye dicha cláusula, y afirma que “la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, esta se rige por lo dispuesto en el Convenio [CB], cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de este, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro.”<sup>125</sup> En aras a la seguridad jurídica es preciso que el “Juez nacional ante el que se ejercite la acción pueda pronunciarse con facilidad sobre su propia competencia aplicando las reglas del Convenio, sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto”<sup>126</sup>.

A su vez, en *Transporte Castelleti*, el TJUE insiste en que el juez debe valorar su competencia solo aplicando el Convenio y no recurriendo al fondo del asunto. En el caso de una cláusula de elección de foro “solo puede examinarse a la luz de consideraciones que guarden relación con las exigencias que establece el artículo 17 [CB]”<sup>127</sup>. Y respecto a la validez de una cláusula de elección de foro, el TJUE añade que “no cabe atribuir repercusión alguna a las disposiciones materiales .... aplicables ante el Tribunal elegido.”<sup>128</sup> Ahora bien, en dicho asunto las disposiciones materiales se referían a la responsabilidad del

<sup>121</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, pp. 1-29, p.13; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 162.

<sup>122</sup> *Idem.*

<sup>123</sup> Sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C- 269/95, ECLI:EU:C:1997:337 (en adelante, sentencia *Benincasa*).

<sup>124</sup> Sentencia de 16 de marzo de 1999, *Trasporti Castelletti*, C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142 (en adelante, sentencia *Transporte Castelletti*).

<sup>125</sup> Sentencia *Benincasa*, ap. 25

<sup>126</sup> *Idem.*, ap. 27

<sup>127</sup> Sentencia *Transporte Castelletti*, ap. 49. En este caso las normas materiales se referían a la responsabilidad del transportista.

<sup>128</sup> Sentencia *Transporte Castelletti*, ap. 49. Sentencia de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, ap. 62.



transportista por lo que podría pensarse que solo ese tipo de norma material es la que no puede afectar a la validez de la cláusula<sup>129</sup>. Además, en ambos asuntos se trataba de cláusulas a favor de tribunales de Estados miembros y no estaba en juego la aplicación de leyes de policía, ni del foro ni europeas<sup>130</sup>. Ambos aspectos son, a mi modo de ver, cruciales pues, como se verá en el siguiente apartado, el tratamiento de las cláusulas de elección de foro a favor de un Estado miembro, no tiene por qué ser el mismo que el de la cláusula que prorrogue la competencia de un Estado tercero. Además, no basta con que se deje de aplicar una norma internamente imperativa; tiene que tratarse de una norma de policía.

Partiendo de esta separación entre competencia y ley aplicable, el control y salvaguarda de las normas de policía “derogadas” por la cláusula de elección de foro, se traslada al momento del reconocimiento. Al tratarse de sentencias dictadas por Estados terceros, las normas aplicables a ese reconocimiento y ejecución son las normas nacionales y no las contempladas en el RBiBis. Las condiciones del no reconocimiento no serán las del art. 45 RBiBis, sino las que prevea cada Estado miembro para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Uno de los principios rectores del sector del reconocimiento es el de la prohibición de la revisión del fondo de la sentencia<sup>131</sup>. Ahora bien, ello no impide que las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales prevean causas de denegación que incidan o afecten a aspectos sustanciales<sup>132</sup>. Una de estas causas de denegación del reconocimiento es la contrariedad de ese reconocimiento con el orden público del Estado requerido<sup>133</sup>, i.e., que el reconocer una sentencia extranjera vaya en contra o viole el orden público del Estado requerido (Estado cuyos tribunales han sido derogados por la cláusula de sumisión)<sup>134</sup>.

El orden público en sede reconocimiento se configura generalmente, en el ámbito patrimonial, como un control de adecuación de toda la decisión ex-

---

<sup>129</sup> BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 17.

<sup>130</sup> SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 163.

<sup>131</sup> Art 48 LCJI según el cual “*En ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. En particular, no podrá denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho Internacional privado español*”.

<sup>132</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cidur Menor, p. 271.

<sup>133</sup> Art. 46.1 a) LCJI según el cual: “*Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) cuando fueren contrarias al orden público*”; el art. 45.1 RBiBis “*a petición de cualquier parte interesada se denegará el reconocimiento de la resolución: a) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido*”.

<sup>134</sup> La jurisprudencia francesa prevé también como condición del no reconocimiento el fraude de ley. Ver sobre esta condición, BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, “*L'imperativité désactivée?*”, *op. cit.*, nota 15, pp. 19-21.

trajera<sup>135</sup> y no en un control de la ley aplicada por el juez<sup>136</sup>. Por tanto, lo que se controla no es si el juez extranjero aplicó o no la ley de policía (sanción) o lo hizo correctamente, ni si la sentencia extranjera viola el orden público, sino si el resultado de reconocer la sentencia en un Estado miembro viola el orden público de ese Estado miembro, esto es, si el reconocimiento de la sentencia extranjera vulnera de manera manifiesta los principios jurídicos fundamentales de ese Estado miembro<sup>137</sup>. A partir de esta interpretación restrictiva del correctivo del orden público, lo que se plantea es si el reconocimiento de una sentencia rusa, por ejemplo, en la que no se aplican las sanciones (normas de policía del Estado miembro requerido), puede considerarse contrario al orden público del Estado requerido. Es decir, ¿el orden público del Estado requerido incluye las leyes de policía, y, en particular, las sanciones económicas europeas? Para responder a esta cuestión es preciso examinar, primero, si la noción de orden público engloba las leyes de policía y segundo, en caso afirmativo, si ese orden público engloba las leyes de policía europeas.

Parte de la doctrina defiende que la noción de orden público en el sector del Derecho aplicable es más amplia que en el del reconocimiento y que en este último la noción de orden público de alguna forma se atenúa en comparación a la situación en la que el juez está llamado a aplicar directamente el Derecho extranjero<sup>138</sup>. De esta forma, no toda ley de policía estaría comprendida en la excepción de orden público como correctivo al reconocimiento, sino solo aquellas que supusieran la violación de un principio realmente fundamental o superior del Estado requerido<sup>139</sup>. Por tanto, el no aplicar una ley de policía por parte del juez extranjero no implicaría necesariamente el no reconocimiento de la sentencia. Solo si consideramos que realmente las sanciones económicas son normas cuya violación supone la violación de un principio fundamental del Estado requerido podrán conformar la excepción de orden público. Y es ahí donde no hay un consenso ni doctrinal ni jurisprudencial<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 131, p. 258.

<sup>136</sup> El control de la ley aplicada no es una condición prevista ni en el RBÍbis ni en el régimen común español. Es un control ya obsoleto en derecho español. Ver sobre el desarrollo de este control de la ley aplicada en la jurisprudencia francesa, BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, "L'imperativité désactivée?", *op. cit.*, nota 15, pp. 19-21.

<sup>137</sup> SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 163. Esta noción de orden público es la que defiende el TJUE respecto de la excepción contemplada en el art. 45.1.a) del RBÍbis. Ver Sentencia de 11 de mayo de 2000, *Renault*, C-38/1998, ECLI:EU:C:2000:225; También la que debería seguir el art. 46.1 a) LCJI pues se inspiró en el art. 45 RBÍbis. En este sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, 2 ed., Tirant lo Blanch, p. 942

<sup>138</sup> RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *op. cit.*, nota 15, p. 16.

<sup>139</sup> *Ídem.*

<sup>140</sup> SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 163. En nuestra doctrina, por ejemplo, se entiende que el art. 46 LCJI se refiere al orden público internacional español. Según CALVO CARAVACA, "No se trata ni de normas internamente imperativas españolas ni tampoco de las normas internacionalmente imperativas españolas. Se trata del "orden público internacional" entendido como el conjunto de principios jurídicos fundamentales de ordenamiento jurídico español.", CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, *op. cit.*, nota 136 p. 942. Es

Ahora bien, el TJUE en el asunto *Diageo Brand*, “*el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento jurídico*”<sup>141</sup> refiriéndose a la excepción de orden público del RBI afirmó que solo cabe aplicarla cuando “*el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento jurídico*”. Por tanto, considera que menoscaba un principio fundamental de un Estado miembro, la violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial para ese Estado. En el asunto *Eco Suiss*, “*constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 81 CE, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho*”<sup>142</sup> consideró que el art. 81 del Tratado CE (101 TJUE) “*constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 81 CE, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho*”. Y al ser considerada una disposición fundamental de Derecho europeo, puede considerarse que integra el orden público. Por tanto, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición del art. 81 CE. Del mismo modo, el art. 81CE integra también el orden público que permite al juez nacional denegar el reconocimiento de un laudo arbitral en aplicación del del art. V(2) del CNY. Esta sentencia del TJUE

---

un concepto jurídico indeterminado que el TC define como “*Conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de Sociedad en un pueblo y época determinado*” (STC 54/1989 de 23 de febrero de 1989). Muchos de estos principios se encuentran en la Constitución Española y en convenios internacionales.

<sup>141</sup> Sentencia de 16 de julio de 2015, *Diageo Brand*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, ap. 18.

<sup>142</sup> Sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Suiss China Time Ltd*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, ap. 36.

podría llevarnos a afirmar que el mismo razonamiento puede extenderse a las sanciones económicas europeas y considerarlas como parte integrante del orden público, no solo de la excepción del CNY, sino también de las normas nacionales de reconocimiento y ejecución<sup>143</sup>.

Finalmente, y a pesar de que el control *ex post* de la cláusula mediante la denegación del reconocimiento probablemente recibiría una respuesta común y europea por parte de los Estados, considero que esa respuesta no es suficiente y que viola, como afirma Weller, el derecho fundamental de acceso a la justicia, pues obliga a las partes a acudir a un tribunal para probar que la sentencia que dicten viola efectivamente el orden público del Estado derogado, en cuyo caso su reconocimiento será denegado<sup>144</sup>.

En materia de sanciones económicas, esa imposibilidad de acceso a la justicia podría justificar, según Sánchez Lorenzo, la autorización del llamado *forum necessitatis*, fundamentado en los principios generales del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>145</sup>. En particular, y como ha afirmado el TEDH en su sentencia en el asunto el *Guadagnino contra Italia y Francia*<sup>146</sup>, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que establece el derecho a un juicio justo, engloba el derecho de acceso a la justicia que impide que la aplicación de las normas de competencia judicial internacional pueda conducir a la falta de tutela judicial efectiva o a una denegación de justicia<sup>147</sup>.

#### 4. SOLUCIÓN DE *LEGE LATA* Y DE *LEGE FERENDA* DE UN CONTROL EX ANTE DEL ACUERDO DE ELECCIÓN FORO

Por todo lo expuesto hasta el momento, y a pesar de las dificultades señaladas en los epígrafes precedentes, defendemos el control *ex ante* de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero que

<sup>143</sup> En el mismo sentido respecto de las sanciones y el orden público del Convenio de NY se pronuncia SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, nota 13, p. 194. Dicho autor contrapone esta visión del contenido de la excepción de orden público en el Convenio de NY con la de los jueces americanos quienes interpretan de forma restrictiva la noción de orden público en el CNY y no deniegan el reconocimiento, aunque el laudo contravenga sanciones económicas americanas.

<sup>144</sup> WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

<sup>145</sup> SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 20, pp. 453-476.

<sup>146</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 18 de enero de 2011 en el caso Guadagnino contra Italia y Francia.

<sup>147</sup> Art. 6.1. CEDH: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*”

busque eludir la aplicación de las sanciones económicas. Ante la inexistencia en el RBIBis de una norma similar al art. 6 CH 2005 y a la espera de un pronunciamiento por parte del TJUE, es necesario integrar la laguna existente mediante una interpretación coherente y uniforme que permita evitar la elusión de las sanciones y conseguir de esta forma su eficacia. Además de *lege ferenda* sería importante aprovechar la inminente reforma del RBIBis para dar una respuesta normativa a la misma.

En aras a esa interpretación uniforme, entiendo necesario que el control de la cláusula de elección de foro a favor de un tercer Estado que deroga las sanciones económicas se haga bajo el paraguas del RBIBis. Somos conscientes de los argumentos en contra<sup>148</sup>, pero también de la tendencia actual, reforzada en el asunto *Inkreal*, a la búsqueda de una respuesta europea a las situaciones vinculadas a terceros Estados<sup>149</sup>. En efecto, en dicho asunto el TJUE afirma que la voluntad de las partes es elemento suficiente para determinar la “internacionalidad” de la situación<sup>150</sup>. Es decir, en una situación interna (cuyos elementos se vinculan exclusivamente a un Estado miembro) en la que las partes se someten a los tribunales de otro Estado miembro, el acuerdo de las partes es elemento suficiente para cumplir con el requisito de “internacionalidad” de la situación. Por tanto, el ámbito de aplicación del art. 25 RBIBis engloba también estas situaciones internas en las que las partes se someten a los tribunales de otro Estado miembro con el que no presentan vínculo alguno. Se potencia de esta forma la autonomía de la voluntad, reforzando la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro<sup>151</sup>. Aunque esta afirmación parece ir en contra de los que aquí proponemos, ese refuerzo se justifica solo entre Estados miembros, pues el amplio ámbito de aplicación del art. 25 RBIBis refleja, según el TJUE, la confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión, y contribuye a mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, entre otros medios, facilitando el acceso a la justicia<sup>152</sup>. Para algunos, esta decisión supone un paso más en el desarro-

<sup>148</sup> Ver los argumentos en contra *supra*.

<sup>149</sup> Sobre la sentencia *Inkreal* ver: HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “Impacto de la elección de tribunal en la internacionalidad de las situaciones (STJUE de 24 de febrero de 2024, c-566/22)”, REEI, 1, 2024 (en prensa, cortesía de la autora); en el Blog de *EAPIL Online Symposium on Inkreal*: GIMÉNEZ, Sergi, “Inkreal: Freedom of Choice Courts of EU Member States”, (publicado el 26 de febrero de 2024) <https://eapil.org/2024/02/26/inkreal-freedom-of-choice-of-courts-of-eu-member-states/>; CUNIBERTI, Gilles, “Inkreal: By Passing National Rules Governing Jurisdiction Clauses”, (publicado el 26 de febrero de 2024, <https://eapil.org/2024/02/26/inkreal-bypassing-national-rules-governing-jurisdiction-clauses/>)

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Inkreal: A View From Madrid”, (publicado el 27 de febrero del 2024) <https://eapil.org/2024/02/27/inkreal-a-view-from-madrid/>; MUIR WATT, Horatia y BUREAU, Dominique, “Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing in Domestic Cases: Threefold Critique”, *EAPIL Blog* (publicado el 1 de marzo del 2024). <https://eapil.org/2024/03/01/inkreal-jurisdictional-barrier-crossing-in-domestic-cases-a-threefold-critique/>

<sup>150</sup> En contra de lo que había propuesto el Abogado General en sus conclusiones. Conclusiones del Abogado General Jean Richard de la Tour presentadas el 12 de octubre de 2023, ECLI:EU:C:2023:768.

<sup>151</sup> Sentencia *Inkreal*, ap. 26.

<sup>152</sup> *Idem*, ap. 35

llo de un espacio judicial europeo basado en el principio de reconocimiento mutuo, en el que las relaciones intracomunitarias serían tratadas como si fueran internas y de forma distinta a las extracomunitarias, como sucede con el tratamiento de la litispendencia, distinto según los procedimientos paralelos se den entre tribunales de Estados miembros o entre un Estado miembro y un Estado tercero<sup>153</sup>. Y para mí, esa podría ser la clave para dar respuesta e integrar la laguna que venimos señalando.

El régimen aplicable a la validez de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado miembro inserta en un contrato afectado por las sanciones viene determinado por el art. 25 RBIBis y, en la medida en que se cumplan sus condiciones, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda declinará en favor del tribunal prorrogado. Como se ha visto, el tribunal del Estado miembro elegido aplicará la medida, aunque la *lex contractus* no la prevea, como ley de policía del foro pues se trata de una norma de policía europea (art. 9 (2) RRI). No cabría, por tanto, un control *ex ante* de la cláusula distinto al previsto en el art. 25 RBIBis. No cabría invalidarla por derogar normas internacionalmente imperativas del foro<sup>154</sup>.

En cambio, cuando la cláusula prorroga la competencia de un juez de un Estado tercero, la eficacia de las sanciones está en peligro, como se ha visto. En este caso, sí debe ser posible el control *ex ante* de la cláusula, atendiendo a una excepción de orden público implícita en el régimen Bruselas que permita, como afirma Weller, llevar a cabo un control basado en la probabilidad de un procedimiento extranjero que vulnera el derecho de acceso a un juicio justo<sup>155</sup> (contraria al art. 6 CEDH y al art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) y cuyo reconocimiento no va a ser posible por ser contrario al orden público. Otra opción sería denegar la suspensión del procedimiento y aceptar la competencia del juez europeo con base, como propone Sánchez Lorenzo, en un *forum necessitatis*, fundamentado en los principios generales del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>156</sup>.

Ahora bien, este examen de “orden público” de la cláusula obliga al juez a llevar a cabo un análisis prospectivo, no falto de complejidad, que exige el escrutinio de varios aspectos, teniendo en cuenta que el juez derogado para decidir si declina su competencia o no, no entra en el fondo del asunto, por lo que en ese punto no se trata de examinar, como en el ámbito de la ley aplicable, si esas normas internacionalmente imperativas se aplicaron o no<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Inkreal: A View From Madrid”, (publicado el 27 de febrero del 2024) <https://eapil.org/2024/02/27/inkreal-a-view-from-madrid/>.

<sup>154</sup> Cuestión distinta, que no podemos desarrollar en este trabajo, es si esta conclusión es extensible a normas nacionales internacionalmente imperativas. *A priori* parece que ese control deberá hacerse también en sede de reconocimiento.

<sup>155</sup> WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

<sup>156</sup> SANCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, nota 20, pp. 453-476.

<sup>157</sup> BASEDOW, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, p. 26.



Primero, debe examinar que la norma internacionalmente imperativa que se deroga forme parte del orden público (en sentido amplio) del Estado derogado por la cláusula. Este extremo en el caso de las sanciones está claro<sup>158</sup>. Segundo, como sugiere Weller, debe llevarse a cabo un análisis de las consecuencias fácticas de los efectos de la cláusula de elección de foro<sup>159</sup>, i.e., que la derogación de la competencia de un Estado miembro mediante una cláusula de elección de foro, que busque eludir dicha norma internacionalmente imperativa, implique una violación del orden público del Estado derogado, por la probabilidad de que el procedimiento que se sustancie en el extranjero vulnere el derecho de acceso a un juicio justo. Y en ese análisis, habrá diferentes motivos por los que el juez llegará a la conclusión de que enviar a las partes a litigar al Estado extranjero prorrogado supone una vulneración del derecho a un juicio justo. Entre estos motivos se encuentra la no aplicación por parte del juez extranjero de las normas de policía (sanciones) del juez derogado, lo que implica su ineficacia. Ese test de eficacia o efectividad de las normas de policía europeas ha sido defendido por parte de la doctrina en materia de contratos de agencia y derecho de la competencia<sup>160</sup>. El principio de efectividad obliga a los Estados miembros, y a sus autoridades, a garantizar la efectividad del Derecho de la Unión i.e., impidiendo que la aplicación de Derecho europeo sea imposible o excesivamente difícil<sup>161</sup>. La aplicación de este principio obligaría al juez europeo a considerar la cláusula de elección de foro (y de arbitraje) inválida por impedir la efectividad de las sanciones europeas en el sentido de hacer casi imposible su aplicación<sup>162</sup>. Ese resultado llevaría además al no reconocimiento de una potencial resolución por parte del tribunal extranjero por ser contraria al orden público del foro.

El análisis precedente muestra la necesidad de integrar la laguna existente a través de una respuesta “europea” que evite la elusión de las sanciones y garantice su eficacia. Si bien creemos que dicha interpretación es posible, en aras a mayor seguridad jurídica y previsibilidad sería deseable, de *lege ferenda*, o bien un pronunciamiento por parte del TJUE o una modificación del RBÍbis que incorpore ese control de orden público de la cláusula de elec-

---

<sup>158</sup> Ver *supra*.

<sup>159</sup> WELLER, Matthias, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

<sup>160</sup> RÜHL, Gisela, *op. cit.*, nota 15, p. 899.

<sup>161</sup> *Idem*.

<sup>162</sup> En materia de Derecho de la competencia ver HEINZE, Christian, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del derecho de la competencia de la UE. Algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la Sentencia del TJUE CDC”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 79-101, pp. 96 ss. En la STJUE 21 mayo 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, asunto C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, el TJUE consideró válidos los acuerdos de sumisión en el marco de las acciones indemnizatorias derivadas de la infracción del Derecho de la competencia europeo siempre que estas resulten oponibles a las partes y así se derive del alcance del acuerdo, pero no se pronunció sobre cláusulas a favor de terceros Estados. Sí lo hizo en cambio el Abogado General N. Jääskinen en sus Conclusiones, quien consideró que el “Derecho de la Unión exige dejar de aplicar una cláusula de arbitraje, y también una cláusula atributiva de competencia no regulada por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I, en aquellos casos en que su aplicación llevaría a menoscabar el efecto útil del artículo 101 TFUE, ap. 124.

ción de foro a favor de los tribunales de un Estado tercero. De cara a esa revisión, y a pesar de que el estudio que encargó la Comisión de apoyo a la elaboración del informe sobre la aplicación del RBIbis (art. 79 RBIbis)<sup>163</sup> no plantea propiamente la cuestión<sup>164</sup>, cabrían distintas opciones que no es posible tratar en profundidad, pero que apuntamos. Partiendo de la necesidad de incluir las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado no miembro en el ámbito de aplicación de RBI bis, una primera posibilidad sería introducir una norma, similar a la prevista en el art. 6 c) del CH 2005, que permitiera la no admisión de la *derogatio fori* a favor de los tribunales de un Estado tercero cuando ello suponga una vulneración del orden público. Otra, seguir la propuesta del GEDIP y exigir, para la validez de la cláusula, además de los requisitos del art. 25 RBIbis, un juicio de reconocibilidad. Esta segunda opción debería ir acompañada, como ya apuntaba el GEDIP, con normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en Estados no miembros, que permitieran la denegación del reconocimiento de una resolución dictada en un Estado tercero, en la medida en que se haya dictado contraviniendo normas internacionalmente imperativas o contrarias al orden público del Estado requerido o de la UE. Finalmente, la tercera opción consistiría en incorporar al Reglamento, tal y como se propone respecto de demandas de empresas y de derechos humanos, una disposición sobre *forum necessitatis* para abordar situaciones en las que litigar en el tercer país resultara en la imposibilidad de tener un juicio justo<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> “Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No. 1215/2012 on jurisdiction and the Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters Brussels Ia Regulation”, Final report preparing by Mileu Consulting for DG Justice and Consumers under contract No JUST/2021/PR/JCOO/CIVI/0041, January 2023. Sobre las cuestiones que plantea el estudio respecto de las cláusulas de elección de ver: HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del Artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, N° 2, pp. 602-628.

<sup>164</sup> Tampoco la plantea como tal el estudio sobre la reforma del RBIbis realizado por los profesores Burkhard Hess, David Althoff, Tess Bens y Niels Elsner, en el que se dedica un apartado a las relaciones con terceros Estados, donde aconsejan al legislador europeo adoptar un régimen completo en materia de litigios transfronterizos en los que intervengan Estados terceros y en el que se debate sobre distintos puntos. De entre ellos, y para el tema que nos ocupa, nos interesa el dedicado a la posibilidad de introducir en el Reglamento una *forum necessitatis*. HESS, Burkhard y otros, ‘The Reform of the Brussels Ibis Regulation — Academic Position Paper’, Vienna Research Paper 2024, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4853421](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4853421).

<sup>165</sup> Ver sobre esta posibilidad el estudio de apoyo al informe de la Comisión sobre la reforma del RBIbis, antes citado y el estudio de los profesores Burkhard Hess, David Althoff, Tess Bens y Niels Elsner.



# APRENDIZAJES DE UN INTENTO DE SECURITIZACIÓN FALLIDA EN LA AMAZONÍA: EL CASO DE LA OTCA, 2023

## ANALYSIS OF A FAILED SECURITIZATION ATTEMPT IN THE AMAZON: THE ACTO CASE, 2023

Carlos DEL RÍO\*  
Xira RUIZ-CAMPILLO\*\*1

**Resumen:** Este trabajo examina el intento de securitización del Amazonas realizado por el presidente Gustavo Petro en la IV Cumbre de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (agosto de 2023). Los autores aplican la teoría de la securitización de Buzan, Waever y de Wilde (1998), en la que se identifica un objeto de referencia bajo una amenaza significativa o existencial, un actor securitizador, un discurso o movimiento securitizador en el que se defiende la necesidad de securitizar dicha amenaza, y una aceptación o no de esa securitización por parte de una audiencia relevante. El artículo concluye que este ha sido un movimiento securitizador fallido e identifica los probables motivos que han conducido al fracaso, entre los cuales se identifican la falta de voluntad de ceder soberanía entre los Estados amazónicos, o la falta de confianza en la militarización como solución a los problemas de seguridad medioambiental. Además, se señala la necesidad de que, más allá de un diagnóstico común sobre los desafíos que enfrenta la región amazónica, exista confianza entre las partes que quieran securitizar una amenaza.

**Palabras clave:** securitización, Amazonía, Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, medioambiente, cambio climático.

**Abstract:** This paper looks into the securitization attempt of the Amazon by president Gustavo Petro during the IV Summit of the Amazon's Cooperation Treaty Organization (August 2023). The authors apply the Securitization Theory by Buzan Waever and de Wilde (1998), in which a referent object under significant or existential threat, a securitizing actor and a securitizing move in favour of securitizing said threat in front of a relevant audience are identified. The paper concludes that this has been a failed attempt at securitization and identifies the most likely reason of its failure, namely the lack of trust in militarization as a solution to environmental issues. Also, we point to the need of trust amongst the parts of any securitization attempt in the region susceptible of being successful.

**Keywords:** securitization, Amazon, Amazon Cooperation Treaty Organization, environment, climate change.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TEORÍA DE LA SECURITIZACIÓN. 3. LA AMAZONÍA, LA OTCA Y EL PACTO DE LETICIA. 4. LA CUMBRE DE BELÉM: SECURITIZACIÓN FALLIDA DE LA AMAZONÍA. 4.1. Aprendizajes de un proceso de securitización fallida. 5. CONCLUSIÓN,

---

\* Programa de doctorado en Ciencias Políticas y de la Administración y Relaciones Internacionales UCM (carldelr@ucm.es)

\*\* Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI) y profesora Contratada Doctora en el Dpto. de Relaciones Internacionales e Historia Global, UCM (xiraruiz@ucm.es)

<sup>1</sup> Los autores quieren agradecer a los dos revisores de este trabajo la minuciosidad de sus comentarios. Su exhaustiva labor nos ha permitido enriquecer nuestro artículo, siendo ahora más robusto y potencialmente provechoso para el resto de la comunidad académica.

## 1. INTRODUCCIÓN

El interés por comprender la relación entre medioambiente y seguridad ha crecido en las últimas décadas. Considerado el medioambiente como un asunto de seguridad blanda por muchos autores<sup>2</sup>, no ha sido hasta hace relativamente poco cuando se han considerado nuevas aproximaciones a cómo el medioambiente está afectando a la defensa. Por ejemplo, tanto la Unión Europea (UE) como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) ya han elaborado documentos sobre el impacto que el aumento de temperaturas puede tener en el desarrollo de misiones en el exterior o sobre cómo un mayor número de eventos meteorológicos extremos —nevadas, tornados, lluvias torrenciales— puede aumentar el número de instalaciones militares afectadas<sup>3</sup>.

Sin embargo, la incorporación del medioambiente como un asunto de relevancia para la seguridad del Estado no es en absoluto nueva. Estados Unidos ya lo incorporó a su estrategia de seguridad nacional en 1991<sup>4</sup>, Reino Unido lo hizo en 2008<sup>5</sup> y España en su estrategia de 2013<sup>6</sup>. La identificación del cambio climático como una amenaza varía en estos documentos, yendo desde la amenaza directa en el caso del Reino Unido a un multiplicador de amenazas a la seguridad en el caso de España. En todos los casos, tal y como señalan algunos autores, parece haber consenso en que no abordar estos desafíos puede conducir a un mundo más inseguro, conflictivo y frágil<sup>7</sup>.

La teoría de la securitización (TS) ha sido una de las propuestas teóricas que más interés ha despertado académicamente para entender la creciente atención que se ha dado al medioambiente desde el área de la seguridad y la defensa. Siguiendo a los autores de esta teoría, Barry Buzan, Ole Wæver y Jaap de Wilde, el creciente interés por el deterioro del medioambiente —por ejemplo, a consecuencia de un aumento de la deforestación o de la pérdida de biodiversidad— puede llevar a identificar este deterioro medioambiental

<sup>2</sup> Véase DALBY, Simon, *Environmental security*, University of Minnesota Press, Minnesota, 2002; MARQUINA BARRIO, Antonio, *Environmental challenges in the Mediterranean 2000-2050*. Springer, 2002; GILMAN, Nils, RANDALL, Doug y SCHWARTZ, Peter, "Climate change and 'security'", en DRYZEK, John, NORGAARD, Richard y SCHLOSBERG, David, eds., *The Oxford handbook of climate change and society*, Oxford University Press: Oxford, 2014.

<sup>3</sup> Véase NATO, *NATO Climate change and security impact assessment The Secretary General's Report*, NATO HQ, 2023; TAVARES DA COSTA, Tavares da Costa, KRAUSMANN, Ricardo, HADJISAVVAS, Elisabeth, Constantinos, *Impacts of climate change on defence-related critical energy infrastructure*, Joint Research Centre, European Commission & European Defence Agency, 2023.

<sup>4</sup> THE WHITE HOUSE, *National security strategy of the United States*, The White House, Washington, DC, 1991.

<sup>5</sup> CABINET OFFICE, *The national security strategy of the United Kingdom. Security in an independent world*, Norwich, The Stationery Office, 2008.

<sup>6</sup> PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *Estrategia de seguridad nacional. Un proyecto compartido*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2023.

<sup>7</sup> DETGES, Adrien, KLINGENGELD, Daniel, KÖNIG, Christian, POHL, Benjamin, RÜTTINGER, Lukas, SCHEWE, Jacob, SEDOVA, Barbora, VIVEKANANDA, Janani, *10 insights of climate impacts and peace*, Adephi Research & Potsdam Institute for Climate Impact Research, 2020.

como una “amenaza existencial” para el Estado y el subsiguiente anuncio de acciones de emergencia para hacer frente a la misma, lo que despierta el recelo de muchos por el tipo de acciones que se pueden utilizar en nombre de la defensa de la seguridad del Estado<sup>8</sup>. Así, buena parte de la literatura sobre la securitización se ha centrado en identificar los peligros de securitizar desafíos como el cambio climático o la inmigración<sup>9</sup>, en identificar procesos de securitización exitosa del cambio climático atendiendo únicamente a los actores securitizadores<sup>10</sup> o en examinar los límites y posibilidades que tiene la propia teoría de la securitización<sup>11</sup>.

A pesar de las alertas que se lanzan sobre los riesgos de securitizar asuntos como el cambio climático o el medioambiente, lo cierto es que son muchos los trabajos académicos que ponen en duda que lo que estemos presenciando sean realmente procesos de securitización de estos temas<sup>12</sup>. Es más, son muchos los autores que señalan que la teoría de la securitización es una teoría que difícilmente ha encontrado un reflejo en la realidad de los Estados y que muchos supuestos casos de securitización han sido, en realidad, casos de securitización fallida<sup>13</sup>. En la mayoría de los análisis en los que se habla de la securitización, lo que se ha identificado es la relación de una supuesta amenaza (por ejemplo, el cambio climático), con una medida de seguridad a adoptar (por ejemplo, la utilización de fuerzas militares para apoyar en casos de desastres naturales). Pero, si se sigue la TS, esto, por sí solo, no sería una prueba de securitización del cambio climático, dado que hay otros elementos de esta teoría que no están presentes y por tanto no se podrían considerar como procesos de securitización completa.

<sup>8</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *Security: A new framework for analysis*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1998.

<sup>9</sup> VON ROSEN, Johannes, “The Securitization of Migration as a Threat to Liberal, Democratic Societies”, *Sicherheit Und Frieden (S+F) / Security and Peace*, vol. 37, núm. 1, 2019, pp. 35-40; WARNER, Jeroen, BOAS, Ingrid, “Securitization of climate change: How invoking global dangers for instrumental ends can backfire”, *EPC: Politics and Space*, vol. 3, núm. 8, 2019, 1471-1488.

<sup>10</sup> CASADO CLARO, María Francisca, “El cambio climático: un caso de securitización exitosa del medio ambiente”, *Relaciones Internacionales*, núm. 25, 2017.

<sup>11</sup> VERDES-MONTENEGRO ESCÁNEZ, Francisco Javier, “Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad”, *Relaciones Internacionales*, núm. 29, 2015.

<sup>12</sup> SCOTT, Shirley, “The securitization of climate change in world politics: How close have we come and would full securitization enhance the efficacy of global climate change policy?”, *Review of European Community & International Environment Law (RECIEL)*, vol. 21 núm 3, 2012. OELS, Angela, “From ‘securitization’ of climate change to ‘climatization’ of the security field: comparing three theoretical perspectives”, en SCHEFFRAN, Jürgen, BRZOSKA, Michael, BRAUCH, Hans Günter, LINK, Peter Michael, SCHILLING, Janpeter., eds. *Climate change, human security and violent conflict*, Springer-Verlag, Berlin — Heildeberg. RUIZ-CAMPILLO, Xira, DEL RÍO, Carlos, “Make room for me! Climate change and security”, *European Security*, vol. 33, núm. 1, 2024, pp. 44-62. DOI: 10.1080/09662839.2023.2213164

<sup>13</sup> TORRES CAMPRUBÍ, Alejandra, “Securitization of climate change: The inter-regional institutional voyage”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 27, núm. 1, 2016; WARNER, Jeroen, BOAS, Ingrid, “Securitization of climate change: The risk of exaggeration”, *Ambientae & Sociedade*, vol. XX, núm 2, 2017.

En este sentido, autores como Jan Ruzicka apuestan por profundizar en la teoría de la securitización a través del estudio de los intentos fallidos<sup>14</sup>, lo que puede arrojar luz sobre cómo y por qué se fracasa en el proceso de securitización. En primer lugar, argumenta que el foco puesto en los casos exitosos no se justifica epistemológicamente porque deja de lado la contraargumentación, o incluso el estudio de visiones alternativas de seguridad. Un ejemplo de esto podría darse cuando dos o más actores consideran un mismo objeto de referencia como una cuestión de seguridad, pero desde marcos teóricos o aproximaciones diferentes, lo que lleva a securitizar dicho objeto de referencia de formas diferentes e incompatibles, y a registrar simultáneamente varios movimientos securitizadores que compiten entre sí. Además, argumenta que dejar de lado el estudio de los casos fallidos de securitización genera lagunas precisamente sobre el porqué del fracaso (falta de capital social, incapacidad, malos argumentos o argumentos en contra, etc.). Finalmente, señala la importancia de reconocer y estudiar el fracaso continuado de los intentos de securitización de determinados asuntos, entre ellos, el cambio climático o el medioambiente. Incorporar el estudio de estos casos fallidos al de los casos exitosos puede conducir a una mejor comprensión de lo que la seguridad puede o no puede hacer.

Precisamente, este artículo se centra en lo que de partida consideramos otro caso fallido de securitización del deterioro medioambiental: en la pasada Cumbre de Belém de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), celebrada el 8 de agosto de 2023, el presidente colombiano, Gustavo Petro, propuso crear una alianza militar para defender la selva amazónica (una “OTAN Amazónica” en sus propias palabras). Esta propuesta es la que nos ha animado a examinar el deterioro medioambiental de la Amazonía desde la teoría de la securitización para poder concluir si estamos o no ante la presencia de un proceso securitizador. El objetivo de este trabajo, por tanto, es aplicar la teoría de la securitización a este caso en particular. En concreto, queremos identificar cómo abordan los Estados amazónicos la protección de esta selva en el marco de esta cumbre y si estamos ante un caso claro de securitización o, de lo contrario, se trata de un nuevo caso de securitización fallida desde una aplicación clásica de la teoría de la securitización.

Con este trabajo buscamos analizar una cuestión de actualidad que puede ser relevante para aprender o cuestionar el abordaje de la protección de la naturaleza. También buscamos contribuir a la literatura académica de la securitización con el análisis de un caso que suele ser abordado dando por sentada la aplicación de esta teoría<sup>15</sup>. Y, finalmente, queremos contribuir a ofrecer una perspectiva más amplia de los límites de la seguridad y la defensa, así como sus confluencias con el medioambiente. El tema es relevante porque,

---

<sup>14</sup> RUZICKA, Jan, “Failed securitization: Why it matters”, *Polity*, vol. 51, núm. 2, 2019, pp. 365-377.

<sup>15</sup> UMANSKY, Natalie, “Spreading like wildfire: The securitization of the Amazon rainforest fires on Twitter”, *Working paper. OSF Preprints*, 2023.

si bien la soberanía de la Amazonía es incuestionable y la tienen los Estados amazónicos, también es incuestionable que su gestión (mala o buena) tiene unas repercusiones en el resto de los países y, por tanto, qué se hace en la Amazonía es un asunto que nos debería preocupar a todos.

Para abordar este tema identificamos la teoría de la securitización según la propuesta de B. Buzan, O. Wæver y J. de Wilde<sup>16</sup>, y mediante literatura adicional que nos permita una comprensión más profunda de la teoría y la práctica de los procesos de securitización. Para aplicar la teoría al caso de la Amazonía hemos centrado el análisis en las medidas de protección de la Amazonía que se hacen desde los países de la región a través de la OTCA. Para concluir si estamos asistiendo o no a una securitización y, de haberla, en qué medida se ha producido ese proceso, se recurre, como requiere esta teoría, al análisis del discurso; en particular, los discursos de los distintos representantes de los Estados en la Cumbre de Belém. Se ha analizado en mayor detalle el discurso del presidente Gustavo Petro, dado que fue el propulsor de la creación de una fuerza militar para la protección de la Amazonía. Además, Colombia es un país con políticas internas y externas que durante años se han movido dentro de los códigos de la securitización, utilizando a los militares para hacer frente a grupos guerrilleros y de narcotráfico presentes en la Amazonía colombiana<sup>17</sup>. Los discursos de otros dirigentes se han examinado para poder identificar las propuestas realizadas por los demás países miembros de la OTCA y participantes en la Cumbre de Belém: Brasil, Venezuela, Bolivia, Perú, Ecuador, Guyana y Surinam. Finalmente, se ha analizado la Declaración de Belém, un documento de 45 páginas en el que encontramos la propuesta acordada por los países amazónicos. Con ello logramos realizar un análisis del discurso tanto oral como escrito, para identificar, tal y como sugiere la teoría de la securitización, el posible inicio del proceso securitizador. Hemos dejado deliberadamente a un lado las iniciativas de utilizar las fuerzas militares para controlar la Amazonía por parte de países amazónicos de manera unilateral. Estas son reales y han sido utilizadas por países como Brasil o Colombia. Sin embargo, nuestro análisis pone el foco en la acción colectiva dentro del marco de la OTCA.

A continuación, el trabajo expone los principios básicos de la teoría de la securitización, seguido de una breve presentación de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica y la importancia del Pacto de Leticia: sus miembros y objetivos generales. En el apartado cuatro se examinan las declaraciones de los representantes de los Estados que asistieron a la IV Cumbre de la OTCA, en concreto, sus referencias a la defensa y la securitización del deterioro medioambiental en la Amazonía. El apartado cinco apunta algunos aprendizajes que se pueden extraer del proceso de securitización fallida ana-

<sup>16</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*

<sup>17</sup> BETANCOURT VÉLEZ, Ricardo, SIMMONDS PACHÓN, Óscar, "OTCA: el Amazonas en el horizonte de la política exterior colombiana", *Papel Político*, vol. 18, núm. 1, 2013.

lizado. El trabajo termina con unas conclusiones que señalan a la necesidad de reflexionar sobre la utilización correcta del concepto de securitización, así como a la importancia de elementos como la confianza entre el actor securitizador y la audiencia relevante en los procesos de securitización.

## 2. LA TEORÍA DE LA SECURITIZACIÓN

La teoría de la securitización se enmarca dentro del debate, aún vigente, surgido hacia finales de la Guerra Fría<sup>18</sup> en el seno de los estudios de seguridad entre aquellos académicos que defienden un concepto de seguridad tradicional centrado en lo político-militar y aquellos que defienden un concepto de seguridad ampliado que engloba, además, amenazas diferentes a las militares.

Los académicos de la llamada Escuela de Copenhague son los originales y principales desarrolladores de la teoría de la securitización y se autodefinen como pertenecientes al segundo colectivo dentro del debate. Su intención al desarrollar este concepto es la de elaborar un marco de análisis que permita investigar categorías fuera de la concepción tradicional de seguridad al tiempo que respete la coherencia intelectual de su planteamiento. En sí misma, la teoría de la securitización parte de un enunciado relativamente corto compuesto de una breve serie de elementos interconectados. Merece la pena detenerse a analizar cada uno de ellos por separado, y posteriormente en conjunto, para arrojar una mayor claridad conceptual que permita luego la verificación o no de la aplicación de la teoría. La teoría de la securitización de B. Buzan, O. Wæver y J. de Wilde<sup>19</sup> parte de la concepción de que la seguridad dentro del marco de las relaciones internacionales trata acerca de la supervivencia de un determinado objeto de referencia. Tradicionalmente, en los estudios de seguridad dicho objeto de referencia había sido el Estado, pero Buzan, Wæver y de Wilde rechazan esta exclusividad y proponen ampliar el número de sectores a los que se puede aplicar la seguridad, conduciendo así a una mayor diversidad y amplitud de objetos de referencia no estatales, como podría ser la economía o el medioambiente. Así, en una situación concreta que se percibe por parte de un actor “securitizador” como una amenaza existencial, dicho actor podría argumentar frente a una audiencia relevante (entendiendo por audiencia relevante un grupo con capacidad y/o influencia sobre los procesos de toma de decisiones) la necesidad de adoptar una serie de medidas excepcionales, fuera del normal funcionamiento político, para evitar o paliar los daños sobrevenidos de la amenaza percibida. Si la audiencia acepta el discurso propuesto por el actor “securitizador”, y se adoptan medidas excepcionales al respecto, la situación pasa a ser considerada un

---

<sup>18</sup> MATHEWS, Jessica Tuchman, “Redefining Security”, *Foreign Affairs*, vol. 68, núm. 2, 1989, pp. 162-177; BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, pp. 2-5.

<sup>19</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*

asunto de seguridad (fuese cual fuese su naturaleza original) y asistimos a un proceso exitoso de “securitización”<sup>20</sup>.

A partir de este planteamiento de la TS se pueden realizar algunas observaciones: la TS entiende la seguridad como un discurso: no importa la naturaleza original de la amenaza o el riesgo, ni tan siquiera que sean reales, sino únicamente que el discurso securitizador tenga éxito frente a la audiencia relevante<sup>21</sup>. En este sentido, la securitización puede llegar a considerarse un acto de lenguaje performativo en sentido Austiniano<sup>22</sup>; por lo que el estudio de la securitización es el estudio del discurso político<sup>23</sup>. Además, se observa cómo el planteamiento teórico del concepto de securitización es una suerte de síntesis dialéctica entre una concepción de las relaciones internacionales esencialmente estructuralista y un concepto de seguridad realista.

Si entramos a analizar brevemente los elementos que componen el enunciado teórico, observamos los siguientes: 1) un objeto de referencia, 2) un elemento de riesgo o amenaza, 3) un actor securitizador, 4) un movimiento securitizador y, por último, 5) una audiencia relevante.

La TS parte de la concepción de que cualquier objeto de referencia puede ser securitizado. No es necesario que revista una especial importancia político-militar, y tampoco es necesario que tenga naturaleza estatal (puede ser supra o infraestatal, como el caso del deterioro medioambiental en la Amazonía, considerado por algunos un problema internacional o incluso global). Pero, lo verdaderamente importante del objeto de referencia es que, para el actor securitizador, ese objeto, sea cual sea, se encuentra bajo una amenaza que se percibe como existencial o tan grave como para afectar de manera excesiva o intolerable su continuidad y, por lo tanto, se debe intervenir para preservar su seguridad mediante la adopción de medidas excepcionales.<sup>24</sup> Los propios autores de la teoría reconocen que en algunos casos la securitización resultará inevitable, pero avisan de que la seguridad no debería ser idealizada: “básicamente, la seguridad debería ser vista de forma negativa, como un fracaso a la hora de abordar cuestiones a través de la política normal”<sup>25</sup>. Diversos autores han desarrollado esta idea, avisando de los peligros de las consecuencias de la securitización. Por ejemplo, Von Rosen explica como la securitización de la inmigración puede suponer un riesgo severo para las democracias liberales, dado que se puede contraponer al principio de pluralidad inherente a todo sistema democrático, al tiempo que instiga violencia

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 21-26.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>22</sup> AUSTIN, John Langshaw: *How to do things with word*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.

<sup>23</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, p. 25.

<sup>24</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, p. 36.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 29.



de forma tanto directa como estructural hacia los inmigrantes<sup>26</sup>. En el caso concreto del sector medioambiental, otros autores también advierten de los riesgos de la securitización: Warner y Boas demuestran que ante una amenaza tan difusa como el cambio climático —a la que no puede hacer frente un único actor y cuyas causas y soluciones son múltiples—, adoptar un discurso securitizador puede conducir a un efecto “rebote”, con efectos contrarios a los deseados por el actor securitizador. Por ejemplo, los autores examinaron los casos de Reino Unido y Países Bajos, cuyos gobiernos presentaron la cuestión medioambiental como una amenaza existencial con características extremas. Como respuesta, la oposición política presentó a su vez una propuesta de desecuritización, caracterizando estos intentos como exageraciones, lo que en ambos casos generó una dinámica política de rechazo por gran parte de la sociedad que llevó a que cuando aparecieron gobiernos diferentes, estos sostuvieron posturas opuestas respecto al cambio climático, minimizando o negando sus efectos<sup>27</sup>.

Si bien tradicionalmente, el actor securitizador ha sido el Estado, la teoría de la securitización amplía esta categoría a cualquier actor con intereses en un determinado objeto de referencia o sector, y con la suficiente tracción política a cualquier nivel como para generar un discurso lo suficientemente importante como para captar la atención de la audiencia relevante. Esta concepción se hace extensiva a actores de la más diversa índole: por supuesto, los Estados y las organizaciones de Estados siguen jugando un papel esencial en el proceso de securitización, pero también pueden aparecer otros actores como organizaciones no gubernamentales (ONG) o corporaciones empresariales cuya capacidad para influir en el discurso y la opinión pública sean tan elevados que sean capaces de llegar a plantear sus pretensiones al más alto nivel<sup>28</sup>.

El movimiento securitizador es el proceso por el cual el actor securitizador introduce en el discurso general la necesidad percibida de tratar de manera excepcional un determinado asunto. Cuando este pasa a ser considerado una cuestión seguridad, se justifica la adopción de medidas fuera de lo común para mantener dicha seguridad. La clave conceptual es que este movimiento *per se* no supone una securitización exitosa, sino solo un intento de securitizar, dado que para alcanzar el éxito en el movimiento securitizador es necesaria e imprescindible la actuación de la audiencia relevante<sup>29</sup>.

Precisamente, la audiencia relevante es el último elemento, y uno que ha ido cobrando mayor peso a lo largo de la evolución de la teoría de la securi-

---

<sup>26</sup> VON ROSEN, Johannes, “The Securitization of Migration as a Threat to Liberal, Democratic Societies”, *Sicherheit Und Frieden (S+F) / Security and Peace*, vol. 37, núm. 1, 2019, pp. 35-40

<sup>27</sup> WARNER, Jeroen, BOAS, Ingrid, “Securitization of climate change: How invoking global dangers for instrumental ends can backfire”, *EPC: Politics and Space*, vol. 37, núm. 8, 2019, 1471-1488.

<sup>28</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, pp.37-38.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 40-41.



tización. En efecto, todo proceso de securitización exitosa depende, en una medida mucho mayor que cualquiera del resto de elementos, de la aceptación de la audiencia relevante del discurso securitizador. Este es el paso que permite elevar a la categoría de asunto de seguridad cualquier problema y por lo tanto adoptar medidas excepcionales. Al igual que con el actor, la audiencia relevante, tradicionalmente identificada en la figura de los tomadores de decisiones pertenecientes a las estructuras de seguridad de los diferentes Estados, es una figura cambiante bajo el prisma de la teoría de la securitización, pudiendo estar integrada por figuras pertenecientes al ámbito público o privado, individuales o colectivas. De ahí que para verificar si se ha producido una securitización exitosa resulte imprescindible identificar a la audiencia relevante y estudiar su reacción ante las pretensiones del actor securitizador<sup>30</sup>.

Existe un elemento adicional: el contexto en el que se produce la securitización. Buzan, Wæver y De Wilde sugieren que las condiciones para un acto de lenguaje exitoso entran dentro de dos categorías: (1) la interna, lingüística-gramatical y (2) la externa, contextual y social, “[...]una posición desde la que el acto se puede llevar a cabo”<sup>31</sup>. Así, además del propio acto de enunciar que existe una amenaza existencial para la seguridad, el contexto social y político en el que se lleva a cabo el movimiento securitizador es fundamental para entender el proceso de securitización. El contexto en el que se produce ese movimiento es importante para facilitar o impedir su éxito. Además, en ese contexto entran en juego factores como el capital social del actor securitizador o la posición de autoridad desde la que intervenga, las características de la amenaza que se pretende securitizar, etc. Desde un punto de vista ontológico, la cuestión contextual se centra en qué constituye el contexto: se puede distinguir entre un contexto próximo o relativo a las características inmediatas de la interacción y uno distante o externo, relativo a cuestiones como la clase social, la etnia de los participantes o las instituciones o lugares donde ocurre la discusión. Otra posibilidad ontológica es entender por contexto los diferentes regímenes políticos donde ocurre la securitización<sup>32</sup>. Desde un punto de vista epistemológico, el desarrollo de estudios de securitización basados en el análisis de casos prácticos “ha contribuido a la consolidación de una visión contextual de la seguridad, que subraya cómo la manera en la que se presentan y/o son recibidos los movimientos securitizadores depende del contexto social más amplio. El objetivo es explorar, con mayor precisión, cómo el contexto promueve, acoge o limita un resultado específico”<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> BALZACO, Thierry, “The three faces of securitization: political agency, audience and context”, *European Journal of International Relations*, vol. 11, 2005, pp. 71-201; y ROE, Paul, “Actor, Audience(s) and Emergency Measures: Securitization and the UK’s Decision To Invade Iraq”, *Security Dialogue*, vol. 39, núm. 6, 2008, pp. 615-635.

<sup>31</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, p. 32.

<sup>32</sup> BALZACO, Thierry, LÉONARD, Sarah, RUZICKA, Jan, “‘Securitization’ revisited: theory and cases”, *International Relations*, vol. 30, núm. 4, 2016, p. 503.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 504.

Dados todos los requisitos a cumplir por la TS, la securitización puede ser exitosa o fallida. Los propios autores de la teoría se centran en un principio en los casos exitosos de securitización, porque “constituyen el significado específico actualmente válido de seguridad”<sup>34</sup>. No obstante, el foco de nuestro estudio está en los casos fallidos de securitización. Ruzicka distingue varios motivos por los que un movimiento securitizador puede fallar. El fracaso puede darse tanto por una combinación de varios factores como por la concurrencia de uno solo: en primer lugar, puede que el actor securitizador no sepa cómo hablar de seguridad en un determinado contexto; segundo, el actor securitizador puede no disponer de la suficiente autoridad o capital social frente a la audiencia relevante; tercero, la amenaza puede no ser susceptible de ser securitizada; y cuarto, la audiencia relevante puede directamente rechazar un movimiento securitizador<sup>35</sup>. Otros autores como McDonald<sup>36</sup> o Salter<sup>37</sup> han examinado casos de securitización fallida para ejemplificar carencias o limitaciones de la TS, específicamente la ausencia de un modelo de fracaso coherente. Exponiendo casos como algunas acciones llevadas a cabo por la Administración Bush en el contexto de la lucha contra el terrorismo en los Estados Unidos post-11-S o la problemática del cambio climático en Australia, estos autores identifican claramente movimientos securitizadores que, sin embargo, fracasan parcial (en el caso del terrorismo post 11-S) o totalmente (en el caso del cambio climático).

Estos estudios de caso sobre securitizaciones fallidas sirven para identificar los “puntos flacos” de la securitización, fundamentalmente, un excesivo énfasis en el análisis del discurso, descuidando las dimensiones política y social del proceso de securitización, hasta el punto de poner en cuestión la validez del propio proceso. Precisamente, nuestro estudio de caso busca contribuir a este tipo de literatura académica con el caso de la Amazonía en el contexto de la OTCA, una región de gran importancia para toda la comunidad internacional.

### 3. LA AMAZONÍA, LA OTCA Y EL PACTO DE LETICIA

La Amazonía tiene una extensión de unos ocho millones de kilómetros cuadrados repartidos entre nueve países (por comparar, la Unión Europea tiene una superficie de cuatro millones de kilómetros cuadrados). Entre los países amazónicos, Brasil es el que cuenta con una mayor parte de selva, con aproximadamente un 64.4% de la superficie. Le siguen Perú (9.7%), Bolivia

<sup>34</sup> BUZAN, Barry, WEVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, p. 39.

<sup>35</sup> RUZICKA, Jan, *op. cit.*, pp. 372-373

<sup>36</sup> MCDONALD, Matt, “The Failed Securitization of Climate Change in Australia”, *Australian Journal of Political Science*, vol. 47, núm. 4, 2012, pp. 579-592.

<sup>37</sup> SALTER, Mark B., “When securitization fails. The hard case of counter-terrorism programs”, en BALZACO, Thierry (ed.), *Securitization Theory: How Security Problems Emerge and Dissolve*, Taylor and Francis, Londres, 2010, pp. 116-131.

(7%), Colombia (6.6%), Venezuela (5.9%), Guyana (2.1%), Ecuador (1.6%), Surinam (1.9%) y Guayana Francesa (0.8%)<sup>38</sup>. Se trata de la mayor región de bosque tropical del mundo, con una de las biodiversidades más ricas del planeta. Se calcula que alberga 50,000 especies de plantas, al menos 2,406 especies de peces, 427 de anfibios, 371 de reptiles, 1,300 de aves, y 425 especies de mamíferos<sup>39</sup>.

Uno de los principales desafíos de la región es cómo mantener los servicios ecosistémicos (ej. mantenimiento de la biodiversidad, los ciclos del agua, la fertilidad del suelo) que ofrece la selva con las necesidades de una población y una economía en expansión<sup>40</sup>. La deforestación se encuentra entre una de las principales amenazas, lo que no solo contribuye a las emisiones de gases de efecto invernadero, sino también a la pérdida de biodiversidad y del hábitat de numerosos pueblos indígenas que durante siglos han contribuido a su conservación<sup>41</sup>. Los incendios y las extremas sequías también contribuyen a su rápido deterioro, causados principalmente por la expansión de la agricultura y la ganadería, la creciente demanda de madera, la falta de gobernanza, la corrupción o el cambio climático<sup>42</sup>.

Para preservar este pulmón de biodiversidad, y promover el desarrollo equitativo y sostenible de la región, se firmó el Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) en 1978<sup>43</sup>. Los signatarios (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam, Venezuela) también se comprometieron a preservar el medioambiente y hacer un uso sostenible de los recursos naturales de la región. Es interesante apuntar que, si bien la Guayana Francesa tiene territorio amazónico, nunca ha participado en el TCA por no ser un Estado soberano,

<sup>38</sup> GUTIÉRREZ REY, Franz, ACOSTA, Luis Eduardo y SALAZAR, Carlos Ariel, *Perfiles urbanos en la Amazonia colombiana. Un enfoque para el desarrollo sostenible*, Bogotá, Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas, 2004.

<sup>39</sup> ZAPATA-RÍOS, Galo, ANDREAZZI, Cecilia, CARNAVAL, Ana Carolina, RODRIGUES DA COSTA DORIA, Carolina, DUPONCHELLE, Fabrice, FLECKER, Alexander, et al., *Amazon Assessment Report 2021*, United Nations Sustainable Development Solutions Network, New York, USA, 2021, p. 4.

<sup>40</sup> DAVIDSON, Eric, ARTAXO, Paulo, "Globally significant changes in biological processes of the Amazon Basin: results of the large-scale biosphere-atmosphere experiment", *Global Change Biology*, núm. 10, 2004, pp. 519-529. DOI: 10.1111/j.1529-8817.2003.00779.x; STABILE, Marcelo, GUIMARAES, André, SILVA, Daniel, RIBEIRO, Vivian, MACEDO, Marcia, COE, Michael, PINTO, Erika, MOUTINHO, Paulo, ALENCAR, Ane, "Solving Brazil's land use puzzle: increasing production and slowing Amazon deforestation", *Land Use Policy*, núm. 91, 2020, 104362

<sup>41</sup> OMETTO, Jean Pierre, DUTRA AGUIAR, Ana Paula, MARTINELLI, Luiz Antonio, "Amazon deforestation in Brazil: effects, drivers and challenges", *Carbon Management*, vol. 2, núm. 5, 2014, pp. 575-585, DOI: 10.4155/cmt.11.48; PAIVA, Paula, PINHEIRO RUIVO, Maria de Lourdes, MARQUES DA SILVA JUNIOR, Orleno, MONTEIRO FERREIRA, Bruno, et al., "Deforestation in protect areas in the Amazon: a threat to biodiversity", *Biodiversity Conservation*, núm. 29, 2020, pp. 19-38. <https://doi.org/10.1007/s10531-019-01867-9>

<sup>42</sup> LAPOLA, David, PINHO, Patricia, BARLOW, Jos, ARAGAO, Luiz, BERENGUER, Erika, CARMENTA, Rachel, et al., "The drivers and impacts of Amazon forest degradation", *Science*, vol. 379, núm. 6630, 2023, article eabp 8622, doi:10.1126/science.abp8622

<sup>43</sup> Tratado de Cooperación Amazónica, 3 de julio de 1978. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/ParlamentoAmazonico/files/tratados/tratado-cooperacion-amazonica.pdf>

requisito para ser parte del mismo<sup>44</sup>. A pesar de las peticiones de Francia para ser incluida en el tratado, dado que la Guayana Francesa es una de sus regiones administrativas, el artículo XXVII del tratado cierra cualquier posibilidad de adhesión a nuevos miembros. Ese artículo fue la manera de impedir que un país de fuera de la región —Francia, que incluso se ha reivindicado como una potencia amazónica<sup>45</sup>— pudiera ejercer influencia en la gestión de la región.

En 1995 se creó la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA) con el objetivo de implementar los objetivos del tratado y se estableció su sede en Brasilia. Ambos acontecimientos, la firma del tratado y la creación de la OTCA surgen en dos momentos históricos importantes para el medioambiente. El tratado se firma seis años después de la Cumbre de Estocolmo (1972) y la OTCA tres años después de la Cumbre de Río (1992). En las declaraciones de ambas cumbres se hace referencia al derecho soberano que tienen los Estados a explotar sus propios recursos (principio 21 y principio 2 respectivamente), por lo que el TCA y la OTCA son vistos por algunos autores como una herramienta para reafirmar la apropiación del espacio amazónico frente a otras visiones que consideran la Amazonía como “patrimonio de la humanidad”<sup>46</sup>.

Entre los objetivos estratégicos de la OTCA, la propia organización señala el intercambio y la cooperación entre países miembros para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la región amazónica, con especial consideración a los pueblos indígenas y comunidades tribales; velar por los intereses y la soberanía de los países miembros; fomentar la preservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos de la Amazonía (como la biodiversidad o sus recursos hídricos); diseminar la cultura de los pueblos amazónicos o desarrollar las poblaciones amazónicas<sup>47</sup>. Otras áreas de interés para la organización son el turismo, por ejemplo, impulsando un turismo comunitario y sostenible, o la mejora de las infraestructuras y transportes (vial y fluvial) en la región.

A pesar de la importancia de la gestión regional de la Amazonía, y de esta organización en concreto, solo ha habido cuatro cumbres presidenciales (1989, 1992, 2009 y 2023), lo que indica la debilidad de este tratado y el poco interés por adoptar medidas de protección desde el multilateralismo. Sin embargo, en tiempos recientes ha habido iniciativas paralelas muy importantes

---

<sup>44</sup> DA SILVA, Rodolfo Ilário, *A cooperação multilateral entre os países amazônicos: atuação da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA)*, Dissertação (mestrado) — Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília, 2012.

<sup>45</sup> EFE, “Macron pide la integración de Francia en la OTCA por su soberanía sobre Guayana”, *El Universal*, 28 de agosto de 2023, <https://www.eluniversal.com.co/mundo/macron-pide-la-integracion-de-francia-en-la-otca-por-su-soberania-sobre-guayana-FG8877456>

<sup>46</sup> BETANCOURT VÉLEZ, Ricardo, SIMMONDS PACHÓN, Óscar, *op. cit.*

<sup>47</sup> Véase página web de la Organización de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica. <https://otca.org/>

para proteger esta región, como el Pacto de Leticia por la Amazonía<sup>48</sup>, liderado por el entonces presidente de Colombia, Iván Duque, tras los graves incendios que sufrió la zona en 2019. El pacto fue firmado por siete de los ocho países de la OTCA (todos menos Venezuela, que fue aislada de las negociaciones) y promueve muchos de los objetivos de la OTCA: la acción coordinada para la conservación de los bosques y la biodiversidad, la lucha contra la deforestación o el intercambio de información para combatir actividades ilegales en la Amazonía. También incluye un elemento de interés para el análisis de la securitización del deterioro medioambiental de la Amazonía: la creación de una Red Amazónica de Cooperación ante desastres naturales que incluya los sistemas nacionales de prevención y atención de desastres (punto 3 del Pacto). En el Plan de Acción del Pacto de Leticia<sup>49</sup>, presentado unos meses después, se incluye el desarrollo de las fases y protocolos de la Red Amazónica de Cooperación para Desastres Naturales entre los Centros de Operaciones de Emergencias de los países firmantes en un plazo de dos años.

Si bien el Pacto de Leticia surge en un momento en el que la Amazonía estaba sufriendo los mayores incendios en años, el hecho de que el Pacto se haya firmado fuera de la OTCA podría suponer una multiplicidad de recursos y esfuerzos que lleve a un debilitamiento de cualquier mecanismo que se pueda poner en marcha. Así, en la III Cumbre del Pacto de Leticia por la Amazonía, en octubre de 2021, se respaldó el fortalecimiento de la OTCA como herramienta institucional para el trabajo en la región, por lo que en este artículo nos centraremos solo en las propuestas realizadas en la IV Cumbre de la OTCA dado que es, además, la organización de la que son parte todos los Estados amazónicos (con excepción de la Guayana francesa, como ya se ha apuntado).

#### **4. LA CUMBRE DE BELÉM: SECURITIZACIÓN FALLIDA DE LA AMAZONÍA**

En esta sección se analizan los discursos de los países participantes en la cumbre de verano de 2023 en Belém do Pará, identificando sus puntos principales, así como las ideas en común y las divergencias entre ellos, principalmente desde la lente de la teoría de la securitización. Posteriormente, se contrasta con las medidas adoptadas en la Declaración de Belém en lo concerniente a la seguridad.

En primer lugar, comenzaremos con el discurso pronunciado por el presidente de Colombia, Gustavo Petro, al que desde la óptica que adoptamos en este artículo identificamos como actor securitizador en nombre de su país.

---

<sup>48</sup> Pacto de Leticia por la Amazonía, firmado en Leticia (Colombia), el 6 de septiembre de 2019. <https://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/siete-paises-suscriben-pacto-leticia-amazonia>

<sup>49</sup> Véase Plan de Acción. Pacto de Leticia por la Amazonía, 2019. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/plandeaccionpactodeleticiaporlaamazonia.pdf>

La elección de este actor como agente securitizador responde a dos factores fundamentales: como veremos, aunque Colombia no es el único país que durante la cumbre identifica amenazas para la Amazonía, sí que es el único que propone la adopción de medidas que se podrían considerar excepcionales dentro de este contexto y que están directamente relacionadas con lo que comúnmente se conoce como seguridad dura.

El presidente G. Petro expuso en su intervención por qué consideraba que nos encontramos inmersos en una crisis climática, afirmando que habría tres “actores humanos” diferenciados: la ciencia, los movimientos sociales y la política<sup>50</sup>. Los dos primeros irían de la mano buscando una solución a esta crisis, mientras que la política, vinculada a los intereses económicos, no, lo que explicaría lo que Petro considera el fracaso de las COP (Conferencias de las Partes, por sus siglas en inglés, en referencia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático), donde se constata esta divergencia entre el mensaje de la ciencia apoyado por los movimientos sociales y la política, que en última instancia debe tomar decisiones. El presidente Petro reforzó su argumento sosteniendo que nos encontramos ya inmersos en una sexta extinción de especies que conduce a una degradación paulatina de la calidad de vida, a la falta de agua y otros recursos. Ante esto reafirmó la importancia de la acción política, explicando por ejemplo cómo la Corte Suprema de Justicia de Colombia había reconocido la selva amazónica como un sujeto de derecho. No obstante, también afirmó que la política no estaba yendo lo suficientemente lejos y lanzó las propuestas de Colombia para la cumbre: el cambio de deuda por acción climática, la repotenciación y resignificación de la OTCA, la creación de un tribunal internacional de justicia ambiental para la Amazonía y, más significativamente, la creación de un tratado militar, “una OTAN amazónica”. Esta última propuesta es a nuestro juicio el movimiento securitizador más significativo de Colombia en la cumbre, dado que cumple el requisito de excepcionalidad (militarizar el medioambiente) ante una amenaza existencial (describió los atentados contra la naturaleza como un crimen contra la humanidad). Petro despejó toda duda respecto a lo que esto supondría, argumentando la defensa “con razones, pero también con armas”. Finalmente, Colombia avanzó también una propuesta de creación de un centro científico internacional para revitalizar la selva.

Identificamos por lo tanto al resto de los jefes de Estado, cancilleres y demás representantes asistentes como la audiencia relevante en un intento de securitización. El motivo de identificarlos de esta forma es porque el movimiento securitizador de Colombia tenía como principal objetivo integrar o sentar las bases de una alianza militar amazónica entre los Estados parte del Tratado de Cooperación Amazónica, para lo cual necesitaba convencer al res-

---

<sup>50</sup> PETRO, Gustavo, *Discurso del Presidente de Colombia en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. [https://www.youtube.com/watch?v=Ehsae42q\\_Mk](https://www.youtube.com/watch?v=Ehsae42q_Mk)



to de sumarse a su planteamiento. Siguiendo la lógica de la Teoría de la Securitización (la seguridad entendida como un acto de lenguaje performativo), debemos analizar el discurso del resto de asistentes para comprender la postura de la audiencia de cara a analizar el éxito del movimiento securitizador.

El discurso de Colombia encontró coincidencias con el resto de los asistentes en algunos puntos, pero principalmente divergencias en las cuestiones relativas a la seguridad. Así, por ejemplo, todos los asistentes coincidieron en la situación de excepcionalidad de la situación ambiental y/o social de la Amazonía: la representante de Venezuela, Delcy Rodríguez, habló de una crisis en la Amazonía, indicando que se encontraba amenazada y proponiendo declarar una emergencia en la región<sup>51</sup>. Brasil, representado por el presidente Lula da Silva, sostuvo que la Amazonía está sometida a un saqueo de sus recursos naturales, aludiendo al trasfondo social de esta situación, en la que unos pocos se enriquecían mientras que muchos se empobrecían, y mencionando el sufrimiento de los pueblos originarios, el asesinato de líderes ambientales e indígenas, la proliferación de redes criminales en la región, etc.<sup>52</sup> Por su parte, Luis Arce, presidente de Bolivia, defendió un discurso similar al de Brasil, exponiendo cómo la sobreexplotación de los recursos naturales, la expansión de la frontera agrícola y el cambio climático conducían a un deterioro de la región, señalando también la dimensión social y recordando a los pueblos originarios que habitan la Amazonía y remarcando la necesidad de colaboración con ellos<sup>53</sup>. Gustavo Manrique, canciller de Ecuador, también señaló el fallo de un modelo basado en la explotación desmedida de recursos, la necesidad de fomentar el equilibrio entre desarrollo y conservación del patrimonio natural, y la necesidad de fomentar un cambio de narrativa de una economía basada en la riqueza tradicional a una basada en el cuidado del medioambiente<sup>54</sup>. Dina Boluarte, presidenta del Perú, sostuvo un discurso marcadamente social, subrayando la necesidad de responder a las necesidades de bienestar de la población, de promover la seguridad alimentaria, el acceso al agua y al saneamiento, y remarcando la necesidad de la preservación de la Amazonía para la supervivencia de la especie<sup>55</sup>. Por su parte, Mark Phillips, primer ministro de Guyana, habló de la preocupación por el cambio climático en la región<sup>56</sup>, y Albert Rangdim, ministro de Asuntos Exteriores de

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ, Delcy, *Discurso de la Vicepresidenta de Venezuela en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=IdcHm51aSAo>

<sup>52</sup> DA SILVA, Luiz Inácio, *Discurso del Presidente de Brasil en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=aOWrMkWyZV0> (a partir de 1:22:49).

<sup>53</sup> ARCE, Luis, *Discurso del Presidente de Bolivia en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=aOWrMkWyZV0> (a partir de 1:42:13).

<sup>54</sup> MANRIQUE, Gustavo, *Discurso del Canciller de Ecuador en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.dailymotion.com/video/x8n3egn>

<sup>55</sup> BOLUARTE, Dina, *Discurso de la Presidenta del Perú en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=457F1JV5b48> (a partir de 1:07:08).

<sup>56</sup> PHILLIPS, Mark, *Discurso del Primer Ministro de Guyana en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=457F1JV5b48> (a partir de 1:23:46).

Surinam, destacó la importancia de la cooperación regional para actuar en favor del medioambiente<sup>57</sup>.

Casi todos los países identificaron la minería ilegal, la deforestación y el crimen organizado transnacional como las principales amenazas para la Amazonía. Pero, a pesar de la coincidencia a rasgos generales en el diagnóstico, los enfoques para enfrentar el problema fueron muy diferentes. Colombia abogaba directamente por la protección del medioambiente con medios militares y, si bien otros países no se mostraban reacios a la intervención de las fuerzas armadas, se referían a ésta en términos menos contundentes. Por ejemplo, Lula da Silva indicaba que “es importante que las fuerzas armadas vayan a la Amazonía”<sup>58</sup>. Venezuela defendió la posibilidad de creación de una fuerza de tarea ambiental de la OTCA que integrase los ministerios de defensa y de medioambiente de los países miembros<sup>59</sup>. No obstante, respecto a Venezuela, cabe destacar que subrayó en su discurso que uno de los peligros para la región era la “Otanización de la Amazonía”<sup>60</sup>, pero también alertó sobre la penetración en la Amazonía por parte de grandes emporios farmacéuticos y alimenticios, y la terciarización de las funciones de los Estados.

El resto de países tuvieron un perfil más moderado respecto a una posible intervención de las fuerzas armadas en la región. Bolivia tuvo un discurso que se inclinaba hacia la desconfianza de la presencia de bases militares en la Amazonía debido a los intereses del Departamento de Defensa de Estados Unidos en esta zona, y alertó acerca de la posibilidad de dominación regional por medios militares. Además, el presidente Arce también señaló como amenaza la penetración de las ONG en la región como medio de control externo. Ecuador, con un discurso marcadamente social y más alejado de cuestiones de seguridad tradicionales, se centró en la dimensión socioeconómica<sup>61</sup>. Perú, por su lado, fue el único país que propuso extender la protección medioambiental a la cordillera de los Andes como fuente de agua para la Amazonía<sup>62</sup>.

Un punto de encuentro entre todos los participantes fue la necesidad de establecer algún mecanismo de desarrollo tecnocientífico conjunto y multilateral para promover y avanzar en el desarrollo sostenible de la región. Las propuestas fueron formuladas de distintas formas, pero todas encaminadas hacia un objetivo equiparable. Por ejemplo, Venezuela propuso la creación de un centro de investigación amazónica internacional y la implementación de un plan de desarrollo sostenible, amazónico y soberano; Bolivia propuso también compartir conocimientos, mejorar prácticas y desarrollar iniciativas

---

<sup>57</sup> RANGDIM, Albert, *Discurso del Canciller de Surinam en la IV Cumbre de la OTCA*. Cumbre de Belém. 8 de agosto de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=457F1JV5b48> (a partir de 2:06:25).

<sup>58</sup> DA SILVA, Luiz Inácio, *op. cit.*, (a partir de 1:22:49).

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ, Delcy, *op. cit.*

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> MANRIQUE, Gustavo, *op. cit.*

<sup>62</sup> BOLUARTE, Dina, *op. cit.* (a partir 1:07:08).



para el desarrollo sostenible; Colombia abogó por la creación de un centro común científico de investigación sobre la selva y la condonación de deuda a cambio de acción climática, y Perú propuso crear redes coordinadas de investigación y promover iniciativas de estudio y aplicación de tecnologías innovadoras y sostenibles.

El resultado de la cumbre fue la Declaración de Belém. Este documento, firmado por todos los Estados Parte del Tratado de Cooperación Amazónica, consta de 113 puntos que recogen los acuerdos a los que los firmantes llegaron. El resultado fundamental que nos lleva a concluir que asistimos a una securitización fallida es que no solo no se recoge la iniciativa de Colombia de una “OTAN Amazónica”, sino que ni siquiera hay mención alguna al papel de los medios militares o las fuerzas armadas en la Amazonía. En este sentido, podemos afirmar que el movimiento del presidente G. Petro es, por el momento, un intento de securitización fallido, en tanto que su propuesta de militarización de la Amazonía para combatir las amenazas medioambientales por la vía excepcional de la creación de una alianza militar supranacional es rechazada por la audiencia relevante.

El documento final describe una situación de urgencia en la Amazonía<sup>63</sup>, por lo que se podría reconocer un objeto de referencia en la misma, al recoger como principales amenazas las identificadas por los Estados participantes en la cumbre: la crisis climática, la pérdida de biodiversidad, la contaminación del agua, de los suelos, la deforestación, los incendios forestales, y el aumento de la desigualdad, de la pobreza y del hambre<sup>64</sup>. Sin embargo, aunque hay menciones a cuestiones de seguridad blanda, como la seguridad energética<sup>65</sup> y la seguridad alimentaria<sup>66</sup>, las únicas cuestiones de seguridad tradicionales que se incluyen son las relativas a la “cooperación policial, judicial y de inteligencia en la lucha contra las actividades ilícitas, incluidos los delitos ambientales”<sup>67</sup>. No obstante, las medidas propuestas en estos puntos versan sobre cooperación entre agencias, compartir información, desarrollar sistemas de control conjuntos sobre determinados espacios de la Amazonía y cuestiones similares. Aunque todas estas iniciativas resultan evidentemente positivas para la región, difícilmente cumplen con los requisitos de excepcionalidad establecidos por la Teoría de la Securitización, es decir, “la ruptura de las reglas del juego político normales (p. ej. en forma de secretismo, implementando impuestos o reclutamientos, aplicando limitaciones a derechos de otra forma inviolables, o concentrando los recursos y energías de la sociedad en una tarea específica)”<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> *Declaración de Belém*, Belém Do Pará, 9 de Agosto de 2023, <https://otca.org/wp-content/uploads/2021/09/Declaracion-de-Belem.pdf>, p.1.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 28-30.

<sup>68</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*, p. 24.

## 5. APRENDIZAJES DE UN PROCESO DE SECURITIZACIÓN FALLIDA

Siguiendo a Jan Ruzicka<sup>69</sup>, una de las razones para estudiar casos fallidos de securitización puede ser el aprendizaje del significado de la seguridad. Por ejemplo, ¿a qué tipo de seguridad se refieren los Estados cuando pretenden proteger la Amazonía? Otra razón para estudiar casos fallidos es profundizar en el proceso de construcción de la securitización. La teoría de la securitización explica las condiciones y factores que pueden llevar a una securitización, por lo que en este caso que presentamos como ejemplo de securitización fallida, lo que podemos preguntarnos es por qué la utilización de herramientas militares para la protección del Amazonas no se ha aprobado en la última cumbre de la OTCA.

Como se ha indicado más arriba, Ruzicka identifica cuatro razones por las que un proceso de securitización puede fallar. La primera de ellas es que el actor securitizador no sepa expresarse en términos de seguridad en un determinado contexto. En relación con el discurso del presidente de Colombia, no se puede decir que Gustavo Petro no haya expresado claramente y de manera concisa su deseo de securitizar la Amazonía. A lo largo de un discurso, de unos 21 minutos de duración, Petro remarcó que la política no estaba yendo lo suficientemente lejos, y expuso como propuesta tanto la creación de “un tribunal internacional amazónico ambiental para juzgar crímenes contra el Amazonas” (minuto 18:52) como “un tratado militar; militar y judicial”. “(La vida) se defiende con razones, pero también con armas, y entonces, deberíamos crear una OTAN amazónica, un tratado de cooperación militar para hacer interdicción” (...) “respetando obviamente nuestras soberanías, pero coordinando la fuerza” (...) “sería importante ver si pudiéramos llegar a este tipo de acuerdo militar” (minuto 19:08). Por tanto, no parece que el presidente Petro no expresara con claridad su propuesta de militarizar y securitizar el Amazonas, lo que nos lleva a señalar que la mera verbalización de querer securitizar una amenaza, por muy clara y explícita que esta sea, no es suficiente para que esta se materialice.

La segunda razón por la que puede fracasar un proceso de securitización según Ruzicka es que el actor securitizador no disponga de suficiente autoridad para lograr su objetivo<sup>70</sup>. Antes de la firma de la OTCA, en 1978, Brasil y Colombia firmaron el Acuerdo para la Conservación de la Flora y de la Fauna de los Territorios Amazónicos (1973). Además de haber sido un actor activo en la defensa de la Amazonía durante estos años, se puede destacar también el impulso de Colombia en la protección de la región a través del Pacto de Leticia en 2019. Además, el país ya ha desplegado fuerzas militares para proteger el Amazonas en su territorio nacional, como la Operación Mayor Artemisa (2019), que buscaba la protección de parques nacionales, centrándose

<sup>69</sup> RUZICKA, Jan, *op. cit.*, pp. 365-377.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 365-377.

en la prevención de la deforestación y la persecución de los criminales ambientales<sup>71</sup>. Por tanto, no parece que exista una falta de autoridad en el actor securitizador sobre sus intentos de protección del Amazonas. Sin embargo, sí que es posible que lo que ocurra en este caso es que el resto de países no hayan querido otorgarle esa capacidad de liderazgo a Colombia, lo que señala lo importante que es tener el reconocimiento de la audiencia relevante en un proceso de securitización. Esta falta de reconocimiento también puede ser entendida de la escasa réplica que tuvo entre la audiencia esta propuesta de Colombia en concreto.

Una tercera explicación para que una securitización sea fallida es que el objeto amenazante no pueda ser securitizado. Así, nos podríamos preguntar: ¿se puede securitizar la Amazonía? ¿Es la respuesta militar la más adecuada para proteger esta vasta región? Sin duda, todo es objeto de ser securitizado, es decir, de utilizar medidas militares excepcionales para hacer frente a una amenaza. Pero en el caso de la Amazonía, dada su enorme extensión, no parece que la respuesta militar —ni posiblemente ninguna otra— vaya a ser exitosa por sí misma. Sobre esto, claro está, hay diversidad de opiniones. La Amazonía es una región en la que se calcula que hay entre 35 y 40 millones de habitantes y en la que es difícil asegurar el control de las fronteras y de las personas. Al ser tan grande, también es una región en la que el narcotráfico, la presencia de fuerzas paramilitares y las actividades ilegales de minería o la deforestación son habituales, si bien no está clara la relación entre deforestación y la presencia de este tipo de grupos, que podría ser uno de los motivos para defender la securitización en la zona. Aun así, tampoco está claro que la militarización sea la mejor manera de hacer frente a esta amenaza en concreto. Por ejemplo, en el caso de Colombia, un estudio relativamente reciente<sup>72</sup> muestra evidencias empíricas de que, si bien la presencia de paramilitares y grupos criminales tiene una relación positiva con la deforestación, esa no sería la principal variable que explica este fenómeno. La deforestación depende fundamentalmente de la accesibilidad a las zonas de bosque y de las variables biofísicas de las mismas. Es más, los propios autores señalan que la presencia de grupos armados insurgentes, paramilitares o criminales han sido en el pasado un factor de protección del bosque debido a la protección que el medio natural ofrecía a sus actividades. Estas conclusiones permiten deducir que los actores responsables de la deforestación no son grupos armados que en principio pudiesen suponer una amenaza de naturaleza militar, sino colecti-

---

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ OSORIO, Andrés Eduardo, NAVARRO SANTAMARÍA, Lizbet Karina, VALENCIA-NÚÑEZ, Amílcar, José, “Las fuerzas armadas de Colombia y sus líneas de acción frente al cambio climático, la Amazonia y los espacios oceánicos”, en PASTRANA-BUELVAS, Eduardo, REITH, Stefan, CABRERA-ORTIZ, Fabricio, (eds), *Transición del orden mundial: impactos en las estrategias de seguridad y defensa en Colombia y la región*, Sello editorial ESDEG, 2023, <https://doi.org/10.25062/9786287602489>

<sup>72</sup> BAUTISTA CÉSPEDES, Oscar V., WILLEMEN, Louise, CASTRO-NÚÑEZ, Augusto Castro-Núñez y GROEN, Thomas A., “The effects of armed conflict on forest cover changes across temporal and spatial scales in the Colombian Amazon”, *Regional Environmental Change*, vol. 21, 2021, p. 70, <https://doi.org/10.1007/s10113-021-01770-6>

vos organizados en formas típicas de la sociedad civil (empresas, cooperativas, explotaciones agrícolas y ganaderas de diverso tamaño, etc.), que operan de manera ilegal. Mientras que para algunos autores, la respuesta militar para hacer frente al deterioro medioambiental puede ser útil si se da junto a otros mecanismos de cooperación horizontal que aseguren la participación de comunidades indígenas y tengan en cuenta el desarrollo económico y ambiental<sup>73</sup>, para otros, la militarización, más que ayudar a reducir la presencia de este tipo de grupos criminales, puede agravar aún más los problemas al no ayudar a las autoridades locales a enfrentar problemas comunes como la migración o la contaminación de los ríos<sup>74</sup>. Por tanto, una buena reflexión en este caso sería preguntarnos por el motivo real del intento de securitización de Colombia, que podría ser detener el deterioro medioambiental en la selva, pero también hacer frente a la presencia de grupos paramilitares y criminales que cuestionan la propia autoridad del Estado. Y ese problema en cuestión no es necesariamente compartido por el resto de Estados amazónicos, o al menos no al nivel de Colombia. Esto nos lleva a proponer que para que un intento de securitización sea exitoso, también parece necesario que haya un diagnóstico común sobre la fuente de la amenaza a la que se quiere responder y la manera con las que se quiere hacer frente.

Muy de la mano del anterior, el último motivo expuesto por Ruzicka para identificar la causa de una securitización fallida es que la audiencia relevante rechace el movimiento securitizador<sup>75</sup>. Como se ha visto en el apartado cuatro, el resto de los países presentes en la IV Cumbre de la OTCA no terminaron de recoger la propuesta de Gustavo Petro: Venezuela advirtió del peligro de la “otanización de la Amazonía”, Bolivia manifestó su desconfianza al uso de estos medios, y otros países no hicieron referencia alguna a esta propuesta. Brasil fue el único país que admitió que la presencia de fuerzas militares en la Amazonía era importante, aunque es muy posible que Brasil argumentase en base a sus experiencias previas en este aspecto, ya que a lo largo de todo el siglo XXI ha desplegado a sus fuerzas armadas en la región, inclusive para la protección del medioambiente, pero siempre de forma unilateral<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Ver VEGA DÍAZ, Luis Felipe, “Procesos de securitización de la frontera amazónica: dinámicas hacia una protección de la biodiversidad como patrimonio global”, en PASTRANA, Eduardo, STOPFER, Nicole, *Gobernanza multinivel de la Amazonia*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2020. Y CABRERA ORTIZ, Fabricio, MACÍAS TOLOSA, Andrés, “Rol de las fuerzas militares de Colombia en la protección de la Amazonia”, en PASTRANA, Eduardo, STOPFER, Nicole, *Gobernanza multinivel de la Amazonia*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2020.

<sup>74</sup> RAMÍREZ, Socorro, “Diálogo entre autoridades amazónicas”, en RAMÍREZ, Socorro, *La cooperación amazónica. Desafíos y oportunidades de la cooperación amazónica a través de la OTCA*. Gobierno de Colombia, OTCA, CEPAL, GIZ, 2012, <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/otca-libro-socorro-ramirez.pdf>

<sup>75</sup> RUZICKA, Jan, *op. cit.*

<sup>76</sup> MASSETI PEREIRA, Marcelo, *Las Operaciones Interagenciales en la Amazonia de Brasil*, Trabajo Final Integrador, Escuela Superior de Guerra Conjunta de las Fuerzas Armadas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, <https://cefadigital.edu.ar/handle/1847939/165>

Además de las divergencias respecto a la propuesta, entendemos que puede haber causas estructurales subyacentes que generen un contexto adverso a un movimiento securitizador como este. Una de las causas más plausibles para este rechazo es la cuestión de la soberanía nacional en la región. La creación de una OTAN amazónica supone necesariamente una cierta cesión de soberanía a una organización de tipo supranacional en cuestiones militares. Históricamente, en toda América Latina una de las tradiciones jurídicas fundamentales es la adhesión de todos los Estados de la región a los principios de soberanía nacional y de no intervención<sup>77</sup>. Esta es una de las razones que han configurado una región en la que el conflicto armado entre Estados ha sido relativamente infrecuente, y en la que los problemas de seguridad son cuestiones más bien internas. En cualquiera de los casos, la cesión de soberanía puede suponer un obstáculo prácticamente insalvable, especialmente en un contexto tan sensible para los Estados como es el del uso de sus fuerzas armadas.

La cuestión de las fuerzas armadas y su implicación en determinados aspectos de seguridad conduce a un segundo motivo que puede generar rechazo. Las experiencias regionales respecto a la implicación de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad internas —la militarización de la seguridad, si se quiere—, no siempre han sido positivas. Existen estudios relativos a experiencias previas que implican a las fuerzas armadas de los Estados latinoamericanos, muchos pertenecientes a la Amazonía<sup>78</sup>, y estudios más generales relativos a la situación regional<sup>79</sup> que pueden arrojar algo de luz sobre la posible reticencia a utilizar a las fuerzas armadas de manera conjunta. La vulneración de los derechos humanos de algunos colectivos vulnerables por parte de las fuerzas armadas en diversos escenarios de militarización de la seguridad ha sido un hecho que se ha repetido en diversas ocasiones, bajo diferentes gobiernos y regímenes. Además, hay que tener en cuenta que muchos países de Latinoamérica tienen una relación tensa entre sociedad civil y fuerzas armadas debido al historial de implicación de las segundas como uno de los principales mecanismos de opresión sobre la primera utilizado por los diversos gobiernos dictatoriales. Esta tensión se ve reflejada en la polarización social en torno al nuevo papel de las fuerzas

<sup>77</sup> SERBIN, Andrés, “Regionalismo y soberanía nacional en América Latina: los nuevos desafíos”, *Documentos CRIES*, Nueva Sociedad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, <https://www.cries.org/wp-content/uploads/2010/09/Documentos-15-web.pdf>

<sup>78</sup> Véase, por ejemplo: RODRÍGUEZ-HERNÁNDEZ, Saúl Mauricio, “Fuerzas Armadas y Derechos Humanos en Colombia: algunas reflexiones sobre el tema.”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 24 núm. 1-2, I-II Semestre, 2013, pp. 141-157; o LÓPEZ MAYA, Margarita, “Venezuela: ¿por qué cayó la democracia?”, *Rev. Mex. Sociol (online)*, vol. 86, 2024, pp.119-143; o NATERAS GONZÁLEZ, Martha Elisa y VALENCIA LONDOÑO, Paula Andrea, “Riesgos de la militarización de la seguridad como respuesta a la violencia derivada del narcotráfico. El caso de Colombia y México”, *Espiral Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXVII, núm 78, 2020, pp. 79-116.

<sup>79</sup> Por ejemplo: TRIPOLONE, Gerardo, “Fuerzas Armadas, protesta social y los límites del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Fundación Konrad Adenauer, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 27, Bogotá, pp. 111-129.

armadas tras las transformaciones democráticas, las diferentes comisiones de la verdad, etc<sup>80</sup>. Es muy probable que esta percepción sociopolítica respecto a la fuerza militar y los peligros que ha supuesto en el pasado haga que muchos gobiernos puedan mostrarse escépticos a la hora de aplicarla sobre una problemática que *a priori* no se percibe como de naturaleza militar. Experiencias recientes, tales como el intento de golpe de Estado en Bolivia<sup>81</sup>, no pueden hacer sino reafirmar la desconfianza hacia el poder militar de muchos líderes amazónicos, especialmente cuando esta puede quedar fuera del control político.

Otras causas que podrían explicar el rechazo a la securitización del deterioro medioambiental en la Amazonia podrían ser también las consecuencias de la creación de una nueva organización militar en la región. No es solo una cuestión de cesión de soberanía, sino también de las implicaciones geopolíticas de un acuerdo militar, o las dificultades de crear una alianza entre países con diferencias políticas, ideológicas y económicas muy distintas, e incluso alineamientos de política exterior diametralmente opuestas.

Aunque es imposible encontrar una explicación concreta de los motivos que han llevado a que los líderes presentes en la Cumbre de Belém no apoyaran la securitización del Amazonas, podrían apuntarse de manera genérica a razones como la necesaria cesión de soberanía que implicaría la creación de una OTAN amazónica y sus consecuencias, las diferencias ideológicas y económicas dispares de los países de la región, o las relaciones de los Estados y sus sociedades civiles con las fuerzas armadas de sus países. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el medioambiente es un área especialmente delicada para las políticas de seguridad de cualquier Estado, dada su especial relación e interdependencia con otras dos cuestiones clave: el sector económico y el sector energético. Estas tres cuestiones se entremezclan muchas veces y resulta enormemente complicado encontrar un equilibrio, dado que la protección de una puede afectar negativamente a las otras dos. Estos temas son especialmente relevantes en Estados en desarrollo, lo cual es un factor que tampoco hay que perder de vista en este caso como posible explicación.

---

<sup>80</sup> Aparte de los citados estudios al respecto, RODRÍGUEZ-HERNÁNDEZ, Saúl Mauricio, *op. cit.*, LÓPEZ MAYA, Margarita, *op. cit.*, NATERAS GONZÁLEZ, Martha Elisa y VALENCIA LONDOÑO, Paula Andrea, *op. cit.* y TRIPOLONE, Gerardo, *op. cit.*, también hay otros estudios que abordan esta problemática desde una óptica de seguridad amplia, como SORJ, Bernardo, "Seguridad, Seguridad Humana y América Latina", *Sur — Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 3, año 2, 2005, pp. 41-59, o COLORADO MARÍN, Lina Patricia y VILLA-GÓMEZ, Juan David, "El papel de las comisiones de la verdad en los procesos de transición: aproximación a un estado de la cuestión", *Ágora U.S.B.*, vol. 20, núm. 2, 2020, [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-80312020000200306&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-80312020000200306&script=sci_arttext)

<sup>81</sup> BBC News Mundo, "Cómo fue el 'intento de golpe de Estado' que denunció el presidente de Bolivia después de que militares tomaran el centro de La Paz y entraran en la antigua sede de gobierno", *BBC News Mundo*, 27 de junio de 2024, en: <https://www.bbc.com/mundo/articles/c2jj33v45m7o>

## 6. CONCLUSIÓN

En este artículo se ha aplicado la teoría de la securitización al caso de la protección de la Amazonía en el marco de la cumbre de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica en Belém (agosto 2023). En un tiempo en el que parece que cualquier acción de los Estados por combatir el cambio climático y proteger la naturaleza es visto como una securitización del medioambiente, buscamos precisamente reflexionar sobre la utilización correcta de este concepto. Además, contribuimos a esa línea de la literatura académica que busca profundizar en esta teoría a través del análisis de los intentos fallidos<sup>82</sup> con el objetivo de entender por qué no todos los procesos de securitización son exitosos y ofrecer así una perspectiva adicional sobre los vínculos entre la seguridad, la defensa y el medioambiente.

La teoría de la securitización es sin duda una herramienta de análisis que nos da la oportunidad de plantear y cuestionar cómo nos aproximamos al estudio de la seguridad. Hay numerosos casos de securitización exitosa que han aportado elementos de gran interés para explicar la seguridad desde la academia, contribuyendo a superar sus concepciones más clásicas<sup>83</sup>. Sin embargo, consideramos que debe huirse de la banalización del concepto, precisamente para no distorsionar lo que la propia teoría de Buzan, Wæver y De Wilde expone<sup>84</sup>. El mero hecho de sugerir la creación de una OTAN amazónica, *per se*, no puede ser entendido como una securitización del deterioro medioambiental de la Amazonía. Sí que es un intento, y además se podría continuar el proceso securitizador si países como Brasil o Venezuela, quienes no rechazan el uso de las fuerzas militares para la protección de esa región, apoyaran la creación de esas capacidades en el futuro. En este caso, y siguiendo la teoría de la securitización, habría que analizar para qué concretamente se crearían esas fuerzas y de qué manera serían empleadas. Así, en el supuesto de que se creara una fuerza militar para proteger la Amazonía, deberíamos preguntarnos si la labor de esas fuerzas (por ejemplo, lucha contra la deforestación, los incendios o lucha contra el narcotráfico) sería algo excepcional en esos países o si esas mismas labores podrían ser realizadas a través de medios civiles, pero se opta por la opción militar como un uso excepcional.

En todo caso, lo que vemos a día de hoy por parte de Colombia es un intento fallido de securitización en la Amazonía dentro del marco de la OTCA. De este caso pueden extraerse aprendizajes interesantes que nos llevan a seguir profundizando en el concepto de seguridad y en la aplicación de la teoría de la securitización, como que a pesar de haber un diagnóstico consensuado sobre los grandes desafíos que presenta la Amazonía para las soberanías nacionales, ese no es motivo suficiente para que los Estados den pasos en el

---

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> BALZACO, Thierry, LÉONARD, Sarah, RUZICKA, Jan, *op cit.*, pp. 494-531.

<sup>84</sup> BUZAN, Barry, WÆVER, Ole, DE WILDE, Jaap, *op. cit.*



marco multilateral hacia una cooperación de carácter militar para proteger el espacio amazónico. De hecho, en la Cumbre de Belém, el concepto de seguridad se utilizó en su mayoría en un sentido más amplio, abarcando la seguridad energética, la seguridad alimentaria, el acceso al agua o al saneamiento, demostrando así que hay una preocupación real por la seguridad, pero que la manera de abordarla no está necesariamente relacionada con lo militar.

Otros aprendizajes que se pueden extraer es que un proceso de securitización no necesariamente ocurre existiendo una verbalización explícita de querer securitizar una amenaza, ni incluso habiendo a la vez autoridad y capacidad de liderazgo en el actor securitizador, y ni siquiera existiendo también un desafío compartido por el actor securitizador y la audiencia relevante. A pesar de que estos son elementos en los que muchos casos de estudio han hecho énfasis para justificar un proceso de securitización, nuestro análisis nos lleva a concluir que, aun dándose esos tres factores, el apoyo de la audiencia relevante al intento securitizador es determinante en cualquier caso.

Este artículo se ha limitado a hacer un ejercicio en el que la teoría se ha aplicado a una situación práctica muy puntual. De ninguna manera quiere esto decir que los autores no entiendan o no reconozcan los numerosos intentos de securitización (algunos de ellos exitosos) que hay sobre la Amazonía. Así, son muchas las preguntas abiertas que quedan para futuras investigaciones, tanto en relación con los casos exitosos y fallidos de securitización del deterioro medioambiental en general, como con la gobernanza, la gestión de las cuestiones de seguridad y la explotación y protección de los recursos naturales en la Amazonía en particular. Finalmente, el estudio de otros casos fallidos de securitización que se den aun reuniendo todos los elementos de los que habla la teoría, sin duda podrían aportar elementos de análisis interesantes para la academia sobre el alcance de los movimientos securitizadores y sobre el papel de la audiencia relevante en los mismos.

# LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO: EL DEBER DE COOPERACIÓN Y EL USO DE LAS TIC

## *THE RETURN OF CULTURAL OBJECTS IN THE EUROPEAN INTERNAL MARKET: THE DUTY OF COOPERATION AND THE USE OF ICT*

María JULIÀ BARCELÓ\*

**Resumen:** La UE dispone de una legislación específica que regula tanto la exportación e importación, como la restitución de bienes culturales dentro del mercado interior, que incorpora los principios de los principales convenios internacionales destinados a la protección y a la restitución del patrimonio cultural. La aprobación y entrada en vigor de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito debería haber comportado también la adopción de mecanismos de cooperación destinados a desarrollar un *sistema unificado de restitución* de bienes culturales entre los EEMM, con la ayuda de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y, en especial el *Sistema de Información del Mercado Interior* (IMI). El régimen jurídico-administrativo diseñado para facilitar y unificar la devolución de los bienes culturales exportados o importados ilícitamente dentro del mercado interior constituye un paso inicial, a pesar de la falta de armonización de conceptos clave como el de bienes culturales, objetos arqueológicos, país de origen de los objetos y país de salida, que dificultan esta cooperación, tal y como ha puesto en evidencia el Primer Informe de la Comisión para mejorar la trazabilidad y restitución de bienes culturales exportados ilícitamente del mercado interior europeo.

**Palabras clave:** principio de cooperación leal, restitución de bienes culturales, Directiva 2014/60/UE, TIC, sistema de información del mercado interior (IMI).

**Abstract:** The EU has specific legislation that regulates the export, the import, and the restitution of cultural goods within the internal market. This legislation includes the principles of the main international conventions referring the protection and restitution of cultural heritage. The approval and entry into force of the Directive 2014/60/EU on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State should also have entailed the adoption of cooperation mechanisms to develop a unified system for the return of cultural objects between the Member States, with the help of Information and Communication Technologies (ICT) and, especially, *the Internal Market Information System* (IMI). The legal-administrative regime designed to facilitate and unify the return of unlawfully exported or imported cultural objects within the internal market constitutes an initial step, still with remarkable deficiencies, such as the lack of harmonization of key concepts like cultural goods, archaeological object, the country of origin of the objects and the country of departure, which makes this cooperation difficult, as evidenced by the Commission's First Report to improve the traceability and restitution of cultural goods unlawfully exported from the European internal market.

**Keywords:** principle of loyal cooperation, return of cultural objects, directive 2014/60/EU, ICT, internal market information system (IMI).

---

\* Profesora agregada de Derecho internacional público y de la Unión Europea. Universidad Oberta de Cataluña (mjuliabar@uoc.edu). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 30 de abril de 2024.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. TRÁFICO DE BIENES CULTURALES. 2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: RESTITUCIÓN, REPATRIACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE BIENES CULTURALES. 3. REGULACIÓN INTERNACIONAL RELATIVA A LA RESTITUCIÓN. 3.1. Convenio UNESCO (1970) y Convenio UNIDROIT (1995). 3.2. Cooperación internacional para la restitución. 4. REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: LA LABOR PREVENTIVA DE LA DIRECTIVA 2014/60/UE. 4.1. Antecedentes y objetivos. 4.2. Ámbito de aplicación *ratione temporis* y ámbito de aplicación material. 4.3. Procedimiento de restitución. 4.4. Modalidades de cooperación para la restitución. 4.4.1. Mecanismos de *soft law*: estrategias y planes de acción. 4.4.2. Cooperación administrativa y sistema de información del mercado interior (IMI). 4.4.3. Cuestiones pendientes. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN: TRÁFICO DE BIENES CULTURALES

El tráfico de bienes culturales consistente en la importación, exportación y transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales puede adoptar distintas formas: el robo de bienes culturales de instituciones o colecciones privadas, el saqueo y expolio de yacimientos arqueológicos, o bien el traslado de bienes de interés cultural o histórico como consecuencia de conflictos bélicos. Y es bien sabido que este tráfico ilícito ha favorecido la aparición de una potente “industria” que genera cuantiosos beneficios económicos que se destinan, en parte, a financiar grupos terroristas en todo el mundo<sup>1</sup>, pero también a otras actividades del crimen organizado como el blanqueo de dinero, el narcotráfico y el tráfico de armas<sup>2</sup>. La mayor parte de este expolio y contrabando de bienes culturales (así como también su destrucción), se produce en la actualidad en territorios que están inmersos en conflictos bélicos, o en aquellos países cuyas estructuras están debilitadas, como consecuencia de años de conflictos que han socavado los fundamentos del Estado y, por lo tanto, su capacidad para proteger y conservar su patrimonio cultural. Es relevante señalar que los beneficios que genera este comercio ilegal de bienes culturales se sitúan en la tercera posición, tras el tráfico estupefacientes y el tráfico de armas<sup>3</sup>.

En el derecho internacional, del mismo modo que existe un amplio colarario de convenios internacionales que regulan la protección de los bienes culturales, sobre todo a partir de la finalización de la Segunda Guerra

<sup>1</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Illicit trade in cultural goods in Europe. Characteristics, criminal justice responses and an analysis of the applicability of technologies in the combat against the trade”, Bruselas, 2019, p.112, <https://catalogus.boekman.nl/pub/P19-0434.pdf>. En el caso de los grupos terroristas, aún no está claro si los terroristas y otros grupos armados están directamente involucrados en el saqueo y el tráfico de bienes culturales, o si por el contrario, las condiciones derivadas del conflicto armado ofrecen oportunidades lucrativas para los grupos criminales organizados preexistentes.

<sup>2</sup> Véase SUÁREZ-MANSILLA, Marta, “¿Sirve el tráfico ilícito para financiar el terrorismo?”, *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 2020, núm. 30, pp. 309-336.

<sup>3</sup> VERÓN BUSTILLO, Emilio J., “Protección del patrimonio histórico en la Unión Europea”, Documento de Investigación sobre Seguridad Interior Doc-ISIE, núm. 21, 2014, p.9. Véase también UNESCO, “The fight against the illicit trafficking of cultural objects the 1970 convention: past and future”. Informe de París, 15 y 16 de marzo de 2011, CLT/2011/CONF.207/6, que estimaba en 6 billones de dólares las ganancias anuales por este concepto, de acuerdo con un estudio conducido por la Cámara de los Comunes del Reino Unido en julio de 2002.

Mundial<sup>4</sup>, también existe una importante normativa que ha sentado las bases para la restitución de los bienes culturales expoliados, tanto en el marco del derecho internacional general, como en el del derecho internacional privado. Por desgracia, la aplicación y observancia de estos convenios internacionales dependen únicamente de la voluntad y buena fe de sus Estados parte, puesto que estos textos jurídicos carecen de mecanismos de ejecución, así como de medios coercitivos que garanticen su cumplimiento. Aun así, debemos destacar los esfuerzos llevados a cabo por la UNESCO con la adopción de la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales* de 1970<sup>5</sup> (Convención UNESCO), como el primer tratado internacional que, a partir de las experiencias extraídas de la guerra, estableció una regulación para la protección y restitución de bienes culturales también en tiempos de paz. En el ámbito del derecho internacional privado, el *Convenio UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilegalmente*, de 1995<sup>6</sup>, (Convenio UNIDROIT), es el segundo tratado internacional sobre la restitución del patrimonio cultural que ayudó a superar las limitaciones que contenía el tratado de la UNESCO, como veremos más adelante.

La Unión Europea (UE) también ha desarrollado una legislación específica —tanto en materia de exportación e importación, como de restitución de bienes culturales en el mercado interior europeo—, a través de la adopción de normas de derecho derivado que incorporan los principios de estos convenios internacionales destinados a la protección y a la restitución del patrimonio cultural. Estas normas son de obligado cumplimiento para sus destinatarios, los Estados miembros (EEMM) y también los particulares, es decir, aquellos operadores económicos que trabajan en el mundo del arte, cuya función principal es la de ejercer de intermediarios: anticuarios, marchantes, coleccionistas, casas de subastas, ferias de arte, galerías de arte, etc.

El objetivo de este artículo es poner de relieve el estado de aplicación en los países miembros de la Unión de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución y la adopción de mecanismos de cooperación con la finalidad de desarrollar un *sistema unificado de restitución* de bienes culturales entre los EEMM, con la ayuda de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC). Se trata de analizar solo una parte del problema relacionado con la restitución

---

<sup>4</sup> El punto de inflexión fue el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando se probó el expolio que habían cometido los nazis de bienes culturales, mayoritariamente obras de arte, procedentes de familias judías. Véase sobre esta cuestión LYNH H., Nicholas, *El saqueo de Europa*, editorial Ariel, 2007, 250 pág.

<sup>5</sup> Instrumento de ratificación de la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales*, hecho en París el 17 de noviembre de 1970. BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986, p. 4869.

<sup>6</sup> Instrumento de ratificación del *Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilegalmente*, hecho en Roma el 24 de junio de 1995. BOE núm. 48, de 16 de octubre de 2002, p. 36366.

de bienes culturales dentro del mercado único europeo, puesto que la devolución de bienes culturales está vinculada a su tráfico ilícito y ello afecta a las relaciones internacionales, no solo entre países, sino también entre las administraciones nacionales competentes, tanto aduaneras como policiales y judiciales, y las consecuencias que se pueden derivar de este tráfico ilícito pueden ser objeto de condenas penales. En primer lugar, nos centraremos en la delimitación jurídica de los conceptos restitución, repatriación y devolución (apdo. 2), para seguir con la regulación internacional principal en materia de restitución (apdo. 3) y, seguidamente la regulación de la UE sobre la materia (apdo. 4), basada en la labor preventiva de la Directiva 2014/60/UE, junto a los mecanismos de cooperación entre la UE y otros actores internacionales, así como entre los EEMM, para garantizar la restitución, con la ayuda creciente de las TIC, en especial por medio del sistema de información del mercado interior (IMI). Acabaremos concluyendo que el régimen jurídico-administrativo establecido por la UE para garantizar la devolución de bienes culturales exportados ilegalmente del territorio de la Unión obedece al objetivo de facilitar y unificar la devolución de los bienes culturales exportados o importados ilícitamente dentro del mercado interior y constituye un paso inicial, todavía con deficiencias, para mejorar la trazabilidad y restitución de bienes culturales exportados ilícitamente del mercado interior europeo (apdo.5).

## 2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: RESTITUCIÓN, REPATRIACIÓN Y DEVOLUCIÓN

Aparentemente, los conceptos de *restitución*, *repatriación* y *devolución* son sinónimos, pero la doctrina los ha matizado puesto que presentan sensibles diferencias jurídicas respecto a los bienes culturales a los que se aplican<sup>7</sup>. Siguiendo las precisiones de P. Brufao Curiel, el término *restitución* es el utilizado por la UNESCO y tiene su origen en los robos y pillajes de obras de arte producidos durante la Segunda Guerra Mundial y ha pasado a aplicarse también a los robos producidos en tiempos de paz. De modo que la palabra *restitución* tiene dos acepciones: por un lado, nos remite a “la entrega a sus legítimos propietarios tras actos de pillaje y robo, conocidos como *robo cualificado* y, por otro lado, incluye también el robo en tiempos de paz, que es denominado *robo ordinario*”. El primero es fruto del saqueo en tiempo de guerra o acciones bélicas, y persigue recuperar los bienes que se hayan calificado como objeto de tal pillaje, y si no es posible, conseguir su restitución en especie, cosa sumamente difícil por el carácter único de estos bienes, además de la dificultad de la prueba y el transcurso de plazo dilatados que

---

<sup>7</sup> Véase SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, Laura, “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, núm. 2015, Civitas, Madrid, 2015, p.292; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia, M., *Conflicto de jurisdicción y leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Universidad Carlos III, Madrid, Getafe, 2007, p.94.

provoca que se alegue su usucapión. Por contra, hablamos de *repatriación* en un sentido más político y público, al estar vinculada con el regreso al país o al grupo étnico o nacional del que salió o del que se disgregó el bien en los casos de separación entre varios Estados del territorio original, tal y como sucedió en el período colonial europeo en África y Asia, tras la desaparición del imperio soviético, la desmembración de Yugoslavia o la ocupación de Chipre por Turquía. Finalmente, el término *devolución* es un tipo de restitución que emplea la UNESCO en dos sentidos: en primer lugar, para señalar la entrega a su lugar de origen durante el periodo colonial y, en segundo lugar, para señalar la entrega de los bienes exportados ilegalmente en contra de la normativa del país de origen<sup>8</sup>. En cualquier caso, los tres términos incluyen en su significado la voluntad de retornar el bien cultural en cuestión a su lugar de origen y la diferencia entre los mismos radica en la *causa* por la que el bien ha sido trasladado: si se trata de un conflicto bélico o un robo hablaremos de restitución; si son producto de cesiones territoriales o desmembramiento de Estados, el término a usar es el de repatriación; y, finalmente, si procede de exportaciones ilegales —léase tráfico ilícito—, y de bienes procedentes de las colonias, debemos usar el vocablo devolución<sup>9</sup>.

La UE también ha establecido la definición de estos términos en su derecho derivado, siguiendo las definiciones comprendidas en los dos convenios internacionales citados. El art. 2 de la Directiva 2014/60/UE define la *restitución* como “la *devolución* material del bien cultural al territorio del Estado miembro requirente”, aunando en la misma definición los términos de *restitución* y *devolución*, puesto que son objeto de esta norma tanto aquellos bienes culturales que han sido objeto de *tráfico ilícito* (el término a usar sería *restitución*), como aquellos bienes que se han exportado ilegalmente desde alguno de los países miembros de la Unión (término a emplear sería *devolución*), tal y como se sigue del art. 3, cuando establece que los bienes que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro deberán ser restituidos de conformidad con el procedimiento y las condiciones previstas en la Directiva. Como se puede observar, la definición sigue los postulados establecidos por la Convención UNESCO y el Convenio UNIDROIT, cuya ratificación ya fue recomendada a los EEMM por el Consejo en sus Conclusiones sobre la prevención de delitos culturales<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Ejemplifica este tipo de actuación el caso de Francia, que lidera esta iniciativa a nivel mundial, con la manifestación de Emmanuel Macron en el sentido de abogar por la devolución de todo. Véase BRUFAO CURIEL, Pedro, *La intervención pública en el tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 46-48.

<sup>9</sup> SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, Laura, *op. cit.*, p. 295.

<sup>10</sup> Doc. 17541/11, “Proyecto de conclusiones del Consejo sobre la prevención de los delitos contra bienes culturales y la lucha contra esa forma de delincuencia”, Bruselas, 30 de noviembre de 2011, pp.4-5, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/11/st17/st17541.es11.pdf>. En la actualidad, 25 EEMM son parte de la Convención UNESCO y 15 EEMM del Convenio UNIDROIT (1995). Véase el estado de las ratificaciones en <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/parties/386> y <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/status/>, respectivamente.

### 3. REGULACIÓN INTERNACIONAL RELATIVA A LA RESTITUCIÓN

La protección jurídica de los bienes culturales se regula en tratados internacionales auspiciados desde dos organizaciones relevantes para la protección de los bienes culturales. Por un lado, la UNESCO, como organismo asociado de Naciones Unidas, y, por el otro, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

#### 3.1. Convenio UNESCO (1970) y Convenio UNIDROIT (1995)

Tal y como detalladamente explica J.A. Estrella Faria, la cooperación entre ambos organismos se inició en la década de 1950, cuando UNIDROIT presentó a la UNESCO el proyecto de lo que se convertiría posteriormente en la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* (La Haya, 1954), que fue el primer tratado internacional sobre la materia y que salva las limitaciones de tratados anteriores sobre protección de monumentos e instituciones culturales, las Convenciones de la Haya de 1899 y de 1907<sup>11</sup> y el Pacto Roerich firmado en Washington de 15 de abril de 1935 sobre protección de monumentos e instituciones culturales<sup>12</sup>. A partir de 1960 es la UNESCO quien toma la iniciativa en la materia proponiendo el primer tratado internacional destinado a la protección del patrimonio cultural en tiempos de paz, materializado en la *Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales*. Pero esta Convención tiene importantes limitaciones, empezando por el hecho que el único mecanismo de restitución previsto es el de la petición de decomiso y restitución de los bienes culturales por la vía diplomática (art. 7 a) y ii). Y, además, como la mayoría de los convenios internacionales, requiere de una incorporación en el derecho interno de los Estados parte para garantizar que sus disposiciones generen obligaciones y derechos jurídicamente protegibles. Igualmente, la Convención no establece las orientaciones necesarias sobre las acciones reivindicatorias que los Estados parte deben prever en sus legislaciones nacionales, ni define qué debe entenderse, desde el punto de vista del derecho privado, por *buena fe* o *poseedor legal* del bien cultural en aquellos casos en los que la restitución del bien cultural deberá acompañarse de una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal del bien. Estas limitaciones propiciaron la actuación de UNIDROIT que acabaría elaborando el Convenio de 1995, como un “suplemento necesario de derecho privado” a la Convención de la UNESCO de 1970<sup>13</sup>. Este

<sup>11</sup> Convenios disponibles en:

[https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II\\_convenio\\_de\\_la\\_haya\\_de\\_1899.pdf](https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf)

<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>

<sup>12</sup> Disponible en [https://www.semarn.gob.mx/derecho\\_int\\_humanitario/protec\\_instit\\_artisticas.pdf](https://www.semarn.gob.mx/derecho_int_humanitario/protec_instit_artisticas.pdf).

<sup>13</sup> ESTRELLA FARIA, José Angelo, “UNESCO, UNIDROIT y la restitución de bienes culturales” en SÁNCHEZ CORDERO, Jorge A., (Ed.), *La Convención de la UNESCO de 1970*, Universidad Autónoma



tratado incluye todos los bienes culturales, no sólo aquellos inventariados, y declara que todo bien cultural robado debe ser restituido. Además otorga un tratamiento uniforme en cuanto a la restitución de objetos culturales robados o ilícitamente exportados y permite que se proceda con las demandas directamente a través de tribunales nacionales. Su objetivo es doble: por un lado, conseguir la *restitución* de aquellos bienes culturales que han sido robados, y por el otro, obtener la *devolución* de aquellos bienes culturales ilegalmente exportados. Así pues, este convenio genera, por un lado, una *acción procesal de restitución* del bien cultural robado y por el otro, una *acción de devolución* del bien cultural que ha sido ilegalmente exportado<sup>14</sup>.

### 3.2. Cooperación internacional para la restitución

Naciones Unidas encabeza la lucha de la comunidad internacional contra la delincuencia organizada, a través de la coordinación de las medidas de reacción ante este tipo de criminalidad y el establecimiento de un marco jurídico internacional para la cooperación entre los Estados, regulado en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y contra la Corrupción* (UNTOC o Convención de Palermo, de 2000)<sup>15</sup>, único instrumento internacional que da un tratamiento normativo a la delincuencia organizada con alcance universal, además de ser una de las Convenciones con mayor número de partes. De este modo, constituye una clara manifestación de la voluntad de los Estados de “(...) combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, *los delitos contra el patrimonio cultural* y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo”<sup>16</sup>. En esta lucha es fundamental la cooperación internacional y el intercambio de información entre los países, aunque existen dificultades de orden jurídico relacionadas con la identificación de la delincuencia con estos caracteres, especialmente cuando dentro de ella se han ensayado componentes de orden

de México, México, 2014, pp. 21-27. Véase también CARDUCCI, Guido, “Complémentarité entre les Conventions de l’UNESCO de 1970 et d’UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels”, *Uniform Law Review/ Revue de droit uniforme*, núm.11, 2006, pp.93-102.

<sup>14</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, “Derecho internacional privado y convenio UNIDROIT de 24 de junio de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, (en línea), núm. 108, 2004, p. 654, [https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/1995\\_Convention\\_spanish.pdf](https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/1995_Convention_spanish.pdf).

<sup>15</sup> Véase la Convención de Palermo (Anexo I) y su Preámbulo en la Resolución 55/25, aprobada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000, que está en vigor desde el 29 de septiembre de 2003. El texto también incorpora diferentes protocolos para la prevención, la represión y la sanción de la trata de personas, combatir el tráfico ilícito de migrantes y luchar contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

<sup>16</sup> *Ibidem*, Preámbulo, p.2. La cursiva es nuestra.

social desde diferentes campos científicos<sup>17</sup>. En todo caso, este tratado dedica especial atención a uno de los aspectos más novedosos e importantes en la lucha contra estas actividades delictivas: *la recuperación de los activos producto del delito*. Para ello, las partes se comprometen a adoptar medidas internas y crear organismos que permitan el *decomiso de estos bienes*, así como establecer *mecanismos de recuperación* mediante la cooperación internacional para fines de decomiso. Medidas todas ellas que tienen que ser compatibles con los principios de legalidad y carga de la prueba, principios que operan en los sistemas nacionales y son decisivos para garantizar la eficacia de la cooperación y asistencia internacional, en particular respecto al principio de doble incriminación y reciprocidad<sup>18</sup>. Y, en este sentido, la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su resolución 10/7<sup>19</sup> *alienta* a las partes a fortalecer esta *cooperación* por medio de diversos mecanismos: por un lado, la *investigación* y el *enjuiciamiento* de las personas implicadas en las actividades de tráfico ilegal y la asistencia judicial recíproca y la extradición, de conformidad con la legislación de los Estados cooperantes y con arreglo al derecho internacional aplicable. Y, por otro lado, potencia la cooperación de los Estados partes con las organizaciones regionales e internacionales, a través del *intercambio de información* sobre sus experiencias, *buenas prácticas* y *retos*, tales como las lagunas y los obstáculos a la cooperación internacional que hayan encontrado respecto a los delitos contra los bienes culturales y delitos conexos, y en relación con la aplicación de las Directrices Internacionales sobre las Respuestas de Prevención del Delito y Justicia Penal al Tráfico de Bienes Culturales y Otros Delitos Conexos<sup>20</sup>. Todo ello con la finalidad de poder valorar la idoneidad de los instrumentos internacionales existentes al respecto y plantear otras opciones de mejora del marco de cooperación internacional. Además, hace un llamamiento a las partes para mejorar y fortalecer los programas y la cooperación nacional, regional e internacional para prevenir, combatir y sancionar el tráfico de bienes culturales y otros delitos contra los bienes culturales que estén comprendidos en el ámbito de la Convención, con los instrumentos jurídicos establecidos en las legislaciones internas: la

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel, “El derecho internacional, los ODS y la lucha contra el crimen transnacional”, en VERDIALES LÓPEZ, Diana Marcela (Coord.), DÍAZ BARRADO, Cástor M. (Dir.) y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Dir.), *Objetivos de desarrollo sostenible y Derechos humanos; paz, justicia e instituciones sólidas. Derechos Humanos y empresas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 2018, pp.204-205.

<sup>18</sup> Convención de Palermo, arts. 13, 18 y 30. Véase también el Informe del Grupo de Trabajo sobre recuperación de activos, Viena, 25-26 Agosto 2016, Naciones Unidas, Doc. CAC/COSP/WG.2/2016/4.

<sup>19</sup> Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su décimo período de sesiones, celebrado en Viena del 12 al 16 de octubre de 2020. Resolución 10/7 “Lucha contra la delincuencia organizada transnacional que afecta a los bienes culturales”, CTOC/COP/2020/10, de 3 de noviembre de 2020, párr. 4-7, [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/COP/SESSION\\_10/Resolutions/Resolution\\_10\\_7\\_-\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/COP/SESSION_10/Resolutions/Resolution_10_7_-_Spanish.pdf)

<sup>20</sup> Asamblea General: A/RES/69/196, “Directrices Internacionales sobre las Respuestas de Prevención del Delito y Justicia Penal al Tráfico de Bienes Culturales y Otros Delitos Conexos”, de 26 de enero de 2015.

extradición, la asistencia judicial recíproca, la identificación, la incautación y el decomiso de los bienes culturales que hayan sido objeto de tráfico, exportación o importación ilícitas, el robo, el saqueo, la excavación ilícita o el comercio ilícito y la devolución o restitución de esos bienes culturales, así como la investigación y el enjuiciamiento de esos delitos y la recuperación del producto de estos; además de pedir un uso efectivo de la Convención como base jurídica de esa cooperación internacional, en los casos en que proceda. Finalmente, la resolución recoge un conjunto de recomendaciones para los miembros, destinadas a facilitar la cooperación, junto con el uso de diversas herramientas que ponen a su disposición las TIC:

- a) Elaborar listas o inventarios de los bienes culturales robados o extraviados, junto con su publicación con la finalidad de facilitar su identificación;
- b) Para ello, las partes deben emplear las herramientas puestas a su disposición. En este sentido, debemos destacar las siguientes en el marco de la cooperación internacional:
  - i) Las *Listas rojas* del Consejo Internacional de Museos (ICOM)<sup>21</sup>.
  - ii) La *base de datos* de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) sobre obras de arte robadas<sup>22</sup>.
  - iii) La *red ARCHEO*, de intercambio de información de la Organización Mundial de Aduanas (OMA)<sup>23</sup>, para facilitar las actuaciones de los órganos encargados de hacer cumplir la ley.
  - iv) El portal de gestión del conocimiento *SHERLOCK (Sharing Electronic Resources and Laws on Crime)*<sup>24</sup>, iniciativa desarrollada

<sup>21</sup> Se trata de listas representativas de tipos o categorías globales de bienes, que generalmente ya están protegidos por las legislaciones estatales y están presentes en estas listas porque corren un grave riesgo de ser objeto de tráfico ilícito. Su objetivo es ayudar a los funcionarios de aduanas y a la policía, así como a los marchantes y coleccionistas de obras de arte, a reconocer tales objetos y disuadir a los posibles compradores de adquirirlos si no van acompañados de los documentos legales que muestren su identificación y procedencia. Sobre esta cuestión véase LA TORRE JUÁREZ, Beatriz, “El tráfico ilícito de bienes culturales: marco jurídico”, Trabajo fin de grado, Universidad de Jaén, 2018, pp. 17-29, La relación de estos bienes culturales que forman parte de las Listas rojas se puede consultar en la base de datos del ICOM (Consejo internacional de museos) <https://icom.museum/es/recursos/red-lists/#:~:text=NOTA%20IMPORTANTE%3A%20Una%20Lista%20Roja,m%C3%A1s%20vulnerables%20al%20tr%C3%A1fico%20il%C3%ADcito>.

<sup>22</sup> El acceso a esta base de datos requiere registrarse en esta página: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contral-patrimonio-cultural/Base-de-datos-sobre-obras-de-arte-robadas>.

<sup>23</sup> Según datos de 2019, el número de usuarios de esta plataforma se incrementó hasta los 270 de 100 países en esa fecha, comparados con los 236 usuarios de 90 países en el período anterior de los que se tenían datos. ARCHEO es usada tanto para enviar alerta y avisar sobre posible tráfico como en el momento de las investigaciones para prestar apoyo a las indagaciones sobre la identificación de bienes culturales. Cabe destacar el número creciente de solicitudes que recibe de los países para que se les restituyan los bienes culturales incautados por las administraciones de Aduanas. Fuente: <https://mag.wcoomd.org/magazine/wco-news-90/compliance-and-enforcement/>

<sup>24</sup> SHERLOC contiene cinco bases de datos, a saber: jurisprudencia, legislación, bibliografía, estrategias y tratados. Todos los recursos alojados en SHERLOC abarcan una amplia gama de temas en los

por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para facilitar la difusión de información relativa a la aplicación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y sus tres Protocolos<sup>25</sup>.

Asimismo, la cooperación administrativa para hacer frente al contrabando de bienes culturales está regulada en el *Convenio de Nairobi de Asistencia Mutua Administrativa para prevenir, perseguir y reprimir las infracciones aduaneras* (Convenio de Nairobi) de 1977, adoptado bajo el paraguas de la OMA<sup>26</sup>, vigente desde 1980 y de carácter multilateral, que aunque no ha sido suscrito con carácter general, destaca su impulso a la cooperación aduanera internacional<sup>27</sup>. Su anexo XI, “Asistencia en la lucha contra el contrabando de obras de arte, antigüedades y otros bienes culturales”, se dedica a la prevención y represión de la exportación fraudulenta de obras de arte, antigüedades y otros bienes culturales. Reconoce la importancia de la Convención UNESCO e invita a desarrollar una *asistencia administrativa recíproca* para combatir el contrabando de obras de bienes culturales. El Convenio también es aplicable a las operaciones financieras basadas en el contrabando de bienes culturales. Para ello, la asistencia administrativa comprende: el intercambio de información por las administraciones aduaneras a iniciativa propia; la asistencia a las solicitudes de vigilancia; las investigaciones a petición de una de las Partes; la actuación de los funcionarios de aduanas de una de las Partes en el territorio de otra de las Partes (comparecencia ante órganos jurisdiccionales y participación en las investigaciones); y la puesta en común de información sobre personas, métodos de contrabando, a compartir con la UNESCO y la Interpol cuando proceda<sup>28</sup>.

Más recientemente, debemos señalar los esfuerzos encaminados a tipificar como delito el tráfico ilícito de bienes culturales y armonizar las diversas legislaciones penales nacionales a través de la adopción de la *Convención del Consejo de Europa sobre los Delitos relacionados con Bienes Culturales* (Convención de Nicosia), de 3 de mayo de 2017, de carácter penal y con vocación

---

siguientes quince tipos diferentes de delitos: participación en un grupo delictivo organizado, corrupción, falsificación, tráfico de drogas, blanqueo de dinero, obstrucción a la justicia, cibercriminología, piratería y delitos marítimos, contrabando de migrantes, tráfico de personas, tráfico de bienes culturales, delitos contra la vida silvestre (incluidos bosques y pesca) y productos médicos. Véase <https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>; y también BOZ, Zeynep, *Lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Un conjunto de herramientas para las autoridades judiciales y las fuerzas del orden europeas*, UNESCO, 2018, p.94.

<sup>25</sup> Resolución 10/7, *cit.*, párr. 7-9.

<sup>26</sup> OMA, Convenio internacional sobre asistencia administrativa mutua para la prevención, la investigación y la represión de delitos aduaneros, Nairobi, 9 de junio de 1977, <https://www.wcoomd.org/~media/wco/public/global/pdf/about-us/legal-instruments/conventions-and-agreements/nairobi/nai-reng1.pdf?la=en>

<sup>27</sup> ABAD CARRASCO, María Vicenta, “La asistencia mutua y el intercambio de información entre Administraciones Aduaneras”, *Cuadernos de Formación*, vol. 3, 2007, p.6. [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/03\\_01.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/03_01.pdf).

<sup>28</sup> BOZ, Zeynep, *op. cit.*, pp.41-42.

universal, puesto que está abierta a la adhesión de países no miembros<sup>29</sup>. Este Convenio, en el caso de ser ampliamente ratificado, ayudaría a complementar el sistema actual, puesto que prevé medidas innovadoras destinadas a la armonización de las leyes penales nacionales, al instar a sus Partes a tipificar como delito las excavaciones ilícitas, la importación, la exportación, la comercialización y la adquisición de bienes culturales robados, excavados o exportados ilegalmente, la falsificación de documentos, la destrucción y el daño y también la ayuda y tentativa en relación con cualquiera de estos actos delictivos. Además, pide a las partes que garantice que el delito de robo y otras formas de apropiación ilícita establecido en sus legislaciones penales se apliquen a los bienes culturales muebles<sup>30</sup>. Todos estos instrumentos persiguen facilitar la cooperación internacional entre los países miembros, de conformidad con su derecho interno, siguiendo los pasos que ya en su día iniciaron las Naciones Unidas con la resolución 2347 (2017), que reconoce el papel indispensable de la *cooperación internacional* en las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal para combatir el tráfico ilícito de bienes culturales. Además, la resolución pide a las partes que utilicen todas las formas de cooperación posibles y con distintos actores internacionales para conseguir la devolución, restitución, repatriación en relación con los bienes culturales objeto de tráfico, exportación, importación, robo, saqueo, excavación o comercio ilícito, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos y también con la Convención de Palermo y los acuerdos pertinentes<sup>31</sup>.

#### 4. REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: LA LABOR PREVENTIVA DE LA DIRECTIVA 2014/60/UE

En el ámbito de actuación de una organización regional como la UE, el derecho derivado que regula el régimen jurídico de las importaciones y la restitución de bienes culturales en el interior del mercado interior europeo se desarrolló tomando como base jurídica las convenciones internacionales impulsadas por la UNESCO, en especial la Convención de 1970, así como las normas de derecho privado establecidas en el Convenio UNIDROIT de 1995, además de la acción de otros organismos internacionales no gubernamentales, como el ICOM, impulsor como acabamos de ver de las *Listas Rojas*,

<sup>29</sup> Art. 28 de la Convención del Consejo de Europa sobre los Delitos relacionados con los Bienes Culturales, 19 de mayo de 2017, <https://rm.coe.int/1680734515>. Por el momento, ha sido firmada por 13 países: Italia, México, Armenia, Chipre, Grecia, Letonia, Montenegro, Portugal, Rusia, San Marino, Eslovenia, Ucrania y Hungría y ratificada por cinco: Chipre (2017), México (2018), Grecia y Hungría (2021) e Italia (2022).

<sup>30</sup> BOZ, Zeynep, *op. cit.*, pp.47-48. Véase también COMISIÓN EUROPEA, "Illicit trade...", *op.cit.*, p.148.

<sup>31</sup> S/RES/2347 (2017), de 24 de marzo de 2017, párr. 10-12. Véase en el mismo sentido, S/RES/ 2199 (2015), S/RES/ 2253 (2015), S/RES/ 2322 (2016), S/RES/ 2462 (2019) y, más recientemente, S/RES/ 2617 (2021), de 30 de diciembre de 2021, párr. 32.

la última de ellas elaborada para la protección de los bienes culturales de Ucrania<sup>32</sup>.

La finalidad de las normas de la Unión que regulan el comercio de bienes culturales en el mercado interior europeo es claramente *preventiva*, y se alinea con el objetivo de la Convención UNESCO cuando establece las obligaciones de los países respecto a la adopción de medidas, tanto en materia de prevención del tráfico ilícito, como respecto a la restitución de los bienes que sean incautados a sus países de origen<sup>33</sup>. En este sentido, el art. 9 de la Convención recoge la obligación de los Estados parte de “(...) participar en cualquier operación internacional concertada en esas circunstancias, para determinar y aplicar las medidas concretas necesarias, incluso el control de la exportación, la importación y el comercio internacional (...)”, de los bienes culturales afectados. Todas estas medidas preventivas serán útiles para aplicar en tiempos de guerra y también en tiempos de paz, con el objetivo de evitar el tráfico ilícito de bienes culturales. De ahí que sea determinante la actuación preventiva de los países, por medio de la documentación y registro del patrimonio, con la intención de prevenir posibles y futuros daños que pueda causar, por ejemplo, un conflicto bélico<sup>34</sup>. Igualmente, tanto la *Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954*<sup>35</sup> —que recoge las medidas preventivas en general junto con su Segundo Protocolo de 1999<sup>36</sup>—, como la Convención UNESCO —que especifica el deber de crear inventarios nacionales de patrimonio cultural para paliar los efectos negativos sobre el mismo—, incorporan en su articulado, de una forma u otra, la necesidad de tomar este tipo de medidas de salvaguardia en

---

<sup>32</sup> La experiencia acumulada en contiendas bélicas del pasado deja entrever claramente que es necesario poner coto e impedir el tráfico ilícito de bienes culturales de Ucrania, debido a los riesgos que la guerra puede suponer para dicho patrimonio. El ICOM lleva a cabo una relevante iniciativa que ya ha puesto en práctica en Afganistán (2006), Iraq (2003 y 2015), Mali (2016) y Yemen (2018), mediante la elaboración de lo que denomina “Emergency ICOM Red List of Cultural Heritage at Risk”, la última de ellas para Ucrania. Véase TORRES CAZORLA, María Isabel, “Protección de bienes culturales en caso de guerra: el caso de Ucrania” en QUESADA SÁNCHEZ, Antonio J. (Dir.) *El Derecho desde otra óptica: la cultura como cristal con que se mira*, Colección Cultura y Derecho, Editorial Colex: A Coruña, 2022, pp. 446-447.

<sup>33</sup> Arts.5 a 14 de la Convención de 1970, *cit.*

<sup>34</sup> Tal y como explica Lázaro Feo, es necesario adoptar medidas de salvaguarda previas para proteger los bienes y facilitar la recuperación de las piezas saqueadas después de un conflicto bélico, en especial, a través de un registro central digitalizado, que podría estar gestionado por la UNESCO. LÁZARO FEO, Ana L., “Preparación del patrimonio cultural de la Tierra para el riesgo de un conflicto armado: documentación y registro para su protección. I Simposio anual de Patrimonio Natural y Cultural ICOMOS España”, 21- 23 de noviembre, 2019, Madrid, pp. 53-54, DOI: <https://doi.org/10.4995/icomos2019.2020.11447>.

<sup>35</sup> Instrumento de Ratificación del *Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, BOE, núm. 82, de 24 de noviembre de 1960, p. 16189.

<sup>36</sup> Instrumento de Ratificación del *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999. BOE, núm. 77, de 30 de marzo de 2004, p. 13410.



tiempos de paz<sup>37</sup>. Estas convenciones han constituido el fundamento jurídico internacional para la adopción de la Directiva 2012/4/UE relativa a la restitución de bienes culturales importados o exportados de manera ilícita dentro del mercado interior europeo.

#### 4.1. Antecedentes y objetivos

La primera Directiva que se adoptó para regular el tráfico de bienes culturales<sup>38</sup> en el mercado interior fue la Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hubieran salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, ya sin vigencia en el derecho de la Unión, y cuya regulación se limitaba a establecer unos listados de bienes, junto con sus valoraciones. La norma también establecía medidas para la cooperación administrativa y policial<sup>39</sup> entre las autoridades de los EEMM, con el fin de obtener la restitución física efectiva del bien exportado ilegalmente, independientemente de quién fuera su poseedor o quien fuese su titular. En el momento de su adopción y con la finalidad de determinar la infracción, se tomaba como referencia el Reglamento 3911/92/CEE, norma que regulaba las exportaciones de bienes culturales<sup>40</sup>. El Anexo de la Directiva 93/7/CEE contiene las categorías de bienes a los que se aplica este régimen jurídico, además de los bienes clasificados como parte del patrimonio nacional de los EEMM, y que forman parte de colecciones públicas o inventarios de instituciones eclesiásticas, pero que quedan fuera de las categorías establecidas en el Anexo. En todo caso, su aplicación demostró las carencias de esta norma, debido a las bajas cifras de comunicación de restituciones, lo que evidenció la escasa cooperación y consulta entre las autoridades centrales nacionales sobre esta cuestión. Igualmente, el *Segundo informe sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE*<sup>41</sup> mostraba su falta de aplicación, puesto

<sup>37</sup> Véase JULIÀ BARCELÓ, María, “La acción exterior de la Unión Europea en la protección del patrimonio cultural: especial referencia a la Política Común de Seguridad y Defensa”, *RDCE*, núm. 71, 2022, pp. 70-77.

<sup>38</sup> Sobre la regulación inicial del régimen de importaciones, exportaciones y restitución de bienes culturales, véase IRALA HORTAL, Pilar “Sobre la protección del patrimonio cultural frente a las exportaciones e importaciones ilícitas”, *STUDIUM Revista de Humanidades*, núm. 14, 2008, pp.307-309. Véase también BRUFAO CUIEL, Pedro, *op.cit.*, pp. 88-100.

<sup>39</sup> Sobre las formas de cooperación judicial y policial, así como el reconocimiento mutuo de normas y resoluciones judiciales en los países miembros de la UE, véase SABEL DEL ESTAL, Mercedes, “Circulación y tráfico de bienes culturales en la Unión Europea”, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 3, 2014, pp. 128142; IRURZUN MONTORO, Fernando y MAPELLI MARCHENA, Clara, “La cooperación policial y judicial penal en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en la unión europea”, *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp.101-120.

<sup>40</sup> ÁLVAREZ JIMÉNEZ, José Ignacio, “La protección del patrimonio cultural europeo frente a la exportación ilegal”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, 2010, pp. 13-40.

<sup>41</sup> “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 21 de diciembre de 2005, Segundo informe sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro”, COM (2005) 675 final.



que entre los años 1999 y 2003 los países de la Unión sólo comunicaron cinco restituciones de mutuo acuerdo y tres solicitudes de restitución por vía judicial. Las causas que dificultaron su aplicación fueron diversas y se debieron a las restricciones relativas a la antigüedad y al valor pecuniario presentes en las categorías del Anexo de la Directiva; a la indeterminación de los órganos encargados de tasar el valor económico; a los problemas de interpretación sobre la referencia a las colecciones nacionales y, en especial, a la brevedad del plazo (un año) en el que podían presentarse demandas de restitución, así como a los elevados costes relacionados con estas demandas. A ello se unía la necesidad de mejorar la estructuración de la cooperación administrativa y de la información que las autoridades deben intercambiar, como elementos que podrían mejorar los resultados de la aplicación de estas normas<sup>42</sup>. Todo ello contrastaba enormemente con el uso que hacía España del procedimiento de autorizaciones para realizar exportaciones temporales que eran parte de colecciones permanentes de museos o de otras instituciones durante el período 2011-2013, que alcanzó la cifra de 398 de un total de 472 (84% del total de los EEMM)<sup>43</sup>.

Actualmente el régimen jurídico de la *importación, exportación y tránsito* de bienes culturales dentro del mercado interior europeo está regulado en el Reglamento 116/2009/UE, de 18 de diciembre de 2008 *relativo a la exportación de bienes culturales, que establece un procedimiento común de medidas administrativas y legales a la exportación de los bienes culturales fuera de la Unión*, aplicable a todos aquellos bienes culturales creados o descubiertos en el territorio aduanero de la UE<sup>44</sup>. Y el régimen jurídico relativo a la *restitución* de bienes culturales se recoge en la Directiva 2014/60/UE, de 15 de mayo de 2014, *relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro*,<sup>45</sup> cuya finalidad general intenta concili-

---

<sup>42</sup> Véase el “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 25 de mayo de 2000, sobre la aplicación del Reglamento (CEE) n.º 3911/92 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales y de la Directiva 93/7/CEE del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro”, COM/2000/0325 final.

<sup>43</sup> TORRES CAZORLA, María Isabel, “La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y obras de arte: en pos de este objetivo en la Unión Europea y sus implicaciones para España” en ALCALDE-FERNÁNDEZ, Joaquín (ed. lit.) y PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (ed. lit.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1368.

<sup>44</sup> Reglamento 116/2009/UE, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la exportación de bienes culturales (versión codificada), DO L 39, de 10 de febrero de 2009, p.1.

<sup>45</sup> Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, DO L 159, de 28 de mayo de 2014, p.1. Sobre su aplicación en España por medio de la Ley 1/2017, de 17 de abril, véase RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del patrimonio. A propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril y la transposición de la Directiva 2014/60/UE”, *RGDE*, núm. 43, 2017, pp. 326-348. Y también PONS PORTELLA, Miquel, *op. cit.*, pp.3-33; GONZÁLEZ SUÁREZ, Marta, *op. cit.*, pp. 129-140; ELVIRA BENAYAS, María Jesús, “Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre la restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017”, *REDI*, vol. 70, núm. 1, 2018, pp. 181-200.

liar la libre circulación de bienes culturales con la protección del patrimonio nacional de los EEMM dentro del mercado interior y, de este modo, prevenir y evitar el expolio y el tráfico ilícito de estos bienes. La Directiva persigue otros objetivos más concretos: por un lado, reducir los plazos para ejercer la acción de restitución y, por el otro, reducir los problemas que plantea una aplicación judicial uniforme o equivalente entre las jurisdicciones nacionales de los países miembros, en especial, en el momento de determinar la compensación que debería recibir el poseedor del bien a restituir; además de la determinación del tribunal competente y los elevados costes financieros del procedimiento, que escapan de la competencia normativa de la Unión. Estas cuestiones justifican la necesidad de establecer unas normas comunes de coordinación que pretenden, por encima de todo, conseguir la cooperación de los Estados para conseguir las restituciones amistosas de estos bienes<sup>46</sup>.

#### 4.2. **Ámbito de aplicación *ratione temporis* y ámbito de aplicación material**

La Directiva 2014/60/UE se aplica a todas aquellas salidas ilegales del territorio de los EEMM que se hayan producido a partir del 1 de enero de 1993 (art.14), si bien deja la puerta abierta a ampliar su ámbito de aplicación también a salidas de bienes producidas con anterioridad, si así lo deciden los Estados (art. 15.2), como ha sucedido en algunos casos, tal y como indica la Comisión Europea en el *Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2014/60/UE, de 2021 (Primer Informe)*<sup>47</sup>. Por otro lado, la Directiva amplía su ámbito de aplicación material, puesto que es aplicable a todo bien cultural que cumpla las dos condiciones siguientes: a) el bien cultural debe estar clasificado o definido por el país de la Unión —en virtud de la legislación o los procedimientos administrativos nacionales—, como patrimonio nacional,<sup>48</sup> y b) debe poseer valor artístico, histórico o arqueológico, en el sentido del art. 36 del TFUE. De este

---

<sup>46</sup> Véase el “Cuarto Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hubieran salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro”, COM (2013) 310 final, de 30 de mayo de 2013.

<sup>47</sup> Dos de los EEMM (el informe no identifica a los países) han incluido en su legislación la aplicación del ámbito temporal y uno con una fecha límite de enero de 1960. Otro de los miembros está a favor de una norma general de la Unión que suprima la referencia de 1993 como fecha límite, sobre todo en relación con los objetos arqueológicos saqueados y exportados ilícitamente. Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, “Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (refundición)” Bruselas, 18 de noviembre de 2021, COM (2021) 705 final, p.6.

<sup>48</sup> La consideración de un bien como parte del patrimonio cultural nacional queda en manos de las legislaciones estatales, que determinan cuáles son los bienes susceptibles de protección jurídica y en qué grado. En España esta regulación consta en la Ley del Patrimonio Histórico Español (LPHE) y el RD 111/1986. Véase HERRERAS HIGÓN, Ana, “Regulación y protección de la exportación lícita de bienes culturales en la Ley de Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 2018, p. 402.

modo, se abarcan todos aquellos bienes que posean un interés o valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático o científico, con independencia de que formen parte de una colección pública o de otra índole, o de que sean objetos aislados y de que provengan de excavaciones legales o clandestinas, a condición de que estén clasificados o definidos como *patrimonio nacional* por las legislaciones de los EEMM. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Directiva, aquellos bienes culturales calificados o definidos como patrimonio nacional ya no necesitan pertenecer a ninguna categoría, ni deben ajustarse a determinados umbrales relacionados con su antigüedad, ni con su valor financiero, para cumplir con los requisitos de su restitución, a diferencia de lo que exigía la antigua Directiva 93/7/CEE<sup>49</sup>. Del mismo modo, y con la finalidad de facilitar y garantizar la restitución de los bienes culturales que han salido ilícitamente del territorio de la Unión, o no han sido devueltos en el plazo y condiciones establecidos, la UE y los países miembros se comprometen a trabajar teniendo en mente el *principio de cooperación leal* (art. 4.3 TUE), que rige el funcionamiento de la Unión. En este sentido, existe un deber de respeto y asistencia mutua entre la UE y los EEMM para el cumplimiento de las obligaciones previstas en los Tratados y, por extensión, en el derecho de la Unión- en este caso la aplicación de la Directiva 2014/60/UE que regula la restitución de los bienes culturales-. Y, por ello, y en aplicación de este principio, respecto a la Directiva, los EEMM deberían:

- a) Adoptar todas las medidas generales o particulares que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Directiva<sup>50</sup>.
- b) Ayudar a la Unión en la consecución de sus objetivos. En este caso, en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, lo que supone establecer las medidas nacionales necesarias para garantizar la restitución de los bienes culturales que han salido ilícitamente del territorio de un país miembro.
- c) Abstenerse de todas las medidas que puedan poner en peligro la consecución de estos objetivos.

Asimismo, esta cooperación debe complementarse con el *principio de reconocimiento mutuo* de las legislaciones de los EEMM. En caso necesario y con el fin de facilitar la restitución de bienes culturales, los países miembros deberían reconocer las legislaciones internas del resto de miembros, para

---

<sup>49</sup> Antecedentes (8) y (9) de la Directiva 2014/60/UE, *cit.*

<sup>50</sup> Tal y como ha reconocido el TJUE: “los Estados miembros, conforme al artículo 4 TUE, apartado 3, están obligados a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que consiste, en particular, según el artículo 17 TUE, apartado 1, en velar por la aplicación de las disposiciones del TFUE, así como las disposiciones adoptadas por las instituciones de la Unión en virtud de este (...)”. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de marzo de 2017, *Comisión c. España*, asunto C-563/15, EU:C:2017:210, apdo. 21. Véase también la sentencia de 26 de abril de 2007, *Comisión c. Italia*, asunto C-135/05, EU:C:2007:250, apdo. 27.

evitar que se generen trabas y obstáculos, cosa harto frecuente en la práctica, sobre todo en el ámbito de la cooperación judicial y penal<sup>51</sup>.

### 4.3. Procedimiento de restitución

El procedimiento de restitución está basado en la cooperación entre las autoridades nacionales de los Estados de la Unión (en aplicación del *principio de cooperación leal* del art. 4 TUE) y el *principio de subsidiariedad* (art.5 TUE), tal y como reconoce el antecedente (20) de la Directiva 2014/60/UE. En este sentido, la Unión parte de la evidencia que está legislando sobre una materia que es competencia de los EEMM pero, al mismo tiempo, las medidas que estos deben adoptar para garantizar la restitución de los bienes culturales objeto de tráfico ilícito no pueden alcanzarse de manera suficiente por cada país miembro de manera individual, sino que es necesaria una actuación global de la Unión, de ahí la invocación del *principio de subsidiariedad* (art. 5.3 TUE), cuyo límite, por otro lado, se encuentra en el *principio de proporcionalidad* (art. 5.4 TUE), puesto que la Unión debe limitarse a establecer aquellas medidas que sean necesarias para conseguir el objetivo de la restitución<sup>52</sup>. De este modo, el procedimiento debe iniciarse en uno de los EEMM, en los que el país miembro que reclama contra el *poseedor*<sup>53</sup> o *tenedor*<sup>54</sup> del bien interpondrá una acción de restitución ante los tribunales competentes del país miembro requerido, siempre y cuando el bien requerido haya salido ilegalmente de su territorio. Para que la demanda sea admitida y prospere ante el tribunal debe ir acompañada de dos documentos: a) el primero tiene que describir el bien reclamado al tiempo que certificar que se trata de un bien cultural; y b) el segundo es una declaración de las autoridades competentes del Estado miembro requirente conforme el bien cultural ha salido de su territorio de forma ilegal (art. 6 de la Directiva).

El procedimiento seguirá con la intervención de las autoridades nacionales competentes y la regulación de cómo debe llevarse a cabo el proceso de comunicación e intercambio de información entre los EEMM. Así, el art. 7 de la Directiva establece que la autoridad nacional competente debe informar a la autoridad central competente del país requirente de la presentación de la demanda para la restitución del bien en cuestión. Y la autoridad central com-

<sup>51</sup> IRURZUN MONTORO, Fernando y MAPELLI MARCHENA, Clara, "La cooperación policial y judicial penal en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea" *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 100-120.

<sup>52</sup> Aun así, la UE dispone de un grado de apreciación amplio cuando se trata de aplicar medidas que comporten un análisis de naturaleza técnica y, en este sentido, el control que ejerce el TJUE es poco incisivo. Véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, 4ª edición, Marcial Pons: Madrid, 2022, pp. 146-147.

<sup>53</sup> *Poseedor*: la persona que tiene la posesión material del bien cultural por cuenta propia, art. 2, literal 6 de la Directiva 2014/60/UE, *cit*.

<sup>54</sup> *Tenedor*: la persona que tiene la posesión material del bien cultural por cuenta ajena, art. 2, literal 7 de la Directiva 2014/60/UE, *cit*.

petente debe informar, a su vez, y en virtud del principio de cooperación leal y el deber de información, a las autoridades centrales de los otros EEMM. De este modo se generará un intercambio de información que, según la Directiva, debe realizarse online, a través del *Sistema de Información del Mercado Interior* (IMI), sin perjuicio del uso de otros medios de comunicación complementarios. El art. 8 establece los plazos de prescripción de la acción de restitución. Esta es una de las novedades introducidas, ya que amplía los plazos para ejercer la acción de restitución. Se establece un plazo de tres años a partir del momento en que la autoridad competente del país miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o tenedor del bien. El plazo se amplía a treinta años a partir de la fecha en que el bien haya salido de forma ilegal del territorio del Estado miembro requirente. Este plazo se aplica a los bienes privados. Si se trata de bienes públicos o eclesiásticos que gocen de un régimen especial según la legislación nacional, el plazo se amplía a setenta y cinco años, excepto en los países donde la acción sea imprescriptible o en el marco de acuerdos bilaterales entre EEMM en los que se establezca un plazo superior a los setenta y cinco años<sup>55</sup>. Corresponderá, como es lógico, al tribunal competente del Estado miembro donde se ejerce la acción de restitución ordenar la restitución del bien cultural en cuestión (art. 9). Aun así, la Directiva no aborda el problema relativo a los bienes que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro y que podrían considerarse objeto de comercio legal en otro Estado miembro si su derecho nacional no impone ningún requisito de procedencia a tal efecto. El art. 10, que reconoce el derecho de indemnización al poseedor de buena fe, sólo se refiere a la procedencia cuando define el derecho del poseedor a una indemnización y, en este caso, exige al poseedor que pruebe que ha actuado con la debida diligencia en el momento de la adquisición del bien, en concreto, con la aportación de la documentación sobre la procedencia del bien, entre otros requisitos que se le exigen para que el país miembro al que se restituye el bien le pague la indemnización correspondiente. La Directiva traslada la carga de la prueba al poseedor que reclama la indemnización (art. 4.4 y 6.2 del Convenio UNIDROIT). Además de este problema no resuelto, la Comisión Europea ha puesto de relieve la incertidumbre creciente sobre la procedencia lícita de los bienes culturales en el mercado interior, como consecuencia del crecimiento y auge del comercio de arte en línea, lo que constituye un obstáculo para el desarrollo sostenible del mercado del arte en la UE<sup>56</sup>.

#### 4.4. Modalidades de cooperación para la restitución

Como ya se ha avanzado, la garantía de la restitución de los bienes culturales exportados o importados ilícitamente está estrechamente vinculada a

---

<sup>55</sup> Art. 8 de la Directiva 2014/60/UE, *cit.*

<sup>56</sup> COM (2021) 705 final, *cit.*, p.5.

la lucha contra la delincuencia organizada. Para ello, en el ámbito regional de la UE se han llevado a cabo diversas iniciativas. Las primeras, a través de la adopción de estrategias y planes de acción, cuya naturaleza jurídica las enmarca en el conjunto de actos de la Unión que forman parte del *soft law* de esta organización, y que están destinados a fomentar e impulsar la actuación de los EEMM, así como su cooperación para introducir en sus ordenamientos jurídicos internos los mecanismos adecuados para la restitución. En segundo lugar, a través de la adopción de la Directiva 2014/60/UE, cuya aplicación en los EEMM también ha comportado el diseño, sobre la base del principio de cooperación leal, de diversas modalidades de cooperación para su aplicación, todas ellas con el objetivo de hacer efectiva la restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito.

#### **4.4.1. Mecanismos de *soft law*: estrategias y planes de acción**

La garantía de la restitución dentro del mercado interior europeo de bienes culturales objeto de tráfico ilícito hace necesaria la cooperación internacional de la UE con otros actores internacionales, producto del compromiso asumido por la Unión y sus EEMM en el momento de incorporarse como Partes de la Convención de Palermo<sup>57</sup>. En este marco de relaciones internacionales tienen cabida un conjunto de estrategias y planes de acción elaboradas por la Comisión Europea y destinadas a propiciar la cooperación en la lucha contra el tráfico ilícito y garantizar la restitución de los bienes culturales.

En primer lugar, la *Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad*, para el período 2020-2025, recoge entre sus ámbitos prioritarios de actuación la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada<sup>58</sup>, marcando el camino a seguir en la lucha contra otras actividades relacionadas con la delincuencia organizada, entre ellas, el tráfico ilícito de bienes culturales. En ella la Comisión subraya la necesidad y asume el compromiso de mejorar la *trazabilidad en línea y fuera de línea de los bienes culturales dentro del mercado interior*, así como la cooperación, con ayuda de las TIC, con los terceros países origen de los bienes culturales saqueados y el apoyo activo a las autoridades policiales y académicas, aspectos que son esenciales para garantizar la restitución de bienes culturales y más teniendo en cuenta el auge del comercio electrónico. En esta lucha es esencial promover la cooperación y el intercambio de información y para ello es necesario reforzar el mandato de

<sup>57</sup> Véase la decisión 2004/7579/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, DO L 261, de 6 de agosto de 2004, p.69.

<sup>58</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones sobre la "Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad", Bruselas, 24 de julio de 2020, COM/2020/605 final. Se calcula que la pérdida económica debida a la delincuencia organizada y a la corrupción representa entre 218.000 y 282.000 millones de euros al año. Los beneficios de los grupos delictivos organizados en la UE se estiman en 110.000 millones de euros anuales.



Europol y desarrollar Eurojust con la finalidad de mejorar este intercambio de información entre las autoridades policiales y judiciales de los EEMM de la Unión. Al mismo tiempo, debe incrementarse la cooperación con otros Estados u organizaciones u organismos internacionales como la Interpol.

En segundo lugar, la *Estrategia de la UE contra la delincuencia organizada*, para el período 2021-2025<sup>59</sup>, marca el camino trazado por la Comisión, que seguirá apoyando el desarrollo de la capacidad entre los expertos en patrimonio cultural, así como su cooperación estructurada con las autoridades policiales y, en este sentido, la Comisión recomienda al Consejo el inicio de negociaciones con la Interpol con el fin de celebrar un acuerdo de cooperación entre la Unión y esta organización policial destinado a mejorar la cooperación. Para ello, la UE, como parte de la Convención de Palermo, ha incorporado las modificaciones necesarias en los Tratados para asegurar que la Fiscalía Europea pueda utilizar las normas de la Convención relativas a la asistencia jurídica recíproca para cooperar con las autoridades de terceros países. Además, la Comisión ha asumido el compromiso de estudiar la posibilidad de notificar a la Fiscalía Europea como autoridad responsable en el contexto de los acuerdos de cooperación de la Unión con terceros países existentes y, cuando sea necesario, valorará la posibilidad de iniciar negociaciones con determinados terceros países prioritarios<sup>60</sup>.

Finalmente, el *Plan de acción para combatir el tráfico ilícito de bienes culturales*, de 13 de diciembre de 2022<sup>61</sup>, destinado a combatir las consecuencias devastadoras para el patrimonio cultural que tiene el tráfico ilícito de bienes culturales, ya sea la financiación de las organizaciones delictivas o el blanqueo de capitales. Entre sus cuatro objetivos estratégicos se encuentra el de mejorar el intercambio de información y la cooperación (también con países no pertenecientes a la UE), en particular con aquellos países de origen y tránsito de bienes culturales inmersos en conflictos y crisis, además de mejorar la trazabilidad en línea y fuera de línea de los bienes culturales en el mercado interior, y cooperar con terceros países donde se saquearon bienes culturales. Para responder de manera efectiva a este delito, es necesario mejorar la supervisión y el intercambio de información, reforzar la cooperación policial y aduanera, fortalecer la cooperación sobre el terreno en relación con la justicia y los asuntos de interior y la Política Común de Seguridad y De-

---

<sup>59</sup> Comisión Europea, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025", Bruselas, 14 de abril de 2021, COM (2021) 170 final.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 10-11. En este sentido, la Unión y los EEMM tienen la firme determinación de reforzar el marco internacional que promueve el Estado de Derecho, la prevención de la delincuencia y la justicia penal, en particular participando activamente en los procesos en curso destinados a revisar la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<sup>61</sup> Comisión Europea, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al plan de acción de la UE contra el tráfico de bienes culturales", Bruselas, 13 de diciembre de 2022, COM/2022/800 final.



fensa (PCSD) y aprovechar los conocimientos especializados de los diversos agentes públicos y privados. En este caso, acceder rápidamente a arqueólogos e historiadores del arte puede contribuir a las investigaciones del tráfico ilegal de bienes culturales. Por ello la Comisión continuará apoyando el desarrollo de la capacidad entre expertos en materia de patrimonio cultural, en particular creando, con el apoyo de las TIC, una red de expertos a la que los EEMM puedan recurrir<sup>62</sup> en el marco de la *Plataforma Multidisciplinar Europea contra las Amenazas Delictivas* (EMPACT), que optimiza la coordinación y la cooperación en relación con las prioridades en materia de delincuencia que afectan a los EEMM, y cuyo objetivo es establecer una cooperación estructurada con la policía para facilitar las investigaciones y la financiación de proyectos relacionados con el tráfico ilegal de bienes culturales<sup>63</sup>. Igualmente, cabe destacar la recomendación de la Comisión a los EEMM para que firmen y ratifiquen la *Convención de Nicosia*, lo que supondría disponer de una lista de delitos penales unificados dentro del mercado interior que ayudaría en la lucha contra el tráfico ilícito<sup>64</sup>.

#### **4.4.2. Cooperación administrativa y Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)**

Las estrategias y el plan de acción que acabamos de ver requieren también de mecanismos administrativos adecuados para facilitar la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades nacionales de los EEMM, principalmente las aduaneras, con el fin de hacer efectivo el principio de *reconocimiento mutuo* cuando sea necesario y posible para facilitar la devolución de los bienes. La Directiva 2014/60/UE introduce diversas disposiciones para facilitar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes designadas por los EEMM. En primer lugar, el art. 4 establece la obligación de los EEMM de designar a una o varias autoridades centrales que desempeñen las funciones previstas en la norma y comunicar a la Comisión esta designación así como los cambios futuros que se produzcan al respecto<sup>65</sup>. Este sistema de cooperación está basado en una serie de actividades previstas en el art. 5.6 que utiliza como instrumento de cooperación y consulta entre los EEMM afectados un módulo del *Sistema de Información del Mercado Interior* (IMI).

<sup>62</sup> Ibidem, p.16. A través de la red EU CULTNET, con el fin de aprovechar todo su potencial para desarrollar medidas comunes como el acceso rápido de las fuerzas y cuerpos de seguridad a los conocimientos especializados necesarios de arqueólogos e historiadores del arte.

<sup>63</sup> A través de EMPACT, desde el 2010 las autoridades policiales y judiciales llevan a cabo las acciones de lucha contra la delincuencia a escala nacional, con el apoyo de las instituciones y agencias de la UE. Cuando es pertinente, intervienen también organizaciones de los sectores público y privado, organismos internacionales y terceros países. Fuente: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/07/03/organised-crime-2022-results-of-eu-wide-crime-fighting-actions-within-empact-published/>.

<sup>64</sup> COM/2022/800 final, cit., p.13 y16.

<sup>65</sup> La mayoría de estas "autoridades centrales competentes" están adscritas a los Ministerios de Cultura de los distintos EEMM. Esta lista ha sido publicada en el DO C 134, de 28 de abril de 2017, p. 4.

Así, cuando uno o varios bienes culturales hayan salido ilegalmente de otro país miembro el *procedimiento administrativo* empezará con la intervención de diferentes organismos nacionales que deberán llevar a cabo las siguientes actividades de cooperación entre países miembros:

- Buscar los bienes culturales a petición del Estado miembro requirente.
- Notificar del descubrimiento de bienes culturales en el territorio de los EEMM.
- Comprobar o verificar, —es decir, identificar y llevar a cabo la investigación archivística necesaria por parte de las autoridades competentes del Estado requirente—, el carácter de los bienes que se encuentran en territorio de otros EEMM.
- Adoptar todas las medidas necesarias, es decir, *cooperar*, para garantizar la conservación material del bien cultural.
- Adoptar todas aquellas medidas provisionales y de precaución para evitar que este bien cultural se sustraiga al procedimiento de restitución.
- Hacer uso de la mediación diplomática, en caso necesario (art. 5.6) y facilitar y promover una solución amistosa, que puede dar lugar a:
  - i) una mediación/coordinación administrativa precontenciosa no obligatoria destinada a alcanzar una solución amistosa;
  - ii) facilitar un método alternativo de solución de diferencias, y
  - iii) facilitar la aplicación de un procedimiento de arbitraje.

Para poder llevar a cabo estas tareas es preciso también establecer diversos tipos de contactos entre las autoridades competentes de los EEMM, en función de las actividades a realizar. En el caso del uso de la vía diplomática por medio de la mediación, cuando la utilización por las partes interesadas de la cooperación precontenciosa entre las autoridades competentes a que se refiere el artículo 5.6 de la Directiva no sea obligatoria en todos los EEMM, dicha cooperación se considera la forma preferente de trabajar en conjunto<sup>66</sup>. Para asegurar que la cooperación dé sus frutos es necesario garantizar que fluya una correcta cooperación entre las autoridades nacionales de los países miembros, puesto que intervienen diversos organismos en la identificación de los bienes culturales, la investigación archivística, el establecimiento de contactos entre países, las solicitudes de embargo del bien cultural o la mediación. Al respecto, los Estados mantienen contactos regulares para el intercambio de información. Asimismo, existen diversos tipos de órganos na-

---

<sup>66</sup> COM (2021) 705 final, *cit.*, p. 9. Según la Comisión Europea, la valoración de la cooperación entre las autoridades de los EEMM tiene aún margen de mejora, sobre todo respecto al tratamiento de la información y cómo se comparte la misma.

cionales fundamentales para la lucha contra el tráfico ilícito y garantizar la restitución, que deben intervenir:

1. Fuerzas del orden y ministerios de interior. La cooperación entre ambos organismos es fundamental, tanto a nivel nacional como internacional, para obtener una visión global del tráfico ilícito de bienes culturales en el mercado interior. Es necesario disponer de datos comparativos relativos a los bienes culturales respecto a las redes sociales y la delincuencia organizada, en particular la lucha contra este fenómeno en la denominada “red oscura”.
2. Autoridades aduaneras. La legislación aduanera de la UE y sus modificaciones posteriores y más recientes han reforzado los controles aduaneros de los bienes culturales, a través del Reglamento 116/2009 sobre exportación de bienes culturales<sup>67</sup>, y del Reglamento 2019/980/UE sobre la introducción e importación de bienes culturales que proceden de fuera del territorio aduanero de la Unión<sup>68</sup>. Según la Comisión, este refuerzo en la cooperación a través de estas normas fomenta la cooperación entre las aduanas y también entre los ministerios de Cultura, lo que podría redundar también en la aplicación de la Directiva.
3. Autoridades policiales, autoridades culturales y ministerios de asuntos exteriores. Los tres organismos llevan a cabo operaciones de comunicación conjunta respecto a la restitución de bienes culturales a su país de origen, sobre todo en el contexto de los procedimientos resultantes de las incautaciones aduaneras. Esta cooperación puede reforzar la aplicación de la Directiva y las prioridades estratégicas en el ámbito de la cooperación policial y judicial<sup>69</sup>.

Como hemos vistos, todas estas formas de cooperación encuentran sus fundamentos jurídicos en la propia Directiva 2014/60/UE, así como en Regla-

<sup>67</sup> Reglamento 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. DO L 39, de 10 de febrero de 2009, p.1.

<sup>68</sup> Reglamento 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales. DO L 151, de 7 de junio de 2019, p.1. El Reglamento establece la obligación de los EEMM de obtener y presentar antes de iniciar las exportaciones, una *licencia de exportación* del Estado competente hacia terceros países de los bienes que el propio Reglamento enumera, con la excepción de todos aquellos bienes que los Estados consideran parte de su patrimonio, puesto que en este caso quedan sometidos a la legislación nacional del Estado de que se trate. La lista de bienes sometidos al Reglamento se recoge en el Anexo y se divide en dos categorías: a) bienes clasificados por su tipología y que establece el procedimiento común de medidas administrativas y legales a la exportación de los bienes culturales fuera de la Unión. Con un límite temporal de antigüedad y b) bienes clasificados según los umbrales mínimos aplicables a determinadas tipologías. Véase JULIÁ BARCELÓ, María, “La introducción e importación de bienes culturales en el mercado interior europeo: el Reglamento 2019/880/UE como *mecanismo preventivo* para la lucha contra su tráfico ilícito”, en DELGADO GARCÍA, Ana (Dir.), *El mantenimiento y continuidad de la empresa y de su actividad desde la perspectiva legal y fiscal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 471-479.

<sup>69</sup> COM (2021) 705 final, *cit.*, pp.8-9.

mento 2018/1724, que establece una pasarela administrativa (digital) única destina a facilitar el acceso a la información, los procedimientos y los servicios de asistencia y resolución de problemas<sup>70</sup>.

Conseguir el nivel de cooperación adecuado entre las autoridades competentes es el objetivo que perseguía la Comisión con la creación de un módulo específico del IMI<sup>71</sup>, operativo desde 2016, y destinado a intercambiar información sobre la restitución de bienes culturales incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/60/UE. Este módulo —mencionada en el último párrafo del art.5.6—, es una herramienta informática de trabajo para las autoridades centrales de los EEMM destinada a facilitar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los países miembros. Hasta la fecha del *Primer informe* de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva (noviembre de 2021), se han registrado y tienen acceso al IMI ciento sesenta y cuatro autoridades, entre las que se cuentan los coordinadores nacionales de dicha herramienta. En todo caso, la propia Comisión considera esta herramienta como un “intento prometedor” de registro uniforme de la información sobre bienes que han salido ilegalmente de un país miembro, además de constituir un sistema de información para las autoridades nacionales de la Unión, lo que facilita la cooperación entre las autoridades de los países miembros y lo convierte en una herramienta clave para mejorar el tratamiento de datos, proporcionar orientación, debatir cuestiones y detectar problemas relacionados con el intercambio de notificaciones e información<sup>72</sup>. Pero la práctica de los EEMM nos muestra un uso todavía muy escaso de esta herramienta. De los datos disponibles y el tipo de notificaciones realizadas durante el periodo 2016-2020, podemos destacar los siguientes usos:

- a) *Notificaciones sobre bienes culturales que han salido ilegalmente de un Estado miembro.* En este periodo se realizaron trescientas cuatro notificaciones de salida ilegal de bienes culturales de un país miembro, y de ellas hubo menos de cinco entre los años 2018 y 2020. Las categorías de bienes culturales más comunes en este tipo de notificaciones fueron: “cuadros, pinturas e iconos” (especialmente iconos, con ciento dieciséis notificaciones de un total de ciento setenta y ocho); seguidos de “objetos arqueológicos”, con cincuenta y cinco notificaciones. Otras categorías de bienes como las vasijas, acuarelas, ídolos

---

<sup>70</sup> Reglamento 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de octubre de 2018, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1024/2012. DO L 295, de 21 de noviembre de 2018, p. 1.

<sup>71</sup> Reglamento 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión (Reglamento IMI), Texto pertinente a efectos del EEE. DO L 316, de 14 de noviembre de 2012, p. 1. Y desde esta página web los usuarios pueden registrarse a acceder: [https://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/index\\_es.htm](https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_es.htm).

<sup>72</sup> COM (2021) 705 final, cit., p.10.

antropomórficos, monedas y libros se quedaron de media, en menos de diez notificaciones.

- b) *Notificaciones de búsqueda de bienes culturales.* En el mismo periodo, sesenta y cinco solicitudes estaban dirigidas a la búsqueda de bienes culturales que habían salido de forma ilegal y a conocer la identidad de su poseedor o tenedor. En este caso, se ha producido una disminución constante de este tipo de notificaciones entre los años 2016 y 2018 pasando de catorce casos a menos de cinco. Por contra, hubo un aumento en los años 2019 y 2020 con veinte y diecinueve notificaciones respectivamente. En este caso, las categorías más comunes fueron: “obras originales de estatuaria o de escultura y copias obtenidas por el mismo procedimiento que el original”, así como “cuadros, pinturas e iconos hechos totalmente a mano”.
- c) *Notificaciones sobre el hallazgo de bienes culturales.* Este tipo de notificaciones ha disminuido considerablemente entre los años 2017, en que se produjeron diecinueve notificaciones, y 2019 en que solo hubo tres. En cambio, aumentaron en 2020 con quince notificaciones. El mayor número de notificaciones sobre hallazgos hacen referencia a “objetos de interés numismático” (doce notificaciones) seguidas de “monedas” (ocho notificaciones) “iconos” (cinco notificaciones) y “esculturas” (cinco notificaciones).

En cambio, desde 2016 solo se han registrado en el IMI *cinco notificaciones* destinadas a *iniciar acciones de restitución* de los bienes culturales que han salido ilegalmente de un país miembro. Este *Primer informe* de la Comisión constata que la reticencia a su uso podría deberse a las observaciones presentadas por diecinueve de los países en el sentido de que sería deseable incorporar mejoras a esta herramienta para facilitar su uso, así como resolver también los problemas de terminología empleados y de las diversas versiones lingüísticas<sup>73</sup>.

#### 4.4.3. *Cuestiones pendientes*

A pesar de las modalidades de cooperación establecidas con la ayuda de las TIC, su uso como acabamos de ver todavía es escaso y, además, la restitución de los bienes culturales en el mercado interior europeo puede verse dificultada por determinadas cuestiones que la Directiva tiene aún pendientes de armonizar<sup>74</sup>. Aunque los EEMM han adoptado medidas internas para hacer efectiva la restitución, así como otras medidas destinadas a cooperar

<sup>73</sup> Ibidem, p.11.

<sup>74</sup> En el marco del derecho internacional privado véase VOULGARIS, Ioannis, “Les principaux problèmes soulevés par l’unifications du droit régissant les biens culturels”, *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, núm. 8, 2003, pp. 541-550.

e intercambiar información entre los mismos, quedan cuestiones pendientes para facilitar la restitución de bienes culturales, que no son menores:

a) *Determinación del concepto de “bienes culturales”*

La mayoría de los miembros de la Unión consideran que la definición “bienes culturales”<sup>75</sup> de la Directiva es satisfactoria y “constituye una mejora significativa y contribuye al objetivo de reforzar la protección de los bienes culturales como categoría específica de bienes”. Aun así, queda por reforzar la *comprensión mutua* de las respectivas definiciones nacionales para que todos los EEMM puedan reconocer y proteger los bienes culturales que se protegen en el resto de los países miembros<sup>76</sup> y, de este modo, facilitar la aplicación del *principio de reconocimiento mutuo* de las legislaciones nacionales. En España, por ej., la ley 1/2017 de transposición concreta esta definición al referirse a estos bienes como los clasificados como “patrimonio histórico, artístico o cultural” (art. 2.1.a)<sup>77</sup>. En todo caso, una solución para solventar este problema y facilitar la restitución sería la aplicación del *principio de reconocimiento mutuo* de las legislaciones de los EEMM sobre este concepto.

b) *País de origen de los objetos arqueológicos saqueados y sacados ilícitamente de sus yacimientos arqueológicos.*

Sobre esta cuestión los EEMM tienen algunas dificultades para determinar el país de origen de estos bienes, en concreto, aquellos que pertenecen a civilizaciones que florecieron en zonas geográficas amplias, como la egipcia, babilónica, árabe, bizantina, grecorromana y otomana; o los bienes culturales seriados, ya sean monedas o joyas que pueden desmembrarse y por ello son más difíciles de identificar, puesto que no figuran como desaparecidos o robados de colecciones,

<sup>75</sup> Art. 2.1 de la Directiva 2014/60/UE, *cit.*: “(...) se entenderá por “bien cultural” aquel bien que esté clasificado o definido por un Estado miembro, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro, como “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”, con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del TFUE”. Sobre esta diversidad de conceptos véase GRAZIADEI Michele, y PASA Barbara, “Patrimoni culturali, tesori nazionali: il protezionismo degli Stati membri dell’UE nella circolazione dei beni culturali”, *Contratto e impresa/Europa*, 2017, pp. 140-145.

<sup>76</sup> COM (2021) 705 final, *cit.*, p.4.

<sup>77</sup> El ordenamiento español siempre se había referido a estas categorías de bienes como “patrimonio histórico” o “patrimonio histórico-artístico”, de modo que el término “patrimonio cultural” supone una novedad en el ordenamiento español. Aunque la Constitución menciona el “patrimonio histórico, cultural y artístico” en su art. 46, la doctrina mayoritaria interpreta esta referencia como una manifestación del deber de los poderes públicos de garantizar el acceso a la cultura del art. 40 CE en el sentido de asumir deberes de conservación y enriquecimiento de ese patrimonio. El empleo del término *cultural* se incardina de forma sistemática en el tratamiento que nuestra Constitución hace de la *cultura* en sentido antropológico y garantista de los llamados “derechos culturales”. PRIETO DE PEDRO, Jesús José, “El Derecho de la Cultura”, en CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 2009, p. 271, <https://gabeyrasociados.com/ante-una-nueva-definicion-de-bienes-culturales-en-el-mercado-interior/>.

lo que dificulta determinar su origen al no figurar en catálogos de museos ni pertenecer a colecciones privadas que hayan sido inventariadas. A ello se añade la dificultad que la Directiva no contempla los bienes culturales exportados ilegalmente desde un Estado miembro que no son considerados patrimonio nacional y ello, según diez de los EEMM, debería contemplarse en la norma, puesto que algunos órganos judiciales nacionales hacen una interpretación restrictiva de la categoría de bienes cuya restitución puede solicitarse. En cambio, otros cinco países miembros no consideraron necesario establecer una definición común de los términos “bienes culturales” sin referirse al Derecho nacional, “antigüedades” u “objetos arqueológicos”; y tres de los miembros de la Unión consideraron necesario hacer una referencia a la definición armonizada de bienes culturales que establecen los Reglamentos 116/2009 y 2019/880, a fin de evitar diferencias en las legislaciones nacionales respecto a los conceptos de “antigüedades” y “objetos arqueológicos”. Las cifras ponen en evidencia las diferencias y controversias en el enfoque de la protección jurídica que otorgan los EEMM a los bienes que forman parte de su patrimonio y que la legislación de la UE intenta solventar con su derecho derivado, aunque transfiriendo en último término la decisión y la responsabilidad a los propios EEMM a la hora de determinar el valor cultural que tienen estos bienes<sup>78</sup>. Como señala la propia Comisión, parece que la Directiva se aplica por parte de los EEMM sin dificultad a los bienes que tienen un gran valor comercial y a aquellos que son obras de arte y, por tanto, están registrados en colecciones de museos o pertenecen a colecciones privadas. Ello hace necesario adoptar medidas adicionales para proteger aquellos bienes de menor valor comercial, como los denominados *artefactos arqueológicos*, puesto que su valor es irremplazable para la historia de la Cultura<sup>79</sup>.

- c) Determinación del concepto *salida ilegal* del territorio de un Estado miembro.

En tanto que solo aquellos bienes culturales que han salido de manera ilegal del territorio de un país miembro de la Unión pueden ser objeto de restitución, tal y como establece el artículo 2.2 de la Directiva,

---

<sup>78</sup> Véase, a este respecto, la regulación española aplicable en la Ley del Patrimonio Histórico Español (LPHE) y el RD 111/1986. Véase también HERRERAS HIGÓN, Ana, *op.cit.*, pp. 399-413. Inevitablemente este valor irá asociado también a la evolución constante en la que se encuentra el concepto de “patrimonio cultural”, que comprende una pluralidad de definiciones insertadas en diversos marcos normativos, que configuran un concepto abierto y amplio y en constante evolución. Véase FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2012, pp. 137-139.

<sup>79</sup> Estos *objetos arqueológicos* pueden definirse como todos aquellos objetos producidos o transformados por la práctica humana a través de la tecnología que, además de su utilidad social, comprenden una visión cultural. Véase SÁNCHEZ CLIMENT, Álvaro, “El señor de las cosas: una síntesis sobre el artefacto y la cultura material en la arqueología” *Vínculos de Historia*, núm. 7, 2018, pp. 134-156, [http://dx.doi.org/10.18239/vdh\\_2018.07.08](http://dx.doi.org/10.18239/vdh_2018.07.08).



debemos precisar su contenido. En este sentido, el artículo establece qué debe entenderse por *salida ilegal*:

- Que el bien haya salido del territorio de un país miembro incumpliendo su legislación en materia de protección del patrimonio cultural nacional o infringiendo el Reglamento 116/2009.
- Que el bien no se haya devuelto al país de origen al finalizar una salida temporal realizada legalmente, o en el caso de que se infrinja cualquier otra condición asociada con esta salida temporal autorizada.

La práctica de las autoridades nacionales demuestra que estas se enfrentan a diversas dificultades relacionadas con la investigación y aceptación cuando proceden a comprobar la protección del patrimonio nacional regulada en la legislación de otros EEMM. En este sentido, si un bien cultural ha salido ilegalmente del territorio de un país miembro se podría considerar que es objeto de comercio legal en otro país miembro si su derecho nacional no impone ningún requisito de procedencia. Otros problemas detectados están relacionados con la limitación del tiempo en el cierre de las notificaciones en aquellos casos en que la investigación está en curso. Para los EEMM es importante que el sistema sea supervisado y utilizado activamente por todas las autoridades conectadas. En cualquier caso, las vías de recuperación de los bienes culturales que se han encontrado pueden ser diversas y lo cierto es que los países miembros recurren en primer lugar a los procedimientos judiciales en vez de realizar la solicitud a través del IMI. Aun así, se valora positivamente el valor añadido aportado por el IMI, puesto que los intercambios oficiales de información a través de este sistema se consideran pruebas formales en los respectivos procedimientos judiciales<sup>80</sup>. Finalmente, debemos añadir problemas de otra índole, como el de la asistencia judicial mutua y los costes de la acción de restitución (art. 6 Directiva), puesto que como ya hemos señalado, la acción de restitución tiene un plazo de prescripción de tres años a partir de la fecha en que la autoridad central competente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encuentra el bien cultural; además del problema de la identidad del poseedor o el tenedor de este bien (art. 8 de la Directiva). En todo caso, la acción de restitución prescribe a los treinta años a contar desde la fecha en que el bien cultural haya salido de forma ilegal del territorio del país miembro que lo requiere<sup>81</sup>. Igualmente, no debemos perder de vista

---

<sup>80</sup> COM (2021) 705 final, *cit.*, pp. 5 y 11.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 12. Desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/60/UE, los tribunales nacionales solo han incoado dos acciones judiciales para la restitución de bienes culturales, probablemente debido a la complejidad del procedimiento y también a su elevado coste, además de los costes de almacenamiento, transporte y seguro y la carga de la prueba que la exportación ilegal es posterior al 1 de enero de 1993. Igualmente, dos de los EEMM que incoaron procedimientos judiciales ante tribunales de otros EEMM solicitaron asistencia jurídica específica, así como un régimen de gastos compartidos en materia de seguridad, transporte, seguros y traslado del bien cultural. Y cuatro EEMM han evidenciado

que, aunque un bien cultural se encuentre dentro de un EEMM y la Directiva 2014/60/UE haya tratado de facilitar a los Estados su recuperación, ello no ha dejado sin efecto —en aquellos casos en que el bien deba recuperarse por la vía judicial, y no baste la cooperación administrativa— las normas relativas a la cooperación judicial entre Estados ni las normas relativas al decomiso<sup>82</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El conjunto de Reglamentos y Directivas que configuran el régimen jurídico-administrativo establecido por la UE para garantizar la correcta exportación, importación y tránsito de bienes culturales dentro del mercado interior y, en última instancia, garantizar la devolución de bienes culturales exportados ilícitamente dentro del territorio de la Unión tienen, en primer lugar una *finalidad preventiva*, destinada a la lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales y, en último término —y en relación con la Directiva 2014/60/UE—, obedece al objetivo de *facilitar y unificar* la *devolución* de los bienes culturales exportados o importados ilícitamente dentro del mercado interior, lo que constituye un primer paso, todavía con deficiencias, para mejorar la trazabilidad y restitución de estos bienes culturales.

Además del derecho derivado de la Unión, dos principios fundamentales deben regir la restitución de bienes culturales dentro del mercado interior: el *deber de cooperación* y el *reconocimiento o equivalencia* de las legislaciones de los EEMM. Ambos principios fundamentan la adopción por parte de la Comisión Europea de estrategias y planes de acción, que deben promover y facilitar no solo la cooperación entre la UE y otras organizaciones u organismos internacionales, sino también la cooperación entre los propios EEMM.

La aplicación de las TIC a la cooperación jurídico-administrativa debería ayudar a la restitución de bienes culturales en el mercado interior europeo. Para ello fue creado el IMI, aunque a pesar de las bondades reconocidas por los propios EEMM, hasta la fecha de publicación del *Primer informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2014/60/UE*, en noviembre de 2021, los Estados han hecho un uso escaso, que obedece a diversos problemas, en

---

la necesidad de crear una red de asistencia jurídica mutua, además de una Fiscalía europea que actúe en interés del Estado requirente.

<sup>82</sup> En este sentido, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, no dice nada sobre el comportamiento que deba adoptar la autoridad judicial española que emite una orden de decomiso de los bienes integrantes de patrimonio histórico español que se hallen en otro EEMM. Ello podría interpretarse como el “convencimiento por parte del legislador de que hallado y conservado uno de dichos bienes en otro Estado miembro, en ejecución de una resolución de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, su posterior retorno a España ha de realizarse mediante la aplicación de la legislación administrativa y de la cooperación de la misma naturaleza”. Véase ROCA, María J., “Régimen jurídico de la restitución de bienes culturales de titularidad eclesiástica: la relación entre los ordenamientos nacional, confesional y europeo”, *Estudios eclesiásticos*, vol. 95, núm. 375, 2020, p. 870. Véase también ROMA VALDÉS, Antonio, “La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales”, *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 393-419.

tre los cuales debemos destacar: la falta de armonización de algunos conceptos que los países de la Unión consideran claves para facilitar la restitución, como la definición de “bienes culturales”, “país de origen” y “país de destino”. Además, se constata que los EEMM recurren primero a los procedimientos judiciales, en lugar de tramitar la solicitud de restitución a través del IMI en los casos en que es posible. Se hace, por tanto, necesario facilitar el conocimiento y el uso de esta herramienta a los EEMM, sin olvidar el resto de las herramientas virtuales que facilitan la cooperación en el marco de la cooperación judicial y policial que se realiza en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión. Aun así, la prevención siempre será el mejor camino para evitar el tráfico ilícito. Por ello continúa siendo esencial la elaboración de listas con los bienes culturales objeto de protección y garantizar su consulta actualizada a través de las TIC, así como facilitar el acceso al conjunto de herramientas virtuales desarrolladas tanto para facilitar el intercambio de información como la cooperación, ya sea administrativa, judicial o penal, encaminada a la restitución. En el marco de la cooperación administrativa entre EEMM, una vez se solucionen los problemas derivados de su desconocimiento o dificultades de uso, debería aumentarse el uso del IMI para facilitar la devolución de bienes culturales entre EEMM dentro del mercado interior. Igualmente, la misma Comisión Europea considera esencial la formación de expertos en patrimonio cultural que ayuden a la devolución de bienes culturales en el interior del mercado interior. Ello requiere facilitar y unificar el régimen para la devolución de bienes culturales ilícitamente exportados dentro del mercado interior. En aquellos casos en que exista una controversia sobre cuestiones que el derecho UE no ha unificado, o sobre las normas sobre el decomiso de estos bienes, se requerirá el inicio de procedimientos judiciales que requerirán en ese caso de la cooperación judicial y policial entre EEMM, a través de las herramientas adecuadas para ello y en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Por ello, la ratificación del Convenio de Nicosia podría también ser un primer paso para solventar algunas de las dificultades que presenta la persecución del tráfico ilícito de bienes culturales en el mercado interior europeo.

# CAMBIO CLIMÁTICO, SOBERANÍA DESTERRITORIALIZADA Y CONTINUIDAD ¿DIGITAL? DEL ESTADO: REFLEXIONES EN TORNO A LOS PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES EN DESARROLLO DEL PACÍFICO

## *CLIMATE CHANGE, DETERRITORIALIZED SOVEREIGNTY, AND DIGITAL? STATE CONTINUITY: REFLECTIONS ON THE PACIFIC SMALL ISLAND DEVELOPING STATES*

Carmen PÉREZ GONZÁLEZ\*

**Resumen:** Los pequeños Estados insulares en desarrollo están abordando en el Pacífico desafíos sin precedentes. Se trata, en efecto, de Estados especialmente vulnerables a las consecuencias del cambio climático, en general, y la progresiva elevación del nivel del mar en particular. En la actualidad, varios de estos Estados están enfrentando incluso la posibilidad de que sus territorios queden parcial o totalmente inundados de manera definitiva. La desaparición física del territorio de un Estado planeta a su vez interrogantes de extraordinario calado en el ámbito de la teoría de los sujetos del Derecho internacional. En este contexto, este trabajo pretende contribuir al debate sobre la respuesta que el Derecho internacional contemporáneo debería proporcionar a estos interrogantes. En particular, y partiendo de la presunción de continuidad del Estado, se analizará de qué modo podría sustentarse jurídicamente la adopción de soluciones que, partiendo de la noción de soberanía des-territorializada, permitiesen su preservación.

**Palabras clave:** cambio climático, soberanía, territorio, nuevas formas de estatalidad, soberanía digital, continuidad del Estado, pequeños Estados insulares en desarrollo del Pacífico.

**Abstract:** Small Island Developing States in the Pacific are addressing unprecedented challenges. Indeed, these are states especially vulnerable to the consequences of climate change in general, and the progressive rise in sea level in particular. Currently, several of these states are even facing the possibility that their territories could be partially or totally submerged permanently. The physical disappearance of a state's territory also raises profound questions in the realm of the theory of subjects in international law. In this context, this paper aims to contribute to the debate on the response that contemporary international law should provide to these questions. In particular, starting from the presumption of the continuity of the state, this paper will analyze how legal support might be provided for adopting solutions that, based on the notion of deterritorialized sovereignty, would allow its preservation.

**Keywords:** climate change, sovereignty, territory, new forms of statehood, digital sovereignty, continuity of States, Pacific small island developing States.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid ([carmen.perez@uc3m.es](mailto:carmen.perez@uc3m.es)). Estudio realizado en el marco del proyecto I+D+i "Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos" (referencia PID2019-107172RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Todas las páginas web y documentos electrónicos citados en este estudio han sido consultadas el 11 de julio de 2024.

**SUMARIO:** 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. 2. ¿POR QUÉ LOS PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES EN DESARROLLO DEL PACÍFICO COMO CASO DE ESTUDIO? 2.1. Kiribati. 2.2. Maldivas. 2.3. Tuvalu. 3. ¿ESTADOS DES-TERRITORIALIZADOS COMO CONSECUENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO? 3.1. La centralidad del territorio en el Derecho internacional contemporáneo. 3.2. Territorio y procesos naturales. 4. ¿PERPETUIDAD SOBERANA?: LA PRESUNCIÓN DE CONTINUIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 4.1. La (ir)relevancia de la Convención de Montevideo en relación con la continuidad y extinción de los Estados. 4.2. Continuidad del Estado y derecho a la libre determinación de los pueblos. 4.3. Los costes de la no continuidad del Estado como consecuencia de la pérdida del territorio. 5. ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS. 5.1. Entre fronteras: las posibilidades de reconstitución de un Estado en el territorio de otro ya existente. 5.2. ¿Es el momento de explorar nuevas formas de subjetividad internacional no estatal? 5.3. La subjetividad digital: nuevas fronteras en el siglo del cambio climático. 6. ALGUNAS CONCLUSIONES.

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

“(…) Así no puede negarse que puede suceder que perezca el pueblo. Y acontece esto de dos maneras: por muerte del cuerpo o por muerte de la especie o del espíritu que dije. El cuerpo perece, o quitadas simultáneamente las partes sin las cuales no puede subsistir el cuerpo, o quitada la razón del cuerpo. Al primer modo se refieren los pueblos arrebatados por el mar, como los pueblos de la Atlántida, según testimonio de Platón, y otros de que hace mención Tertuliano (…)”<sup>1</sup>

El reto que define nuestra era. Así se refirió en 2008 Ban Ki Moon, ex Secretario General de Naciones Unidas (NNUU), al cambio climático<sup>2</sup>. Los complejos desafíos que plantea este fenómeno obligan a que, para ser eficaz, la lucha contra sus consecuencias se realice incorporando saberes diversos. Entre ellos, los que provienen de la Geología, la Física, la Sociología, la Filosofía Política, la Economía y, desde luego, el Derecho. En lo que hace al Derecho internacional público, la doctrina ha llegado a afirmar que su huella es ya de tal magnitud que un futuro historiador identificará un antes y un después del abordaje del problema por parte de esta disciplina<sup>3</sup>. Lo cierto es que hace décadas que la Comunidad Internacional identificó el cambio climático como uno de los desafíos que debe afrontar<sup>4</sup>. Desde entonces, dicha identificación

<sup>1</sup> GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Editorial Reus, Madrid, 1925, pp. 146-147 (del Libro Segundo, Capítulo IX, “Cuando acaban imperios y dominios”).

<sup>2</sup> Véanse las declaraciones realizadas por él el 7 de octubre de 2008 en “Climate change poses ‘defining challenge’ of our time, Ban says”, *United Nations News*, 7 de octubre de 2007, <https://news.un.org/en/story/2008/10/276912>.

<sup>3</sup> RAYFUSE, Rosemary y SCOTT, Shirley V., “Mapping the impact of climate change on international law”, en RAYFUSE, Rosemary y SCOTT, Shirley V. (eds.), *International law in the era of climate change*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2012, pp. 3-25, p. 8.

<sup>4</sup> El 21 de marzo de 2024 se cumplieron treinta años de la entrada en vigor de la Convención Marco de NNUU contra el Cambio Climático (CMNUCC, de 4 de junio de 1992, 1771 UNTS, 243), abierta a la firma con ocasión de la celebración de la Conferencia de las NNUU sobre Medio Ambiente y Desarrollo (la conocida como “Cumbre de la Tierra”) en 1992. La Convención se había negociado en respuesta a la creciente evidencia científica sobre los peligros que suponía el aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera y sus potenciales efectos adversos sobre el clima: SANDS,

ha tenido un impacto generalizado en el Derecho internacional contemporáneo. Y ello porque un buen número de regímenes del Derecho internacional público han redefinido sus funciones y algunas de las categorías jurídicas que los sustentan como consecuencia de dicho impacto. Veamos brevemente algunos ejemplos.

Es sabido que la movilidad humana como respuesta forzada o voluntaria al cambio climático puede multiplicar la vulnerabilidad de las personas a la explotación, la violencia y la violación de derechos humanos<sup>5</sup>. Como consecuencia de ello, los debates en torno a las obligaciones que incumben a los Estados respecto de la protección de los “refugiados” o “migrantes climáticos” han centrado buena parte de las reflexiones recientes del Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de las Migraciones<sup>6</sup>. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el impulso de la justicia climática ha propiciado que los órganos de protección internacional de derechos humanos, en los ámbitos universal y regional, estén desarrollando una doctrina que ha logrado con creciente éxito no solo la protección frente a las violaciones a derechos humanos ya positivizados ocasionadas por el cambio climático<sup>7</sup>, sino, también, la formulación

Philippe, “The United Nations Framework Convention on Climate Change”, *RECIEL*, vol. 1, núm. 3, 1992, pp. 270-277, p. 270.

<sup>5</sup> Ver, por todos: ADGER, W. Neil., DE CAMPOS, Ricardo S. y MORTREUX, Colette, “Mobility, displacement and migration, and their interactions with vulnerability and adaptation to environmental risks”, en McLEMAN, Robert y GEMENNE, François (eds.), *Routledge handbook of environmental displacement and migration*, London, Routledge, Londres, 2018, pp. 29-41. También los países del llamado Norte Global empiezan a experimentar una movilidad específica que se asocia a la vulnerabilidad que propicia el cambio climático. Sobre España, en particular, es muy interesante el trabajo de BORRÁS PENTINAT, Susana y VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola, “Vulnerabilidades climáticas y desplazamiento interno en España: dos realidades complejas e interconectadas”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIV, núm. 1, 2023, pp. 1-51.

<sup>6</sup> Sin duda, tal y como afirmó Jane McAdam hace ya más de una década, la realidad de las migraciones climáticas es compleja. Esta complejidad desaconseja, en su opinión, confinar a los individuos que la experimentan en una única categoría jurídica: McADAM, Jane, *Climate change, forced migration and international law*, Oxford, OUP, 2012, p. 186. Lo cierto es que, más de una década después de esta afirmación, estos individuos siguen, desde el punto de vista jurídico-internacional, en un “limbo jurídico”: BORRÁS PENTINAT, Susana, “Las migraciones climáticas. Viviendo en un limbo jurídico”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIV, núm. 1, 2023, pp. 1-12. También L. Movilla está de acuerdo en que la respuesta del Derecho internacional en este ámbito es fragmentada e insatisfactoria: MOVILLA PATEIRO, Laura, “Subida del nivel del mar, migraciones y derechos humanos” en OANTA, Gabriela A., VEZZANI, Simone y VILLANUEVA, Ana Victoria (dirs.), *El desarrollo del Derecho del mar desde una perspectiva argentina y europea*, Bosch Editor, Barcelona, 2022, pp. 275-306, p. 280.

<sup>7</sup> Adoptando un enfoque que se ha denominado de “ecologización” de los derechos humanos: véase, por ejemplo, el párrafo 12 del Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de 24 de enero de 2018. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER OF HUMAN RIGHTS (“A/HRC/37/59

Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment — Note by the Secretariat”, 24 de enero de 2018), <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3759-report-special-rapporteur-issue-human-rights-obligations>.

de nuevos derechos<sup>8</sup>. Las disputas relativas a los derechos de emisión han ganado protagonismo en el ámbito del Derecho Internacional del Comercio y las Inversiones<sup>9</sup>. El reconocimiento creciente de las interconexiones entre la protección del ambiente, la paz y la seguridad ha impulsado también desarrollos normativos específicos, todavía insuficientes, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario<sup>10</sup>. También el Derecho Internacional Penal se enfrenta a retos propios en este ámbito. La doctrina y la sociedad civil siguen explorando la tipificación de un crimen de ecocidio<sup>11</sup>, que abarque acciones como la deforestación masiva, la contaminación ambiental grave o la destrucción de hábitats naturales, y el recurso a “reparaciones verdes” por parte de la Corte Penal Internacional como mecanismos para responder de modo eficaz a esos retos<sup>12</sup>. Una abundante literatura académica ha desarrollado, por lo demás, cómo el Derecho Internacional del Medioambiente se ha visto obligado a adaptarse para dar respuesta al calentamiento global, los cambios en los patrones climáticos y la intensificación de los peligros relacionados con el clima que enfrentan todos los habitantes del planeta, los diferentes ecosistemas y el planeta en sí mismo<sup>13</sup>.

Sin embargo, la incidencia del cambio climático en el Derecho internacional no se ha dejado sentir únicamente en sectores específicos. En otras palabras: no es solo sectorial. Más allá de su impacto en las distintas ramas a las que, a título de ejemplo, se ha hecho referencia aquí, la emergencia climática está imponiendo reflexiones que sin duda resultarán transformadoras en lo que respecta a sus fundamentos e instituciones básicas. Esos debates son especialmente interesantes, en mi opinión, en el ámbito de la subjetividad internacional. Los avances sobre el reconocimiento de derechos a la Naturaleza son un claro ejemplo de ello. En realidad, las reflexiones sobre la posibilidad de que las entidades ambientales (*environmental objects*) fuesen titulares de

---

<sup>8</sup> En particular, sobre el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo véase: CIMA, Elena, “The right to a healthy environment: Reconceptualizing human rights in the face of climate change”, *RECIEL*, vol. 31, núm. 1, pp. 38-49; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, “Cambio climático antropogénico, litigación climática y activismo judicial: hacia un consenso emergente de protección de derechos humanos y generaciones futuras respecto a un medio ambiente sano y sostenible”, *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, vol. 46, pp. 7-61; y TIGROUDIA, Hélène, “From the “Green Turn” to the Recognition of an Autonomous Right to a Healthy Environment: Achievements and Challenges in the Practice of UN Treaty Bodies”, *AJIL Unbound*, vol. 117, pp. 179-183.

<sup>9</sup> BOUTE, Anatole, “The Potential Contribution of International Investment Protection Law to Combat Climate Change”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 27, núm. 3, 2009, pp. 333-376.

<sup>10</sup> ABAD CASTELOS, Montserrat, “Towards a holistic consideration of crimes against nature committed in times of armed conflict: a critical approach to the case of Iraq”, *International journal for crime, justice and social democracy*, vol. 12, núm. 3, 2023, pp. 77-92.

<sup>11</sup> GREENE, Anastacia, “The campaign to make ecocide an international crime: Quixotic quest or moral imperative”, *Fordham Environmental Law Review*, vol. 30, núm. 3, 2019, pp. 1-48.

<sup>12</sup> KILLEAN, Rachel, “From ecocide to eco-sensitivity: ‘greening’ reparations at the International Criminal Court”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 25, núm. 2, 2021, pp. 323-347.

<sup>13</sup> FRENCH, Duncan y RAJAMANI, Lavanya, “Climate change and international environmental law: musings on a journey to somewhere”, *Journal of Environmental Law*, vol. 25, núm. 3, 2013, pp. 437-461.



derechos comenzó en la década de los 70 del siglo XX<sup>14</sup>. Las subsiguientes discusiones en torno a los derechos de la Naturaleza<sup>15</sup> y de las generaciones futuras son igualmente ejemplificativas en este mismo sentido<sup>16</sup>.

La teoría de los sujetos del Derecho internacional no se está viendo afectada únicamente mediante la adicción de nuevos titulares de derechos. Algunos de los sujetos “tradicionales” también enfrentan desafíos inéditos. Es el caso del Estado. La doctrina viene advirtiendo desde hace años que algunos de los elementos que lo configuran como sujeto de Derecho internacional podrían “desaparecer” debido a la acción del clima, lo que plantea evidentes interrogantes sobre su continuidad.

En primer lugar, son muy evidentes los efectos sobre la población. Como ya se ha señalado aquí<sup>17</sup>, los estudios sobre la movilidad humana inducida por el clima son frecuentes desde hace ya décadas. ¿Es imaginable un horizonte en el que la totalidad de la población del Estado se vea obligada a desplazarse por esta razón? La certeza de que esto será así ha llevado a Australia y Tuvalu a firmar en noviembre de 2023 el primer tratado internacional de reasentamiento de la totalidad de la población de un Estado por motivos climáticos<sup>18</sup>. Obviamente, ello implicaría la salida del gobierno de dicho Estado, lo que, según se ha advertido también, podría tener consecuencias en relación con su estabilidad y efectividad y, en última instancia, con su independencia<sup>19</sup>.

Además, tal y como analizaba entre nosotros M. Aznar Gómez en 2013<sup>20</sup>, no es impensable que algunos Estados insulares puedan acabar hundidos

---

<sup>14</sup> STONE, Christopher D., “Should Trees Have Standing? — Towards Legal Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, vol. 45, 1972, pp. 450-501.

<sup>15</sup> Véase al respecto: MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno, *Naturaleza y derechos. La representación de lo no-humano en la Filosofía, la Política y el Derecho*, Tesis Doctoral inédita, 2023, Universidad Carlos III de Madrid, y TANASESCU, Mihnea, *Understanding the rights of nature: a critical introduction*, Transcript Verlag, Bielefeld, 2022.

<sup>16</sup> HUMPHREYS, Stephen, “Against future generations”, *European Journal of International Law*, vol. 33, núm. 4, 2022, pp. 1061-1092.

<sup>17</sup> *Supra*, notas 6 y 7.

<sup>18</sup> Este acuerdo internacional instituye lo que se conoce como “Union Falepili” (una palabra en tuvaliano que significa buena vecindad). El texto está disponible en DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE. GOVERNMENT OF AUSTRALIA, *Australia-Tuvalu Falepili Union factsheet*, <https://www.dfat.gov.au/geo/tuvalu/australia-tuvalu-falepili-union>. Ver KUCHARSKI, Szymon, “Limited Success: Reflections on the Falepili Union Treaty”, *Verfassungsblog*, 21 de noviembre de 2023, <https://verfassungsblog.de/limited-success/>. Cabe citar también algunas experiencias de programas específicos de visados por razones humanitarias vinculadas con la vulnerabilidad ambiental, como el establecido por Nueva Zelanda (NEW ZELAND INMIGRATION, *Pacific Access Category Resident Visa*, <https://www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/visas/visa/pacific-access-category-resident-visa>) o el Programa Especial de Visado Humanitario de Argentina para personas nacionales y residentes en los Estados Unidos Mexicanos, Centroamérica y el Caribe desplazadas por desastres socio-naturales (GLOBAL COMPACT REFUGEES, *Programa Especial de Visado Humanitario Ambiental*, <https://globalcompactrefugees.org/good-practices/programa-especial-de-visado-humanitario-ambiental>).

<sup>19</sup> GLIBOFF, Jonathan, “Waterproofing statehood: Strengthening claims for continued statehood for sinking states using “e-governance”, *Columbia Law Review*, vol. 123, núm. 5, pp. 1747-1794, p. 1761.

<sup>20</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano J., “El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, núm. 26, 23 pp.

debido al aumento del nivel del mar, lo que implicaría la desaparición física del territorio<sup>21</sup>. Tal y como acaba de señalarse en relación con Tuvalu, ello tendría también evidentes consecuencias en cómo, y dónde, podrá ejercer el gobierno sus funciones de manera independiente. En definitiva, y como puso de manifiesto el mandato a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que, desde 2019, analiza la cuestión de la elevación del nivel del mar en relación con el Derecho internacional<sup>22</sup>, las “consecuencias objetivas de la elevación del nivel del mar plantean una serie de importantes cuestiones que son de relevancia para el derecho internacional. Por ejemplo, (...) ¿Cuáles son las consecuencias en lo que respecta a la condición de Estado según el derecho internacional si el territorio [...] desaparece?”<sup>23</sup>.

En este contexto, este estudio pretende contribuir al debate sobre qué respuesta ofrece el Derecho internacional a esta pregunta de la CDI. Es cierto, como advierte J. McAdam, que el enfoque en la pérdida de territorio puede ser erróneo, ya que estos Estados podrían volverse inhabitables mucho antes de desaparecer físicamente. Sugiere que, en consecuencia, la ausencia de población, más que de territorio, podría señalar el fin de la condición de Estado<sup>24</sup>. Sin embargo, lo irreversible de esa consecuencia del cambio climático, la desaparición del territorio, plantea retos específicos y estimula con ello una reflexión que debe servir de base para la eventual adopción de medidas, que necesariamente requerirán de la cooperación internacional. Como se ha dicho, este trabajo tiene el propósito de contribuir a ese debate que, a pesar de su naturaleza teórica, tiene significativas repercusiones prácticas.

---

<sup>21</sup> CARR, Mary-Elena y RUBENSTEIN, Madeleine, “Sea level rise in a changing climate: What do we know?”, en GERRARD, Michael B. y WANNIER, Gregory E. (eds.), *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 15-54.

<sup>22</sup> La inclusión del tema en la agenda de la CDI se decidió en 2018: *Vid.* los Documentos Oficiales de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) relativos al Septuagésimo cuarto período de sesiones Suplemento núm. 10 (A/74/10). Los avances de los trabajos sobre esta cuestión están disponibles en UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Analytical Guide to the Work of the International Law Commission”, [https://legal.un.org/ilc/guide/8\\_9.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml). La CDI aborda el tema asumiendo que la elevación del nivel del mar es un hecho demostrado por la ciencia. Aunque no de manera uniforme en el planeta, “datos científicos diversos muestran que este fenómeno ya está afectando, directa o indirectamente, a un gran número de Estados”: *Cfr.* el Primer documento temático, preparado por Bogdan Aurescu y Nilüfer Oral, copresidentes del Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el Derecho internacional. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, (A/CN.4/740, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”, 28 de febrero de 2020). Entre los hallazgos científicos que subraya la CDI como relevantes en este contexto está que determinas “pequeñas islas (incluidos pequeños Estados insulares en desarrollo como Fiji, Tuvalu, Kiribati y Maldivas) se encuentran en situación de riesgo en el contexto de la elevación del nivel del mar”: *Cfr.* el apartado 47 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria, Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el Derecho internacional. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (A/CN.4/752, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”, 19 de abril de 2022).

<sup>23</sup> *Cfr.* la Recomendación de 2018 del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, disponible en el enlace indicado en la cita anterior.

<sup>24</sup> McADAM, Jane, “Disappearing States’, Statelessness and the Boundaries of International Law”, *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, Paper 2, 2010, pp. 1-23, p. 2.

Los pequeños Estados insulares en desarrollo (SIDS, por sus siglas en inglés) del Pacífico constituirán con ese propósito nuestro caso de estudio. La elección no es casual. Varios de ellos, entre los que se encuentran Islas Marshall, Kiribati, Maldivas, Nauru o Tuvalu, comparten las predicciones que afirman que podrían convertirse en completamente inhabitables<sup>25</sup> o incluso haber desaparecido bajo las aguas, lo que pone en peligro su continuidad como Estado<sup>26</sup>. Como enseguida se analizará, varios de ellos han dado ya algunos pasos que pueden resultar de enorme significación en el marco del Derecho internacional. A continuación, se discutirán las implicaciones jurídicas de la eventual des-territorialización, lo que exige a su vez evaluar el alcance y fundamento de la presunción de continuidad del Estado en Derecho internacional. Seguidamente, y después de una reflexión sobre los costes de la no continuidad, se explorarán algunas de las soluciones que en estos momentos se barajan para asegurar dicha continuidad. Se pondrá especial atención al papel que lo digital podría jugar en este sentido. El trabajo terminará con algunas conclusiones.

## 2. ¿POR QUÉ LOS PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES EN DESARROLLO DEL PACÍFICO COMO CASO DE ESTUDIO?

Los SIDS constituyen un grupo formado por 39 Estados y 18 Miembros Asociados que afrontan vulnerabilidades sociales, económicas y ambientales únicas<sup>27</sup>. Las regiones geográficas en las que se ubican los SIDS son el Caribe, el Pacífico, el Atlántico, el Océano Índico y el Mar del Sur de China. La Alianza de Pequeños Estados Insulares (AOSIS, por sus siglas en inglés) ha representado los intereses de estos 39 pequeños Estados insulares y de bajo litoral en las negociaciones y procesos internacionales sobre cambio climático y desarrollo sostenible. Esta Organización Internacional, creada en 1990 durante la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, se ha convertido en un foro fundamental de cooperación en la defensa de los intereses de los SIDS. Por otro lado, en 2021, con ocasión de la COP26, celebrada en Glasgow, los pri-

---

<sup>25</sup> En el caso de Tuvalu, por ejemplo, su Plan de Adaptación a Largo Plazo advierte que, para el año 2050, se estima que la mitad del área terrestre de la capital será inundada por las aguas de mareas. Y que para el año 2100, el 95% del territorio estará inundado cuando suba la marea. El Plan está disponible en TUVALU COASTAL ADAPTATION PROJECT, *Tuvalu unveils Long-Term Adaptation Plan at COP27, a vision for a safe, climate-resilient future*, 14 de noviembre de 2022, <https://tcap.tv/news/2022/11/14/tuvalu-presents-long-term-adaptation-plan-ltap>

<sup>26</sup> LOK, Sarah, "Sinking States, Sunken Statehood? The Recognition of Submerged States under International Law, *Cambridge Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 31-55, p. 32.

<sup>27</sup> Los detalles de estas singularidades pueden consultarse en UNITED NATIONS, *About Small Island Developing States*, <https://www.un.org/ohrlls/content/about-small-island-developing-states>. Sobre la situación que enfrentan como consecuencia del cambio climático, puede verse: SCANDURRA, Giuseppe, *et al.*, "On the vulnerability of Small Island Developing States: A dynamic análisis", *Ecological Indicators*, vol. 84, 2018, pp. 382-392; y BENJAMIN, Lisa y THOMAS, Adelle, "The unvirtuous cycle of loss and damage: Addressing systemic impacts of climate change in small islands from a vulnerability perspective", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 32, núm. 3, 2023, pp. 390-402.

meros ministros de Antigua y Barbuda y Tuvalu firmaron el Acuerdo para el Establecimiento de la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre el Cambio Climático y el Derecho Internacional (COSIS, por sus siglas en inglés)<sup>28</sup>. La Comisión, que cuenta con representantes de 8 Estados en este momento, está abierta a todos los miembros de AOSIS. El 12 de diciembre de 2022, COSIS solicitó al Tribunal Internacional de Derechos del Mar (ITLOS, por sus siglas en inglés) una Opinión Consultiva sobre las obligaciones específicas de los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas, de un lado, a la prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino en relación con los efectos perjudiciales que resultan o pueden resultar del cambio climático, incluido el calentamiento de los océanos y el aumento del nivel del mar, y la acidificación del océano, que son causados por emisiones antropogénicas<sup>29</sup> de gases de efecto invernadero en la atmósfera. Y, de otro, a la protección y preservación del medio marino en relación con los impactos del cambio climático, incluido el calentamiento de los océanos y el aumento del nivel del mar, y la acidificación del océano<sup>30</sup>. El ITLOS emitió su Opinión Consultiva, la núm. 31, el 21 de mayo de 2024<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> El texto del acuerdo está disponible en *Agreement for the establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, Edimburgo, 31 de octubre de 2021, <https://www.cosis-ccil.org/storage/documents/I-56940-0800002805c2ace.pdf>.

<sup>29</sup> La significativa influencia humana en los procesos terrestres a escala global llevó en 2001 a Paul Crutzen a sugerir que la actividad humana ha alterado las condiciones ambientales naturales de tal manera que habríamos dejado el Holoceno para entrar en una nueva época denominada Antropoceno. Sin embargo, el 20 de marzo de 2024, la Unión Internacional de Ciencias Geológicas (IUGS, por sus siglas en inglés), hizo pública su decisión de rechazar la propuesta de reconocer una Época del Antropoceno como una unidad formal de la Escala de Tiempo Geológico. Se argumenta, en este sentido, que los efectos humanos son transgresivos en el tiempo y varían espacial y temporalmente, lo que dificulta su representación por un horizonte isócrono. A pesar del rechazo, se reconoce que el Antropoceno seguirá siendo utilizado no solo por científicos de la Tierra y del medio ambiente, sino también por científicos sociales, políticos y economistas, así como por el público en general. Seguirá siendo un descriptor valioso del impacto humano en el sistema terrestre. La decisión está disponible en la página web de la IUGS: <https://www.iugs.org/>

<sup>30</sup> El texto de la petición está disponible en *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, caso núm. 31/2022, <https://climatecasechart.com/non-us-case/18416/>. Desde una perspectiva diferente pero complementaria, el 9 de enero de 2023, las Repúblicas de Colombia y Chile solicitaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que adoptara una Opinión Consultiva sobre la emergencia climática y los derechos humanos. *Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Chile y la República de Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, [https://www.corteidh.or.cr/observaciones\\_oc\\_new.cfm?nId\\_oc=2634](https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?nId_oc=2634). Unas semanas más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) pidió a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, (A/77/L.58, “Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático”, 1 de marzo de 2023), <https://www.icj-cij.org/case/187>. Este conjunto de pronunciamientos arrojará sin duda luz sobre el contenido de las obligaciones que pueden deducirse del Derecho internacional en este ámbito.

<sup>31</sup> Está disponible en *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law. Advisory Opinion*, International Tribunal for the Law of the Sea, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory\\_Opinion/C31\\_Adv\\_Op\\_21.05.2024\\_orig.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/C31_Adv_Op_21.05.2024_orig.pdf).

Tal y como anuncia el título de este estudio, se pondrá el foco aquí en los SIDS del Pacífico. Hay razones críticas para ello. Estos Estados se encuentran en una situación particularmente grave, ante un escenario de crisis que exige medidas urgentes y, más importante aún, creativas, para mitigar las repercusiones y preparar a estas naciones para cambios que se predicen como inevitables. La urgencia de la situación en los SIDS del Pacífico no debe, en efecto, subestimarse. Muchas de estas islas están apenas por encima del nivel del mar; lo que las hace extremadamente vulnerables a la elevación de los océanos. Los efectos no se limitan solo a la pérdida de territorios, que centrará este análisis. Hay implicaciones amplias sobre la seguridad alimentaria, la disponibilidad de agua dulce, la habitabilidad y la preservación de las culturas indígenas. Conscientes de ello, estos Estados se han convertido en actores particularmente dinámicos, proponiendo medidas tanto individual como conjuntamente<sup>32</sup>, que incluyen la exigencia de responsabilidad internacional a los países del Norte Global<sup>33</sup>. Entre estas medidas, destaca el patrocinio de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) sobre el cambio climático y las posibles repercusiones para la seguridad<sup>34</sup>.

A continuación, y a efectos ilustrativos, se va a examinar brevemente la situación particular de tres de estos países: Kiribati, Maldivas y Tuvalu. Se trata de tres SIDS localizados geográficamente en una de las regiones del planeta más expuesta a los efectos adversos de la elevación del nivel del mar<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> P. Galvao ha apuntado que la prevención del desplazamiento y la protección de las personas afectadas por el aumento del nivel del mar requieren implementar mecanismos específicos, fomentar la cooperación internacional con otros Estados y actores no estatales como empresas y Organizaciones Internacionales, y adoptar medidas para reducir los riesgos asociados al aumento del nivel del mar. Es esencial garantizar la transparencia en la información proporcionada a la comunidad sobre los posibles impactos y consecuencias de la subida del nivel del mar, así como tomar acciones positivas en favor de las poblaciones vulnerables, asegurando medidas de prevención que permitan a las comunidades adaptarse de manera eficaz a los efectos del cambio climático: GALVÃO TELES, Patrícia, "Derechos humanos y cambio climático: Un desafío para el Siglo XXI", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, núm. 20, 2020, pp. 286-304, p. 302. La cooperación internacional es una clave también para JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo y GONZÁLEZ GRECO, Daniela Jazmín, *Las migraciones climáticas: estudio desde la perspectiva regional y de la cooperación internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 26.

<sup>33</sup> MOVILLA PATEIRO, Laura, *op. cit.*, p. 277. A Pigrau Solé nos recuerda que, "entre otros, Tuvalu contempló en 2002 la posibilidad de demandar a Estados Unidos y a Australia ante la CIJ por su negativa a ratificar el Protocolo de Kyoto" y que "finalmente, renunció a esta iniciativa, a la vista de las dificultades del caso": PIGRAU SOLE, Antoni, "Cambio climático y responsabilidad internacional del Estado", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2022, pp. 45-80, p. 74.

<sup>34</sup> La resolución (A/RES/63/281), de 11 de junio de 2009, está disponible en: ASAMBLEA GENERAL, (A/RES/63/281, "Climate change and its possible security implications", 11 de junio de 2009), <https://digitallibrary.un.org/record/656156?v=pdf&ln=es>. Desde entonces, el tema ha seguido en la agenda de la AGNU. Se puede consultar uno de los últimos exponentes de su acción en este ámbito en <https://www.un.org/en/ga/78/resolutions.shtml>. Debe tenerse en cuenta que también el Consejo de Seguridad de NNUU ha debatido sobre este tema. En concreto, cabe señalar que mantuvo el 14 de febrero de 2023 un debate abierto sobre el impacto de la elevación del nivel mar para la paz y la seguridad internacionales. "Climate Change-induced Sea-Level Rise Direct Threat to Millions around World, Secretary-General Tells Security Council", *United Nations News*, 14 de febrero de 2023, <https://press.un.org/en/2023/sc15199.doc.htm>.

<sup>35</sup> Como ya se ha señalado aquí, la elevación del nivel del mar no es uniforme. Es particularmente grave en la región del Pacífico Occidental y, allí, afecta especialmente a los Estados de costas bajas y, en

y “cuya superficie terrestre puede quedar cubierta por el mar o resultar inhabitable”<sup>36</sup>. Estos países, en particular, están siendo notablemente proactivos y creativos a la hora de proponer, en la escena internacional, medidas y soluciones para mitigar estas consecuencias y, en última instancia, tratar de asegurar su supervivencia como Estados soberanos.

## 2.1. Kiribati

Kiribati es un país insular situado en el Pacífico central, formado por 33 atolones esparcidos en una vasta área oceánica. Su población, estimada en alrededor de 120.000 habitantes, lo convierte en uno de los países menos poblados del mundo. Junto con Tuvalu, lleva décadas tratando de mejorar las opciones de migración existentes hacia países desarrollados en la región, principalmente Australia y Nueva Zelanda, creando así “puntos” de sus comunidades en el extranjero<sup>37</sup>. Esta atención en la diáspora no solo busca preservar las conexiones culturales y sociales de la comunidad, sino también garantizar una red de seguridad económica y social para aquellos que se trasladan. Además, la compra de tierras en otros Estados es una de las estrategias impulsadas por Kiribati. Puede mencionarse, a título de ejemplo, la compra de la isla Rabi en Fiji por los Banabans<sup>38</sup>.

De Kiribati es igualmente el autor de la Comunicación en uno de los casos más importantes hasta el momento relativos a las obligaciones que impone el principio de no devolución en el contexto del cambio climático. Se trata de *Teitiota c. Nueva Zelanda*<sup>39</sup>, decidido por el Comité de Derechos Humanos. El Comité afirmó que, en ausencia de esfuerzos sólidos a nivel nacional e internacional para revertir los efectos del cambio climático, las obligaciones dimanantes del principio de no devolución pueden activarse para los Estados receptores cuando las condiciones de vida en los Estados emisores sean incompatibles con el derecho a disfrutar de una vida digna.

## 2.2. Maldivas

Maldivas, una nación archipelágica ubicada en el océano Índico al suroeste de Sri Lanka, cuenta con población de alrededor de 530.000 personas distribuidas en 26 atolones. Se trata de uno de los países más bajos del mun-

---

concreto, a los SIDS, que, en términos de población, suman en torno a 65 millones de habitantes: *Cfr.* el apartado 73 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 22)

<sup>36</sup> *Ibidem*, párrafo 74.

<sup>37</sup> McADAM, Jane, *op. cit.* nota 25, p. 5.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>39</sup> El Dictamen del Comité, adoptado en virtud del artículo 5.4 del primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a la Comunicación núm. 2728/2016, de 23 de septiembre de 2020, está disponible en <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html>.



do: su punto más alto alcanza solo unos 2.4 metros sobre el nivel del mar. Debido principalmente a esto, Maldivas enfrenta desafíos significativos como consecuencia del cambio climático. Dicho aumento amenaza la existencia misma de la nación, ya que incluso una pequeña elevación del nivel del mar podría inundar gran parte de su territorio. El gobierno de Maldivas ha estado a la vanguardia de los esfuerzos internacionales para combatir el cambio climático, abogando por reducciones de emisiones ambiciosas y medidas de adaptación innovadoras.

Algunas de esas medidas han pretendido llamar la atención de la Comunidad Internacional sobre la imperiosa necesidad de actuar. Con ese objetivo en mente, el 17 de octubre de 2009, el Presidente Mohammed Nasheed y 13 miembros del gobierno celebraron una reunión del gabinete bajo el agua<sup>40</sup>. Ya antes, había propuesto la compra de tierras en Australia o India para realojar a su población cuando su territorio deviniese inhabitable<sup>41</sup>. Además, Maldivas ha construido a dos metros sobre el nivel del mar una isla artificial, Hulhumalé, situada en el atolón de Kaafu, lo que le ha permitido ya el reasentamiento de parte de su población<sup>42</sup>. No es un caso aislado. Aunque la práctica no es aún consistente<sup>43</sup>, algunos otros Estados están también paliando esa mengua mediante la construcción de islas artificiales y enfrentando así la amenaza del cambio climático y la elevación del nivel del mar. Estas estructuras, construidas mediante tecnología avanzada, están diseñadas para ser resistentes a condiciones climáticas extremas y pueden sostener infraestructura crítica para comunidades humanas, incluyendo sistemas de protección contra inundaciones. Sin embargo, la construcción de estas islas conlleva desafíos significativos, como sus altos costes o los posibles impactos negativos en los ecosistemas marinos<sup>44</sup>.

### 2.3. Tuvalu

Tuvalu es un país insular situado en el Pacífico Sur, formado por nueve islas, de las cuales seis son atolones, y con una población que ronda las 12.000 personas. La totalidad de las islas se distribuyen en aproximadamente 26 kilómetros cuadrados de tierra firme. Su situación geográfica lo hace también

---

<sup>40</sup> Se da cuenta del hecho en: "Underwater Cabinet Meeting in the Republic of the Maldives", *Environment & Society*, <https://www.environmentandsociety.org/tools/keywords/underwater-cabinet-meeting-republic-maldives>.

<sup>41</sup> Se puede consultar una noticia sobre estas propuestas en "Sinking island's nationals seek new home", *CNN*, 11 de noviembre de 2008, <https://edition.cnn.com/2008/WORLD/asiapcf/11/11/maldives.president/index.html>

<sup>42</sup> SAKAMOTO, Akiko, *et al.*, "Mitigating impacts of climate change induced sea level rise by infrastructure development: Case of the Maldives", *Journal of Disaster Research*, Vol. 17, núm. 3 2022, pp. 327-334.

<sup>43</sup> *Vid.* los análisis en párrafos 166-174 del del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).

<sup>44</sup> ALLEN, Emma, "Climate change and disappearing island States: pursuing remedial territory", *Brill Open Law*, 2018, pp. 1-23, pp. 5-6.



particularmente vulnerable a los efectos del cambio climático, especialmente al aumento del nivel del mar. Dado que la mayor parte de su territorio se encuentra solo unos pocos metros por encima de aquel, sus tierras habitables, los recursos de agua dulce y las áreas agrícolas podrían desaparecer. Si se tiene en cuenta que, además del aumento del nivel del mar, Tuvalu enfrenta otros impactos del cambio climático, como el incremento en la frecuencia e intensidad de las tormentas y ciclones, la acidificación de los océanos y la alteración de los ecosistemas marinos, es evidente que el país se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad.

En respuesta a estos desafíos, Tuvalu ha tomado ya medidas para aumentar su resiliencia climática. Cabe destacar, en este sentido, la implementación de proyectos de adaptación y la promoción de energías renovables. Sin embargo, cuando estas medidas de adaptación amenazaron con revelarse inadecuadas en un escenario en el que el territorio podría terminar siendo inhabitable, el gobierno de Tuvalu inició conversaciones con Estados vecinos para comprar tierras a la que poder trasladarse. Dichas conversaciones tuvieron lugar, por ejemplo, en 2001 con Fiji y en 2008 con Australia. En ambos casos, la iniciativa perseguía que, en los nuevos destinos, Tuvalu pudiese seguir “funcionando como una nación soberana”<sup>45</sup>.

Como ocurre con Kiribati, Maldivas y el resto de SIDS, esa pervivencia se concibe como fundamental. En el plano interno, Tuvalu reformó su Constitución en 2023 para “blindar” su existencia más allá de la desaparición física del territorio. En virtud del artículo 2 (1) del vigente texto constitucional<sup>46</sup>:

“El Estado de Tuvalu, dentro de su marco histórico, cultural y legal, permanecerá a perpetuidad en el futuro, sin importar los impactos del cambio climático u otras causas que resulten en la pérdida del territorio físico de Tuvalu”.

Esa estrategia interna se ha visto acompañada de otra exterior. Durante la COP26 se hicieron virales las imágenes del Ministro de Asuntos Exteriores de Tuvalu, Simon Kofe, dando su discurso sumergido hasta las rodillas en el mar<sup>47</sup>. El propósito de esta *performance* era ayudar a concienciar sobre la amenaza que el cambio climático representa para la supervivencia de su país. En esa misma Conferencia, el Primer Ministro de Tuvalu, Kausea Natano, avanzó un proyecto a todas luces disruptivo: la creación de un “gemelo digital”<sup>48</sup> para

<sup>45</sup> McADAM, Jane, *op. cit.* nota 7, p. 144.

<sup>46</sup> La Constitución de Tuvalu está disponible en [https://tuvalu-legislation.tv/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1986/1986-0001/ConstitutionofTuvalu\\_2.pdf](https://tuvalu-legislation.tv/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1986/1986-0001/ConstitutionofTuvalu_2.pdf).

<sup>47</sup> Las imágenes están disponibles en “Hablamos con el ministro de Tuvalu sumergido en el mar: “Hay tecnología para salvar nuestras islas”, *Euronews*, 9 de noviembre de 2021, <https://es.euronews.com/2021/11/09/hablamos-con-el-ministro-de-tuvalu-sumergido-en-el-mar-hay-tecnologia-para-salvar-nuestras>.

<sup>48</sup> Un gemelo digital se ha definido como una representación virtual de un objeto físico, un sistema o un proceso que se actualiza utilizando datos en tiempo real. El término fue utilizado por primera vez por la NASA en 2010, aunque la agencia espacial estadounidense había aplicado ya esta herramienta

preservar su cultura, su idioma y su herencia<sup>49</sup>. El proyecto, titulado “The First Digital Nation”<sup>50</sup> fue oficialmente presentado por el Ministro de Asuntos Exteriores un año después, durante la COP 27 celebrada en Sharm el-Sheij. Según sus propias palabras:

This digital transformation will allow Tuvalu to retain its identity and continue to function as a state, even after its physical land is gone. It will also facilitate the governance of a Tuvaluan diaspora by creating a virtual space where Tuvaluans can connect with each other, explore ancestry and culture, and access new opportunities for business and commerce in various industries. Moreover, a permanent digital replica of Tuvalu — a new “defined territory” — will aid in the fight for continued sovereignty under international law<sup>51</sup>.

Así, dando ya por seguro que la totalidad del territorio de este Estado insular de baja altitud se volverá inhabitable en el contexto del cambio climático, para desaparecer después, Tuvalu ha vuelto su mirada al metaverso para replicarse en él. En diciembre de 2023, 26 países habían reconocido la soberanía digital de Tuvalu<sup>52</sup>. Es interesante destacar que los gemelos digitales podrían desempeñar un papel crucial en la preservación de la identidad cultural y el patrimonio de los Estados amenazados por el cambio climático. Mediante la digitalización de lugares, tradiciones y bienes culturales, estos Estados podrían asegurar que, independientemente de las transformaciones físicas del territorio, los aspectos fundamentales de su cultura e historia permanezcan accesibles para las generaciones futuras y para la diáspora mundial. Con todo, la implementación de gemelos digitales no está exenta de desafíos. Requiere una inversión significativa en tecnología y desarrollo de capacidades, así como una robusta infraestructura de datos. También plantea retos sobre

---

en sus misiones a la luna aproximadamente medio siglo antes. Cuando el Apolo 13 estaba al borde del fracaso, la NASA utilizó simulaciones para replicar los posibles escenarios a los que se enfrentaba la nave espacial y determinar la estrategia más probable para evitar el desastre: WOODWARD, William, *Backup nations: countries making digital twins to mitigate natural disasters*, 2024, <https://www.nesta.org.uk/feature/future-signals-2024/countries-making-digital-twins/>. Las aplicaciones de los gemelos digitales se han expandido desde entonces a ámbitos como la aviación o el planeamiento urbanístico.

<sup>49</sup> “The existential threat of climate change and sea level rise has strengthened our resolve to preserve our statehood and sovereignty. In this respect, we have embarked on international discussion on legal mechanisms that can recognize our maritime boundaries and assets as permanent despite the impacts of sea level rise. We must also ensure that legal mechanisms are in place to protect the cultures, languages, and heritages of nations like Tuvalu, including through digitization and building mobile digital nations”. El discurso completo está disponible en UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE, “Tuvalu — High-level Segment Statement COP 26”, 4 de noviembre de 2021, <https://unfccc.int/documents/309516>.

<sup>50</sup> Los detalles están disponibles en <https://www.tuvalu.tv/>.

<sup>51</sup> Cfr. el discurso citado supra, nota 50.

<sup>52</sup> El dato fue publicado en “26 countries recognise Tuvalu’s digital sovereignty”, *Gov Tech Review*, 6 de diciembre de 2023, <https://www.govtechreview.com.au/content/gov-geospatial/news/26-countries-recognise-tuvalu-s-digital-sovereignty-764474170>.

la seguridad y la privacidad de esos datos, especialmente cuando se trata de información sensible sobre individuos y comunidades<sup>53</sup>.

### 3. ¿ESTADOS DES-TERRITORIALIZADOS COMO CONSECUENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO?

#### 3.1. La centralidad del territorio en el Derecho internacional contemporáneo

“El territorio del Estado es el ámbito espacial en el que este ejerce su soberanía. El territorio del Estado delimita su soberanía”<sup>54</sup>. Estas palabras de los profesores O. Casanova y A. J. Rodrigo sistematizan lo que los estudiantes de Derecho internacional público llevan generaciones aprendiendo. La cita pone de manifiesto la centralidad del territorio en el marco de la soberanía estatal. Tal y como recuerdan estos autores, la Corte Permanente de Arbitraje lo afirmó con rotundidad en 1910, en el laudo dictado en el asunto de las *Pesquerías del Atlántico Norte*<sup>55</sup>. En un sentido semejante, A. Anghie nos recuerda que la primacía del territorio se asentó ya en el Derecho internacional moderno de tal modo que independientemente del grado en que una entidad pueda haber satisfecho los otros criterios de la estatalidad, el hecho de no ocupar territorio impediría que la entidad sea reconocida como soberana. El control territorial devino así fundamental en el proceso de conformación del Estado soberano<sup>56</sup> y, en definitiva, del Derecho internacional<sup>57</sup>.

La centralidad del territorio no está exenta de crítica. C. Storr sostiene que el concepto de territorio en Derecho internacional es una construcción eurocéntrica que define la relación entre comunidad, autoridad y lugar sobre la base de las corrientes filosóficas europeas de la Ilustración que separan al sujeto humano del objeto natural. Como es sabido, durante los movimientos de descolonización del siglo XX, el Estado territorial soberano se normalizó como el único modelo apto para lograr el reconocimiento. Sin embargo, esta normalización, en su opinión, habría limitado la capacidad de “descolonización sustantiva”, manteniendo las divisiones territoriales y estructuras jurídicas impuestas por

<sup>53</sup> NAQVI, Naseem, “Metaverse for public good: embracing the societal impact of metaverse economies”, *The Journal of The British Blockchain Association*, vol. 6, núm. 1, 2023, p. 12.

<sup>54</sup> CASANOVAS, Oriol y Rodrigo, Ángel J., *Compendio de Derecho internacional público*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 274.

<sup>55</sup> Controversia relativa a las pesquerías del Atlántico Norte (Gran Bretaña c. Estados Unidos), laudo de 7 de septiembre de 1910, en United Nations Reports of international arbitral awards, vol. XI, pp. 167-226.

<sup>56</sup> ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 57.

<sup>57</sup> “It is universally agreed that (...) [international law] has something to do with States”. He toma do la cita original de Baty (BATY, Thomas, *The Canons of International Law*, J. Murray, Londres, 1930) del trabajo de SIMPSON, Gerry, “Something to do with States”, en ORFORD, Anne y HOFFMANN, Florian (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 564.

poderes imperiales, y perpetuando construcciones eurocéntricas del territorio que marginan otras concepciones de la relación entre comunidad, autoridad y lugar, que podrían responder mejor a los límites ambientales<sup>58</sup>. En un sentido semejante, parte de la doctrina ha denunciado que la “trampa del territorio” (*territorial trap*)<sup>59</sup> habría impedido la lucha exitosa contra el cambio climático, un fenómeno *per se* transfronterizo y que, en consecuencia, desafía los planteamientos hegemónicos basados en la idea de la soberanía territorial.

### 3.2. Territorio y procesos naturales

En ese contexto, y en lo que tiene que ver, en particular, con los modos de adquisición y pérdida del territorio, lo natural ha jugado un papel significativo. J. Barberis nos recuerda que determinados accidentes naturales, tales como costas marítimas, ríos o arroyos, glaciares o líneas de altas cumbres, sirven en ocasiones para demarcar el territorio entre Estados. Y que estos accidentes pueden modificarse por la acción de movimientos naturales<sup>60</sup>. Así, por ejemplo, las consecuencias jurídicas del desplazamiento de cursos de agua utilizados como límites entre Estados, que abandonan su curso anterior, han sido abundantemente analizados por la doctrina en relación con supuestos de aluvión (entendido como el proceso por el cual un Estado incrementa su superficie debido a la acción natural de los elementos, como el depósito gradual de sedimentos<sup>61</sup>) y avulsión (cuando, como consecuencia de eventos más abruptos, una porción de tierra se desplaza y se adhiere a otro territorio<sup>62</sup>). Los movimientos naturales afectan también a las islas fluviales, que pueden “desplazarse” para acabar bajo la jurisdicción de un Estado diferente al Estado bajo cuya jurisdicción estaba antes de que se produjese dicho desplazamiento. En ese caso, como afirma J. Barberis, dicho “desplazamiento” tendrá consecuencias internacionales<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> STORR, Cait, “Denaturalising the Concept of Territory in International Law”, en DEHM, Julia y NATARAJAN, Usha (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 179-199, p. 180.

<sup>59</sup> AGNEW, John, “The territorial trap: The geographical assumptions of international relations theory”, *Review of international political economy*, vol. 1, núm. 1, 1994, pp. 53-80.

<sup>60</sup> BARBERIS, Julio. A., *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2003, pp. 98-99.

<sup>61</sup> Me refiero al proceso natural de crecimiento del territorio ocasionado por la lenta adición de material (arcilla, limo, arena o grava) del suelo a la tierra mediante deposición originada por causas naturales: ANAND, Ram P., “Accretion”, en PETERS, Anna (ed.), *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, 2006, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1372>. Unas décadas antes, R. Y. Jennings afirmó que se trataba de uno de los cinco modos mediante los que se adquiere la soberanía territorial, precisamente cuando la forma de la tierra cambia como consecuencia de procesos naturales: JENNINGS, Robert Y., *The acquisition of territory in international law*, Manchester, Nueva York, Manchester University Press, 1963, pp. 6-7.

<sup>62</sup> WALLACE, Rebecca M.M. y MARTIN-ORTEGA, Olga, *International Law*, 9ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2020, p. 108.

<sup>63</sup> BARBERIS, J., *op. cit.*, pp. 106-107.

#### 4. ¿PERPETUIDAD SOBERANA?: LA PRESUNCIÓN DE CONTINUIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En principio, la desaparición del territorio, uno de los elementos esenciales de la estatalidad, supondría que el Estado deja de existir como sujeto de Derecho internacional y, en consecuencia, como miembro de la Comunidad Internacional<sup>64</sup>. Sin embargo, la idea de la soberanía territorial, que ha prevalecido desde la aparición de los Estados naciones modernos europeos y los escritos de Vattel<sup>65</sup>, se ha visto inmediatamente interpelada por esta nueva, y quizás inminente, realidad. Y ello al menos en dos sentidos diferentes. De una parte, es necesario abordar la cuestión de qué es un Estado en Derecho internacional con el fin de determinar si la pérdida del territorio impide, en efecto, su continuidad. De otra, parece oportuno plantearse, en consecuencia, si no deberían considerarse nuevas formas de estatalidad como un modo de perpetuar la subjetividad internacional una vez extinguido el territorio<sup>66</sup>. Lo cierto es que las soluciones propuestas hasta ahora por la doctrina no ofrecen respuestas del todo satisfactorias a estos dilemas<sup>67</sup>.

Durante los debates celebrados en la Sexta Comisión de la AGNU en 2022 y 2023, un número significativo de Estados apoyó la idea de la presunción de la continuidad del Estado cuyo territorio desaparece como consecuencia de la elevación del nivel del mar<sup>68</sup>. Entre los Estados que se mostraron en contra de que un Estado que hubiera perdido su territorio pudiese continuar siendo considerado como tal se encuentran, por ejemplo, Croacia y el Reino Unido<sup>69</sup>. Tal y como afirma con acierto el Informe de la ILA citado aquí, las opiniones sobre la terminación o continuidad de la condición de Estado en el contexto del aumento del nivel del mar relacionado con el cambio climático

<sup>64</sup> La International Law Association (ILA), que analiza la cuestión del “Derecho internacional y la elevación del nivel del mar” desde 2012, ha sugerido que podría ser posible aventurarse a cuestionar el significado y contenido del concepto de “territorio”. Así, una porción de tierra que se sumerge como consecuencia del aumento del nivel del mar relacionado con el cambio climático, pero que anteriormente había constituido un territorio terrestre de un Estado ribereño, podría seguir siendo considerada como territorio: Cfr. el Informe de la Conferencia celebrada por la ILA en Lisboa en 2022, disponible en el siguiente enlace: ILA, [https://www.ila-hq.org/en\\_GB/committees/international-law-and-sea-level-rise](https://www.ila-hq.org/en_GB/committees/international-law-and-sea-level-rise).

<sup>65</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, p. 133.

<sup>66</sup> BILKOVA, Veronika, “A State Without Territory?”, *Netherlands Yearbook of International Law 2016: The Changing Nature of Territoriality in International Law*, 2017, pp. 19-47.

<sup>67</sup> Vid., por todos: LOK, Sarah, *op. cit.*, pp. 31-55; WONG, Derek, “Sovereignty Sunk-The Position of Sinking States at International Law”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, 2013, pp. 346-391.

<sup>68</sup> El Documento complementario del segundo documento temático (2022), de 19 de febrero de 2024, preparado por Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria, Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional (A/CN.4/774) da cuenta de los términos del debate en los apartados 21-35 y 77-87. Destaca, en particular, la “Declaración sobre la continuidad de la condición de Estado y la protección de las personas ante la subida del nivel de la mar relacionada con el cambio climático” adoptada el 9 de noviembre de 2023 por los representantes de los Estados, países y territorios que integran el Foro de las Islas del Pacífico. No se trata, con todo, de una opinión unánime.

<sup>69</sup> Cfr. los apartados 28 y 82 del Documento complementario del segundo documento temático (2022), de 19 de febrero de 2024.

que pretenden fundamentarse en el Derecho internacional difieren bastante, pero pueden dividirse en dos enfoques principales, ambos relativos a la formulación del punto de partida del debate. Un enfoque parte de la presunción de continuidad del Estado. El otro enfoque se basa en el argumento de que, dado que los Estados son entidades territoriales, la pérdida del territorio le hace perder tal condición<sup>70</sup>.

#### 4.1. La (ir)relevancia de la Convención de Montevideo en relación con la continuidad y extinción de los Estados

Existe un consenso suficiente en torno a la idea de que la definición de Estado<sup>71</sup> está ligada a los requisitos que, de acuerdo con la Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados<sup>72</sup>, deben concurrir para que sea considerado sujeto de Derecho internacional<sup>73</sup>. En su artículo 1, la Convención exige que el Estado, como persona de Derecho internacional, cuente, entre otros requisitos, con un territorio determinado. Tal y como R. Higgins afirmase 30 años después de su aprobación, la definición de Estado habría permanecido prácticamente inalterada y seguía estando bien descrita por las disposiciones de la Convención de Montevideo<sup>74</sup>. Casi sesenta años después, la denominada Comisión Badinter<sup>75</sup> asumió dicha definición al afirmar que el Estado, que se caracteriza por su soberanía, es una comunidad que debía contar con un territorio y una población bajo una autoridad políticamente organizada.

Sin territorio, en consecuencia, no habría Estado que pudiese ser reconocido como sujeto de Derecho internacional<sup>76</sup>. ¿Implica esta última afirmación

<sup>70</sup> *Vid. supra* nota 65, p. 24.

<sup>71</sup> En 1954 afirmaba K. Marek que la noción de Estado es una de las más difíciles de aquilatar jurídicamente: MAREK, Krystyna, *Identity and cointuinity of States in Public International Law*, Librairie E. Droz, Ginebra, 1954, p. 161.

<sup>72</sup> Montevideo, 26 de diciembre de 1933, Serie sobre Derecho y Tratados, OEA, núm. 24, disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>.

<sup>73</sup> RIM, Yehoon, "State Continuity in the Absence of Government: The Underlying Rationale in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 32, núm. 2, 2021, pp. 485-505.

<sup>74</sup> HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and how we use it*, Oxford University Press, 1995, p. 39.

<sup>75</sup> *Cfr.* el Dictamen núm. 1 de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia para la Paz en Yugoslavia, *International Law Reports*, vol. 92, 1993, pp. 162-166.

<sup>76</sup> "States have paramouncy in international law by virtue of their stable and permanent control over territory": CASSESE, Antonio, *International Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 74; "States should have a territory, without territory, there can be no state. The idea of a cyberstate, then —a state without territory, — is difficult to conceive of under the requirements of international law": KLABBERS, Jan, *International Law*, 4ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2024, p. 74; "El Estado ejerce necesariamente sus poderes jurídicos internacionales sobre un espacio determinado de la superficie terrestre y posee por ello naturaleza de ente territorial. En la práctica ningún Estado se ha formado jurídicamente sin territorio propio (...) Aunque la exigüidad del territorio puede ser un elemento que, junto con otros, impide que un determinado ente sea calificado como Estado soberano": MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 100; "Lo esencial radica en la existencia de un territorio cierto, aunque sea

que la pérdida del territorio de un Estado ya reconocido como tal supone la ineludible pérdida de tal condición? Dicho en otros términos: siendo indudablemente relevante en relación con la creación de Estados<sup>77</sup>, ¿es la Convención de Montevideo igualmente decisiva cuando se trata de determinar su extinción? Esta cuestión, la de la (ir)relevancia de la Convención de Montevideo en relación con la extinción de Estados se revela clave para resolver algunos de los desafíos que enfrentan, en particular, los SIDS<sup>78</sup>. ¿Sigue siendo válida la afirmación de K. Marek de que el Derecho internacional consuetudinario no proporciona ningún criterio definitivo para determinar cuándo un Estado deja de existir?<sup>79</sup> En lo que aquí interesa, la pregunta cuya respuesta debe abordarse es si, después de la pérdida de alguno de esos elementos (en nuestro caso, la pérdida del territorio), el Estado continúa existiendo<sup>80</sup>.

De los dos enfoques de partida apuntados por la ILA, considero más útil el que aboga por la existencia de una presunción de continuidad del Estado. Esta presunción de continuidad actuaría como un principio jurídico que contrarrestaría la conclusión de que un Estado automáticamente dejaría de existir sin territorio físico. En lugar de abogar por una disolución rápida y potencialmente caótica de un Estado, el Derecho internacional tendería a presumir y favorecer la continuidad, permitiendo así que el Estado en cuestión adapte y redefina sus modalidades de existencia<sup>81</sup>. Diferentes argumentos apoyarían esta conclusión.

En primer lugar, parece existir un consenso en torno a la idea de que, en general, la adquisición o pérdida de territorio no interfiere con su continuidad. Al respecto, J. Crawford afirma lo siguiente:

“It is established that acquisition or loss of territory does not itself affect the continuity of the State. This may be so even where the territory acquired or lost is substantially greater in area than the original or remaining State territory. The presumption of continuity is particularly strong where the constitutional system of the State prior to acquisition or loss continues in force”<sup>82</sup>.

---

reducido, y básicamente estable”: REMIRO BROTONS, Antonio, *et alii*, *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 99.

<sup>77</sup> Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que en 1936 el Instituto de Derecho Internacional vinculó estos requisitos, incluido el territorio, con el reconocimiento de un nuevo Estado: *Cfr.* el artículo 1 de la resolución relativa al “Reconocimiento de nuevos Estados y nuevos gobiernos”, disponible en [https://www.idi-ii.org/en/sessions/brussels-1936/?post\\_type=publication](https://www.idi-ii.org/en/sessions/brussels-1936/?post_type=publication).

<sup>78</sup> LOK, Sarah, *op. cit.*, p. 33.

<sup>79</sup> MAREK, Krystyna, *op. cit.*, p. 7.

<sup>80</sup> Esta misma autora afirma que “el hecho de que los cambios territoriales no tengan efecto en la identidad de los Estados conduce a la importante conclusión de que no es el territorio el que determina esa identidad (...) el territorio debe ser excluido como un factor capaz de determinar la identidad de un Estado”: *ibidem*, pp. 21-22. En el mismo sentido, *Vid.*: CRAWFORD, James, *The creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 673.

<sup>81</sup> En el mismo sentido, *Vid.*, por ejemplo: GLIBOFF, Jonathan, *op. cit.*, p. 1751.

<sup>82</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 673.



Desde luego, la conclusión es susceptible de variar cuando se trata de la pérdida de la totalidad del territorio. Y, sin embargo, un segundo argumento a favor de la continuidad también en este caso se deduce del hecho de que es igualmente así en ausencia de otros elementos del Estado. En particular, en ausencia de un gobierno efectivo y estable. Así, la práctica internacional parece confirmar que la ausencia de un gobierno durante un período sustancial no hace que un Estado se extinga automáticamente. Un Estado en tal situación puede ser calificado de “Estado fallido”, pero sigue siendo un Estado a ojos de la sociedad internacional<sup>83</sup>.

Aboga igualmente por la idea de continuidad el hecho de que la Comunidad Internacional cuenta entre sus sujetos con otras entidades que se han visto desprovistas de su territorio. Los ejemplos típicos, en este sentido, ampliamente analizados, son la Soberana Orden de Malta y la Santa Sede<sup>84</sup>. Así, entre 1870 y 1929, cuando nace el Estado Vaticano, la Santa Sede conservó su personalidad jurídica internacional a pesar de haber perdido la soberanía sobre los Estados Pontificios. Por su parte, la Orden de Malta sigue gozando de subjetividad internacional a pesar de la pérdida de los territorios sobre los que tenían soberanía: las islas de Malta y Rodas<sup>85</sup>.

Sin embargo, si como afirma J. Crawford<sup>86</sup>, el elemento del territorio no es sino la condición que permite al gobierno ejercer sus funciones de manera independiente, será clave determinar de qué modo dicha independencia puede garantizarse aún en ausencia de ese elemento físico. Sin que ello menoscabe, por lo demás, la naturaleza misma del Derecho internacional<sup>87</sup>.

## 4.2. Continuidad del Estado y derecho a la libre determinación de los pueblos

---

<sup>83</sup> RIM, Yehoon, *op. cit.*, p. 490. Por otra parte, tal y como señala E. Martín Pascual, hasta ahora, “los únicos precedentes hacen referencia al elemento Gobierno cuando este fracasa en su cometido de controlar su territorio y su población. En este sentido, tenemos el ejemplo claro de Somalia, Estado en el que falla el elemento Gobierno, en manos de Naciones Unidas, y cuyo presupuesto de controlar tanto el territorio como a la población queda reducido a una mínima parte del centro de su capital, Mogadiscio. En estos casos, lo habitual es acudir al principio de continuidad y, si hablamos de extinción de un Estado, se vincula con la sucesión de Estados, principio según el cual un nuevo Estado reemplaza al extinto en la responsabilidad de las relaciones internacionales”: MARTÍN PASCUAL, Estela, “Migraciones causadas por la subida del nivel del mar: un reto para el Derecho internacional”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, núm. 2, 2018, p. 7.

<sup>84</sup> *Vid.* los análisis en párrafos 112-154 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).

<sup>85</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 231.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>87</sup> “For international law is, above all, a legal order governing relations between independent States, that is to say, between separate and distinct entities. No international law would be either possible or necessary, without a clear delimitation of its subjects, which together form the international community”: MAREK, Krystyna, *op. cit.*, p. 163. Desde luego, 70 años después, no puede desconocerse la importancia de otros sujetos que, junto con los Estados, justifican la necesidad del Derecho internacional.

Comparto la idea de que cabe considerar la continuidad del Estado, y la forma en que la misma se materializa, consecuencia o expresión del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos que habitan en los SIDS. En virtud del derecho a la libre determinación, todos los pueblos tienen el derecho de determinar su estatus político y de perseguir su desarrollo económico, social y cultural<sup>88</sup>. Tradicionalmente, este derecho se ha concebido como uno de los pilares que ha sustentado el proceso de descolonización y, en buena medida, la lucha contra la opresión. Sin embargo, en el contexto del cambio climático, puede transformarse en un principio vital para la adaptación y la supervivencia de los pueblos cuyos territorios pueden desaparecer como consecuencia de la elevación del nivel del mar. Así lo ha mantenido la CDI con ocasión de sus trabajos, considerando que posibilita la preservación de identidades de diversa naturaleza. Entre ellas, las de carácter nacional, cultural o de grupo<sup>89</sup>. También defendieron esta interpretación, por lo demás, algunos Estados durante los debates celebrados en la Sexta Comisión de la AGNU en 2022 y 2023<sup>90</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, para los SIDS, la amenaza de perder su territorio no solo es una crisis ambiental y económica, sino también una crisis de identidad y soberanía. En este sentido, el derecho a la libre determinación debería interpretarse también como el derecho a la continuidad del Estado, independientemente de la presencia física de territorio. Este enfoque permitiría a los SIDS mantener su estatus internacional y su capacidad de interactuar en el ámbito global, salvaguardando los intereses e identidad propia. Ahora bien, cabe convenir, junto con McAdam, que el derecho a la autodeterminación no otorga a los pueblos de estos Estados el derecho a reclamar tierras en otros Estados, lo que sin duda menoscabaría otros principios que, como el de integridad territorial<sup>91</sup>, revisten una importancia igualmente fundamental en el marco del Derecho internacional contemporáneo.

#### **4.3. Los costes de la no continuidad del Estado como consecuencia de la pérdida del territorio**

La desaparición física de Estados como consecuencia de la pérdida de territorio tendría profundas repercusiones en la estructura de la Comunidad Internacional.

En primer lugar, la disminución en el número de Estados debido a la subida del nivel del mar y otros impactos del cambio climático resultaría en una reducción significativa de la diversidad cultural, política y económica que es

---

<sup>88</sup> Un análisis reciente de los desarrollos del principio puede verse en: TORROJA MATEU, Helena, *La libre determinación de los pueblos, ¿Un derecho a la independencia para cualquier pueblo?*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

<sup>89</sup> Cfr. el apartado 163 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).

<sup>90</sup> *Vid. supra* nota 69.

<sup>91</sup> McADAM, Jane, *op. cit.* nota 25, p. 16.

consustancial a la sociedad internacional contemporánea<sup>92</sup>. Esta pérdida de diversidad es especialmente crítica cuando consideramos la relación de corte cosmológico entre algunos de los pueblos y sus tierras, particularmente para las comunidades indígenas y tribales. Por ejemplo, en Tuvalu, la identidad cultural y la cohesión social están profundamente arraigadas en las comunidades indígenas conocidas como *fenua*, que incluyen a los Funafuti, Nanumea, Nanumaga, Nuitao, Nui, Nukulaelae, Vaitupu y Nukufetau<sup>93</sup>. La pérdida de su territorio no solo amenaza la supervivencia física de estas comunidades, sino que también compromete su estructura social y cultural, erosionando las tradiciones y la historia compartida que son fundamentales para su identidad.

Desde una perspectiva geopolítica, la desaparición de Estados debido a la pérdida de territorio podría alterar significativamente el equilibrio internacional. La reducción en el número de actores estatales modificaría las dinámicas de poder y podría crear vacíos que afectarían la estabilidad regional<sup>94</sup> y global.

Así, la continuidad del Estado, incluso en ausencia de territorio, no solo es una cuestión de soberanía, sino una estrategia clave para preservar la diversidad y estabilidad de la Comunidad Internacional. Esto requiere un replanteamiento de nuestras nociones tradicionales de Estado y soberanía, la consideración de nuevas formas de reconocimiento y representación para aquellos Estados cuya existencia física está amenazada por estos fenómenos sin precedentes.

## 5. ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS

La CDI, la ILA y la doctrina vienen debatiendo en los últimos años algunas propuestas que, sustentadas en la idea de continuidad, pretenden ofrecer a los Estados que enfrentan su posible extinción como consecuencia de la subida del nivel del mar alternativas que la eviten. Lo que se ofrece a continuación es un análisis de algunas de ellas, que en todo caso deberán adaptarse a las circunstancias propias de cada caso. Debe tenerse en cuenta, además, que el diseño e implementación de estas alternativas deben concebirse en el marco de un proceso que, aun pudiendo desembocar en la pérdida total del territorio de algunos Estados, será paulatino. Esto es, en un primer estadio de ese proceso, estaremos ante Estados cuyos territorios se convertirán en parcial o totalmente inhabitables<sup>95</sup>, pero que no habrán desaparecido todavía. En un segundo mo-

---

<sup>92</sup> Tal y como se ha afirmado, “international orders emerge in heterogenous, not unitary, cultural contexts”: REUS-SMIT, Christian, “Cultural diversity and international order”, *International Organization*, vol. 71, núm. 4, 2017, pp. 851-885, p. 881.

<sup>93</sup> KITARA, Taulkiei, *et alii*, “Fale Pili: a Tuvaluan perspective on mobility justice”, *Applied Mobilities*, 2024, p. 7.

<sup>94</sup> MOORE, Liam, “A dysfunctional family: Australia’s relationship with Pacific Island states and climate change”, *Australian Journal of International Affairs*, Vol. 73, núm. 3, 2024, pp. 286-305.

<sup>95</sup> En este último caso, el Estado podría llegar a experimentar, antes de la desaparición del territorio, la de otros elementos: la totalidad de su población y el gobierno. En esa situación, este podría se-

mento, partes de los mismos quedarían sumergidas para, finalmente, quizás desaparecer definitivamente. Tal y como ha afirmado la ILA<sup>96</sup>:

“Given that longer-term process, and a focus on the changes ongoing in the course of it, it may be advisable to start the analysis by taking another careful look at the conclusion reached by James Crawford, that ‘there is a strong presumption against the extinction of States once firmly established.’ The implication of this, however, could be more usefully related to the process itself — and changes in circumstances occurring in the course of it — than to its possible end result for those among affected small island and archipelagic States that risk to lose all or at least most of their territory between the middle and the end of this century. Some among the affected States may remain, albeit with much less territory, a lesser resident population and weaker capacity to display the functions of a State. Thus, questions of the attributes of statehood or a new form of international legal personality may emerge and will have to be addressed in the course of that long-term process, ultimately also impacting the legal outcomes. A ‘presumption against the extinction of States once firmly established’ could prove, therefore, highly valuable and relevant in the course of that process, albeit perhaps less so regarding the possible end result for some of the affected States”.

De lo que se trataría, en mi opinión, es de garantizar que, en la medida de lo posible, en cada caso, el horizonte es la preservación del Estado, su continuidad, de tal modo que se le permita ejercer todas o algunas de las funciones y prerrogativas que acompañan la subjetividad estatal: *ius legationis*, *ius contrahendi*, membresía en Organizaciones Internacionales, soberanía sobre sus propios recursos naturales, ejercicio de las competencias personales<sup>97</sup>, presentación de reclamaciones ante órganos internacionales de solución de controversias y reclamación de las reparaciones que correspondan cuando, de acuerdo con el Derecho internacional de la responsabilidad internacional<sup>98</sup>, sea víctima de un perjuicio<sup>99</sup>.

---

guir cumplimiento con sus funciones como una suerte del gobierno en el exilio. Se trata de una fórmula que la doctrina ha propuesto como solución en los casos a los que se refiere este trabajo. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, hasta ahora, la práctica internacional se refiere a supuestos en los que la continuidad del Estado no está en entredicho: TALMON, Stefan, “Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law”, en GOODWIN-GILL, Guy y TALMON, Stefan (eds.), *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 501.

<sup>96</sup> *Vid. supra*, nota 65.

<sup>97</sup> *Cfr.* el apartado 197 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).

<sup>98</sup> Entre nosotros, A. Pigrau Solé ha examinado la posibilidad de una reclamación interestatal por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho internacional en el ámbito de la lucha contra el cambio climático. Además de los elementos del hecho internacionalmente ilícito y de la cuestión de la reparación, este autor identifica en su trabajo cuatro posibles bases que podrían sustentar aquella jurídicamente: la obligación de reducir emisiones de gases de efecto invernadero o proteger la atmósfera; la obligación de no causar daño ambiental más allá de la jurisdicción nacional; la obligación de proteger los derechos humanos; y la obligación de regular y controlar las actividades llevadas a cabo por las empresas: PIGRAU SOLE, Antoni, *op. cit.*

<sup>99</sup> S. Lok analiza, precisamente, que el Derecho internacional de la responsabilidad podría servir de base para que estos Estados exigiesen su continuidad: LOK, Sarah, *op. cit.*, pp. 47-55.

Entre las posibilidades debatidas a nivel doctrinal, se examinarán a continuación, en primer lugar, la de la eventual reconstitución de un Estado en el territorio de otro ya existente. Se trata de una alternativa que abre, por lo demás, un debate sobre las dinámicas entre fronteras. En segundo lugar, abordaremos la pregunta de si es el momento de explorar nuevas formas de subjetividad internacional no estatal. Por último, la subjetividad digital emerge como una nueva realidad en el siglo del cambio climático, planteando retos y oportunidades singulares.

### 5.1. Entre fronteras: las posibilidades de reconstitución de un Estado en el territorio de otro ya existente

El Derecho internacional no prohíbe explícitamente la reconstitución de un Estado dentro de otro Estado existente<sup>100</sup>. La reconstitución presupone que el Estado reconstituido adquiere parte del territorio del Estado existente, bien por cesión, bien por compra o alquiler de tierras<sup>101</sup>. Sin embargo, este proceso no está exento de desafíos legales, políticos y diplomáticos complejos. Si bien el principio de autodeterminación podría respaldar esta idea, siempre y cuando la misma sea reflejo de la voluntad genuina de la población implicada, su aplicación puede resultar igualmente controvertida, especialmente cuando se tienen en cuenta las repercusiones para la integridad territorial del Estado que acoge<sup>102</sup>. La mayoría de los Estados priorizan el principio de integridad territorial, lo que encuentra un claro respaldo en el Derecho internacional contemporáneo<sup>103</sup>, tal y como recoge la Carta de las NNUU. Sobre la base de este principio, las fronteras estatales existentes no deberían modificarse sin el acuerdo del Estado en cuestión. Por lo tanto, aunque la reconstitución de un Estado dentro de un Estado existente no esté prohibida *per se*, la aplicación, en la práctica, de esta solución, deberá ser el resultado del equilibrio entre los principios de libre determinación de los pueblos e integridad territorial.

Por otro lado, para que un Estado reconstituido funcione efectivamente como un Estado soberano, necesitará del reconocimiento de la Comunidad Internacional, en particular de otros Estados. Aun siendo el reconocimiento de Estados declarativo, y no constitutivo de tal condición, en términos “prácticos” resulta evidente que un Estado que no fuese en absoluto reconocido terminará siendo inoperante. La obtención de tal reconocimiento a menudo

<sup>100</sup> McADAM, Jane, *op. cit.* nota 7, p. 147.

<sup>101</sup> *Vid.* el análisis de STANCIL, Hayley, “Buoying Statehood: The Impact of Rising Sea Levels on Statehood in International Law”, *North Carolina Journal of International Law*, Vol. 49, 2023-2024, pp. 150-151.

<sup>102</sup> *Vid. supra*, epígrafe 4.2.

<sup>103</sup> Un ejemplo, para D. Bethlehem, del papel central que ha ocupado la geografía en el sistema de Derecho internacional: BETHLEHEM, Daniel, “The end of geography: the changing nature of the international system and the challenge to international law”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 1, 2014, pp. 9-24, p. 13.

depende de negociaciones diplomáticas que a su vez se sustentarán en los intereses políticos de los Estados<sup>104</sup>, que pueden ser influenciados por una variedad de factores, incluyendo alianzas estratégicas e intereses económicos. Aunque no hay precedentes de reconstitución de Estados, la práctica internacional sí muestra que la imposición de soluciones en el marco de controversias de carácter territorial es susceptible de generar una mayor inestabilidad y prolongar los conflictos.

Seguramente por todo ello estamos, como ha afirmado McAdam, ante una posibilidad remota desde el punto de vista político<sup>105</sup>. Desde el punto de vista del Estado que acoge, estaríamos ante una cesión del territorio que debe en todo caso, para tener consecuencias jurídico internacionales, implicar una cesión de la soberanía sobre ese territorio. Una cesión que, partiendo del *statu quo*, ya hemos dicho que no cabe exigir incluso si la existencia del Estado que quiere ser acogido está amenazada.

A diferencia de los supuestos de reconstitución que acaban de analizarse, el Estado al que representa el Gobierno en el exilio sigue existiendo. Su continuidad no está en cuestión y sigue siendo este el sujeto de Derecho internacional<sup>106</sup>.

## 5.2. ¿Es el momento de explorar nuevas formas de subjetividad internacional no estatal?

Durante los debates de la Sexta Comisión a los que se ha hecho referencia aquí, Estados como Croacia, la Federación de Rusia o Filipinas defendieron que también podrían explorarse alternativas “como la creación de regímenes jurídicos *sui generis* de sujetos de derecho internacional sin territorio”<sup>107</sup>. Ya se ha repetido aquí que la idea de la continuidad del Estado, que parece estar jurídicamente justificada en el contexto del Derecho internacional contemporáneo, se topará con obstáculos políticos y prácticos cuando trate de materializarse para preservar la estatalidad de los SIDS y otros Estados que puedan, en el futuro, enfrentar un destino semejante.

Ante esta realidad, parece oportuno, en efecto, explorar y proponer nuevas formas de subjetividad no estatal que puedan preservar la identidad y los dere-

<sup>104</sup> Cfr., por ejemplo, el análisis de RYNGAERT, Cedric y SOBRIE, Sven, “Recognition of states: International law or realpolitik? The practice of recognition in the wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia”, *Leiden journal of international law*, Vol. 24, núm. 2, pp. 467-490.

<sup>105</sup> McADAM, Jane, *op. cit.* nota 7, p. 147. Tampoco la CDI cree fácil que esta opción “llegue a concretarse en la práctica”: Cfr. el apartado 198 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).

<sup>106</sup> TALMON, Stefan, “Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law”, en GOODWIN-GILL, Guy y TALMON, Stefan (eds.), *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 499-538, p. 501.

<sup>107</sup> Cfr. el apartado 34 del Documento complementario del segundo documento temático (2022), de 19 de febrero de 2024 (*cit. supra*, nota 69).

chos de los Estados afectados. Que la lista de sujetos de Derecho internacional no es un *numerus clausus* es una evidencia que no requiere ulterior explicación<sup>108</sup>. En el caso que nos ocupa, estaríamos ante la constatación de que la subjetividad internacional es predicable de comunidades humanas sin que se requiera de un territorio. Los ejemplos con los que contamos —pueblos, pueblos indígenas y tribales y minorías— evidencian, sin embargo, un grado de subjetividad muy limitado. Desde luego, incomparable al que se predica de los Estados. Por otro lado, los desarrollos del Derecho internacional en este ámbito buscan el reconocimiento de “una serie de derechos específicos, de titularidad variable y amplio contenido material, que generan obligaciones para los Estados tanto de resultado como de comportamiento” y que “estarían encaminados a asegurar su autonomía y preservar su identidad cultural diferenciada”<sup>109</sup>. Se trata, por lo demás, de un razonamiento aplicable también a las minorías<sup>110</sup>, que creo extensible a nuestro objeto de estudio. Por ello, esas nuevas formas de organización a las que se hace hacer referencia aquí deberían permitir a las comunidades que habitan el territorio de los Estados que están en riesgo de desaparecer mantener, no solo, como ya se ha indicado, el ejercicio del mayor número posible de las funciones que corresponden a los Estados, sino también su cohesión, capacidad de autogobierno e identidad cultural.

Las tecnologías digitales ofrecen, en efecto, herramientas potenciales para apoyar estas nuevas formas de subjetividad. Esta cuestión se explora a continuación.

### 5.3. La subjetividad digital: nuevas fronteras en el siglo del cambio climático

Basta recordar la cita de J. Klabbers para confirmar que buena parte de la doctrina la descarta<sup>111</sup> o al menos se muestra escéptica ante la idea de un Estado digital<sup>112</sup>. Sin embargo, el impacto de lo virtual en el mantenimiento

<sup>108</sup> “In the past, when international law was viewed as regulating solely inter-state relations, states were the only subjects of international law. Departure from this exclusively state-centric model of the international legal system in the course of the years — thus recognising the changes in the dynamic of the international legal system — has also resulted in the widening of the group of entities labelled as international law subjects”: ACQUAVIVA, Guido, “Subjects of international law: A power-based analysis”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law.*, Vol. 38, 2005, pp. 345-357, p. 346.

<sup>109</sup> Así lo afirma respecto de los pueblos indígenas: OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, “Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional II”, *Revue québécoise de droit international*, Vol. 21, núm. 2, 2008, pp. 267-316, p. 267.

<sup>110</sup> OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, “Prólogo” en LÓPEZ MARTÍN, Ana Gema y OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen (dirs.), *Las minorías en el contexto actual. Una aproximación a su marco jurídico internacional*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 10.

<sup>111</sup> *Vid. supra* nota 77.

<sup>112</sup> BILKOVA, Veronika, *op. cit.*, p. 40. No faltan, sin embargo, defensores de la necesidad de apostar por soluciones imaginativas: GREEN, Alex, “Towards an Impossible Polis: Legal Imagination and State Continuity”, *Völkerrechtsblog*. International law and international legal thought, publicado el 20 de septiembre de 2023, disponible en <https://voelkerrechtsblog.org/towards-an-impossible-polis-legal-imagination-and-state-continuity/>.



de la identidad de grupos o comunidades que pueden perder su territorio o dispersarse como consecuencia del cambio climático es significativo. A medida que estas comunidades enfrentan la amenaza de la pérdida de su hogar debido al aumento del nivel del mar, fenómenos climáticos extremos u otras consecuencias ambientales, el uso de herramientas virtuales se convierte en un instrumento crucial para preservar su identidad cultural, tradiciones y vínculos sociales. Por otro lado, la idea de la soberanía digital cuestiona la certeza de que haya que conservar el territorio para mantener la estatalidad.

Las plataformas en línea proporcionan, en efecto, un espacio para que estas comunidades mantengan conexiones con sus raíces culturales, compartan historias y conocimientos tradicionales, y fortalezcan sus lazos comunitarios, incluso cuando se ven obligadas a dispersarse físicamente. A través de redes sociales, sitios web comunitarios y aplicaciones de comunicación, los miembros pueden mantenerse conectados, compartir experiencias y colaborar en la preservación de su patrimonio cultural.

La Comunidad Internacional ya cuenta con algunos ejemplos en este sentido. Además de la propuesta de Tuvalu<sup>113</sup>, pueden citarse como ejemplo modelos menos ambiciosos, como el de la gobernanza electrónica de Estonia<sup>114</sup>, que incluye, entre otras cosas, una residencia digital<sup>115</sup>, servicios bancarios, la posibilidad de ejercer digitalmente el derecho al voto y embajadas digitales. Aunque conserva el territorio, esto convierte a Estonia, en opinión de algunos autores, en el primer Estado digital<sup>116</sup>. Se ha apuntado que las razones que han movido a este país a consolidar su independencia digital tienen que ver, de un lado, con su voluntad de poder seguir operando digitalmente como un Estado independiente ante la eventualidad de una ocupación<sup>117</sup> y, de otro, con su intención de redefinirse y distanciarse de su pasado ruso<sup>118</sup>. También la CDI ha afirmado que cuando se analiza la cuestión de la elevación del nivel del mar, entre las cuestiones que requieren atención está la de la “utilización de eventuales mecanismos o formas de ‘gobierno digital’”<sup>119</sup>.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

En el contexto actual del cambio climático, uno de los desafíos más significativos y urgentes que enfrentan algunos Estados, particularmente los SIDS,

<sup>113</sup> *Vid. supra*, epígrafe 2.3.

<sup>114</sup> Puede consultarse en <https://e-estonia.com/>

<sup>115</sup> <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/e-residency/>. *Vid.* al respecto: KOTKA, Taavi, VARGAS ALVÁREZ DEL CASTILLO, Carlos Iván y KORJUS, Kaspar, “Estonian e-Residency: Redefining the nation-state in the digital era”, *University of Oxford Cyber Studies Programme working paper*, núm. 3, 2015.

<sup>116</sup> GLIBOFF, Jonathan, *op. cit.*, p. 1751.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> LUPOVICI, Amir, “Ontological security, cyber technology, and states’ responses”, *European Journal of International Relations*, vol. 29, núm. 1, 2013, pp. 153-178, p. 167.

<sup>119</sup> *Cfr.* el apartado 164 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).

es la amenaza existencial de la pérdida de territorio debido a la elevación del nivel del mar. Este fenómeno plantea preguntas sobre la continuidad del Estado cuando el territorio físico puede volverse inhabitable o desaparecer completamente. Estas cuestiones se han abordado en este trabajo desde un punto de vista jurídico. Sin embargo, estamos también ante una cuestión que cabe analizar en términos de justicia material.

Aquellos Estados que, como los SIDS, están desproporcionadamente afectados por el cambio climático, sin haber contribuido significativamente a su causa<sup>120</sup>, no deberían quedar en una situación de vulnerabilidad extrema o, incluso, desaparecer completamente del mapa internacional. Estos Estados, que han emitido una cantidad mínima de gases de efecto invernadero comparada con los países más industrializados, enfrentan ahora las consecuencias más severas, lo que plantea, como se ha dicho, problemas no solo jurídicos, sino también éticos. Desde una perspectiva de equidad, debería apostarse por la continuidad del Estado, en términos de reconocimiento legal y político, independientemente de la desaparición física del territorio. Esto implicaría la necesidad de adaptar y desarrollar el Derecho internacional, sus normas y principios, con el objeto de fundamentar dicha continuidad.

La preservación del Estado no solo protege la soberanía y la identidad nacional de las poblaciones afectadas, sino que también asegura que continúen teniendo voz en la gestión y mitigación del cambio climático global. Además, permitirá que sigan reclamando reparaciones o compensaciones internacionales por los daños sufridos, que son, como se ha dicho, desproporcionadamente grandes en comparación con su contribución al problema global. Se ha defendido aquí que la presunción de continuidad del Estado debe jugar ahora a favor de estos Estados, que gozan, por lo demás, de acuerdo con el artículo III de la Convención de Montevideo, del derecho a proveer por su conservación y a preservar su propia existencia<sup>121</sup>. Esta presunción de continuidad debe, además, facilitar una transición ordenada hacia nuevas formas de organización estatal o territorial cuando las circunstancias lo requieren.

El desafío para la Comunidad Internacional será desarrollar y aplicar un marco que no solo reconozca esta realidad, sino que también ofrezca esta y otras soluciones prácticas y justas para los afectados. Este enfoque no solo es crucial para la supervivencia de los Estados amenazados, sino también para la integridad del sistema internacional basado en la equidad y la justicia global.

---

<sup>120</sup> Tal y como se ha dicho, estos Estados representan una pequeña fracción de la población del mundo. Sin embargo, soportan una carga desproporcionada de los efectos adversos del cambio climático: STEWART, Melissa, "Cascading Consequences of Sinking States", *Stanford Journal of International Law*, vol. 59, 2023, vol. 59, pp. 131-186, p. 167.

<sup>121</sup> Cfr. el apartado 157 del Segundo documento temático de Patrícia Galvão Teles y Juan José Ruda Santolaria (*cit. supra* nota 23).



## II. FORO/*FORUM*

Coordinación a cargo de  
Miguel GARDEÑES SANTIAGO

### **EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE A LA LUZ DE LA RECIENTE PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO**

*RECOGNITION OF PARENTHOOD BETWEEN MEMBER  
STATES IN LIGHT OF THE RECENT PROPOSAL  
FOR AN EU REGULATION*

#### **NOTA INTRODUCTORIA** *INTRODUCTORY NOTE*

Miguel GARDEÑES SANTIAGO\*

Podría parecer aventurado dedicar un foro a una propuesta de texto legislativo, ante el riesgo de que no llegue a adoptarse o, si se adoptara, ante la incertidumbre sobre cómo quede su contenido final. Creemos, sin embargo, que vale la pena correr ese riesgo; primero, porque las contribuciones doctrinales anteriores a la aprobación del texto legal permiten aportar elementos para el debate en tiempo útil; y, segundo, porque la propuesta analizada no es una propuesta cualquiera. La propuesta de la Comisión presentada a finales de 2022 pretende regular los aspectos de Derecho internacional privado relativos a la filiación, ámbito particularmente sensible en el que claramente no existe un consenso europeo, particularmente por lo que se refiere a figuras como la gestación por sustitución. Por ello, no están en juego únicamente

---

\* Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista y coordinador de la Sección “Foro” del área de Derecho Internacional Privado (miquel.gardenes@uab.es)

cuestiones técnicas encaminadas a la facilitación de la comunicación entre ordenamientos jurídicos, sino valores y principios fundamentales de signo divergente.

En este escenario, es preciso reconocer que la Comisión, animada por la doctrina sentada por el TJUE en el asunto *Pancharevo*, de 14 de diciembre de 2021, dio un paso decidido al presentar la propuesta objeto de análisis. Que dicho paso pueda considerarse valiente o temerario es una cuestión que cabe plantearse. Y, para formarse una opinión al respecto, nada mejor que contar con las aportaciones de dos autores expertos en la materia. La profesora Ana Quiñones nos explica la finalidad básica de la propuesta, encaminada al reconocimiento transfronterizo de la filiación, y ello independientemente de las circunstancias de la concepción o nacimiento y del tipo de familia. Como bien destaca, dicha finalidad “orienta” el contenido de las distintas disposiciones del texto. Siendo la profesora Quiñones una experta en el método de reconocimiento, se halla en una posición particularmente apropiada para pronunciarse sobre el tipo de reconocimiento que pretende la propuesta. A este respecto destaca que la propuesta incluye, junto al de las resoluciones judiciales, un nuevo objeto de reconocimiento, el de los documentos públicos “con efectos jurídicos vinculantes”, terminología que, a su juicio, alienta la confusión, por lo que prefiere referirse a los documentos públicos que constaten la filiación en el Estado miembro de origen. Critica la redacción de las causas de denegación del reconocimiento, por no adaptarse bien a la especificidad de la materia regulada. Y, por último, se adentra en la cuestión, esencial en este tema, de las condiciones en las que los jueces y autoridades de los Estados miembros podrían recurrir a la reserva de orden público. Como ella misma dice, la propuesta pretende “atar en corto” al juez, instruyéndole a no considerar una cuestión de orden público el modo de concepción o nacimiento de los hijos o el carácter homoparental de la familia. Aunque sostiene que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE permitiría avalar esta posición, también reconoce que la gestación por sustitución puede ser el obstáculo, por las diferencias fundamentales sobre el carácter *extra commercium* o no de la capacidad reproductiva de la gestante, cuestión que también se vincula a los derechos fundamentales. Pero recuerda que, como demuestra la jurisprudencia del TEDH, es posible diferenciar entre el control de determinados métodos de reproducción asistida y la protección de los nacidos.

La contribución del profesor Luis F. Carrillo se centra, más específicamente, en la suerte de la gestación por sustitución a la luz de la propuesta de reglamento. Su aproximación es crítica, y comienza destacando que la exigencia de unanimidad en el Consejo que exige el artículo 81.3 TFUE a las medidas relativas al Derecho de familia encamina el proyecto al fracaso, a no ser que se lograra un número suficiente de Estados para una cooperación reforzada. En cuanto al objetivo de la propuesta, destaca acertadamente

que pretende extender a los diversos sectores del ordenamiento jurídico lo que por vía de interpretación judicial se ha alcanzado en el sector de la libre circulación de personas (doctrina *Pancharevo*). Para asegurar el objetivo, la propuesta intenta restringir el alcance de la reserva de orden público, pero, en su opinión, ello no deja de ser sorprendente, dado que en Resoluciones anteriores el propio Parlamento Europeo habría condenado la práctica de la gestación por sustitución. Tras plantear sus dudas sobre la norma de conflicto de leyes del artículo 17 de la propuesta, se adentra de lleno en la cuestión del reconocimiento. Y aquí distingue en función de si la filiación se hubiera determinado en un Estado miembro o bien en un Estado tercero. En el primer supuesto, entiende que los intentos de minimizar la reserva de orden público en el propio texto no podrían impedir el rechazo al reconocimiento de determinadas filiaciones en parte de los Estados miembros. En cuanto a las filiaciones establecidas en un Estado tercero, reconocidas en un Estado miembro y con pretensiones de gozar de eficacia transfronteriza en los demás Estados miembros, destaca las dudas e imprecisiones de la propuesta en cuanto a la inclusión o no de tal supuesto. En su opinión, la propuesta no debiera aplicarse al reconocimiento ulterior en otros Estados miembros, entre otras razones, por el principio *exequatur sur l'exequatur ne valet*. Termina como empezó, con una apreciación crítica de la propuesta, por apartarse del tradicional respeto de los modelos sociales nacionales en materia de familia, por “jibarizar” la excepción de orden público y, con ello, imponer por la vía de la eficacia transfronteriza de los actos el modelo más laxo de relaciones de filiación, y en consecuencia poner en jaque la competencia de los Estados miembros en la materia.

En definitiva, la lectura de las contribuciones que siguen da cumplida cuenta de las dificultades que plantea la regulación propuesta. Solo el tiempo dirá si el intento de la Comisión de “proyectar” la doctrina *Pancharevo* más allá del ámbito estricto de la libre circulación de personas ha sido una buena idea o si, expuesto de otro modo, la UE y sus Estados miembros están preparados para dar este paso sin crear una brecha entre ellos. Lo que está claro es que la Comisión se dio mucha prisa: apenas un año después de la citada sentencia, presentó la propuesta. Cabe plantearse, entonces, si, al menos por el momento, no hubiera sido menos arriesgado dejar las cosas como estaban (es decir, mantener el frágil compromiso que se alcanzó con la jurisprudencia *Pancharevo*) y dejar algo más de margen y tiempo para el desarrollo judicial. El tiempo juzgará.





# UNA PROPUESTA DE REGLAMENTO (UE) PARA FACILITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS: AMPLIAR EL OBJETO DE RECONOCIMIENTO Y REDUCIR LOS MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO

## *A PROPOSAL FOR A REGULATION (EU) TO FACILITATE THE RECOGNITION OF PARENTHOOD BETWEEN MEMBER STATES: EXPANDING THE OBJECT OF RECOGNITION AND REDUCING THE GROUNDS OF PUBLIC ORDER*

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ\*

**Palabras clave:** filiación, reconocimiento, documentos públicos, orden público.

**Keywords:** parenthood, recognition, authentic instruments, public order.

**SUMARIO:** 1. UNA PROPUESTA ORIENTADA. 2. UN NUEVO OBJETO DE RECONOCIMIENTO. 2.1. Documentos públicos que constatan la filiación establecida en un EM. 2.2. Causas de denegación. 3. LÍMITES AL ORDEN PÚBLICO: INTERPRETACIÓN EUROPEA DEL ART. 21 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. 3.1. Medicina reproductiva y filiación del menor: 3.2. Confianza mutua y *Full Faith and Credit Clause*.

### 1. UNA PROPUESTA ORIENTADA

El 7 de diciembre de 2022 la Comisión Europea presentó la Propuesta de Reglamento de DIPr. en materia de filiación, dentro de un paquete de medidas destinado a garantizar la igualdad de todos los niños/as y a fortalecer los derechos LGBTQI. La Exposición de Motivos quedó sintetizada con el célebre eslogan de la presidenta Úrsula von der Leyen: *si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países*. La voluntad de garantizar el reconocimiento de determinadas filiaciones es lo que se puso en valor. No el clásico objetivo de eliminar la disparidad legislativa existente en el DIPr. de los EEMM.

Esta orientación material tiñe el contenido de la Propuesta, tanto los considerandos como el articulado<sup>1</sup>. Así, se elaboran normas de competencia con

---

\* Catedrática de Derecho internacional privado, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (anna.quinones@upf.edu). Trabajo entregado el 2 de junio de 2024.

<sup>1</sup> El reconocimiento de decisiones ha sido, de hecho, el primer objetivo para elaborar normas de DIPr. en la Unión (art. 220 TCE). Le acompañaron otros sectores: la competencia judicial internacional y el derecho aplicable. Con la Propuesta, como veremos, se amplía el objeto del reconocimiento en una materia: la filiación, en la que ésta suele determinarse por la vía extra-judicial (*ex lege*, administrativa, notarial).

criterios alternativos, considerados exorbitantes desde los primeros comentarios doctrinales<sup>2</sup>, para facilitar tanto el acceso a la justicia (*cap.2, arts. 6 a 15*) como el control indirecto de la competencia en el ámbito del reconocimiento.

Las normas de conflicto (*cap.3, arts. 16 a 23*) no singularizan las filiaciones derivadas de las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) o la gestación por sustitución (en adelante, GS). Tampoco es fácil encontrar normas específicas en el derecho comparado. El punto en común, de amplio consenso y presente en la Propuesta, es la exclusión de la autonomía de la voluntad, lo que refuerza el carácter indisponible de la filiación.

Aunque no hay normas de conflicto específicas para determinadas filiaciones, en las conexiones se da preferencia a la ley del Estado de la residencia habitual de la *persona que da a luz* en el momento del nacimiento (art. 17.1), lo que permite incluir al hombre transgénero<sup>3</sup>. Se facilita la doble filiación en la familia homoparental y en la GS (art 17.2). Pero la posibilidad de establecer una segunda filiación tiene un carácter facultativo (podrá / may), lo que podrá aminorar las reticencias de algunos EEMM.

Las normas de reconocimiento no se ciñen a las resoluciones judiciales. Incluyen los *documentos públicos con efecto vinculante* (*cap. 4, arts. 24 a 43*). Para los documentos sin tal efecto cabe solo la aceptación (*cap. 5, arts. 44 y 45*). Se crea, además, un certificado europeo de filiación (*cap.6, artículos 46 a 57*).

El orden público se limita tanto en sede de ley aplicable (art. 22) como de reconocimiento, por el respeto a los principios fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, la Carta), y notablemente su art. 21 relativo a la no discriminación motivada en la orientación sexual o el nacimiento, lo que incluye a la GS.

El 14 de diciembre de 2023 los diputados del Parlamento Europeo aprobaron la Propuesta, en primera lectura, por 366 votos a favor, 145 en contra y 23 abstenciones. Las enmiendas enfatizaron aún más el objetivo: el reconocimiento de determinadas filiaciones con independencia de las circunstancias de la concepción o nacimiento y del tipo de familia, y reforzaron, en el articulado, el mantenimiento de la eficacia de la filiación determinada en un EM mientras se discute su posible contrariedad con el orden público.

No obstante, la última palabra la tienen los Gobiernos de la UE. La adhesión unánime requerida (art. 81, apartado 3, del TFUE) no parece posible. El mismo día que se anunció la Propuesta, el Comisario Didier Reynders mencionó la alternativa de pasar a la vía de la cooperación reforzada, ante la anunciada oposición de algunos EEMM (Hungría, Polonia, Rumanía) y la no

<sup>2</sup> The Marburg Group, "Comments" de 10 de mayo de 2023, [www.marburg-group.de](http://www.marburg-group.de)

<sup>3</sup> Soslaya, además, el principio *mater semper certa est* al no decir *madre* a la que da a luz.

tan esperada de otros (Francia<sup>4</sup> e Italia<sup>5</sup>), que temen que la Propuesta sea el *caballo de Troya* para introducir la GS. En España el texto pasó por el Congreso de los Diputados sin propiamente debate<sup>6</sup>.

Puesto que un Foro sirve a la polémica, trataremos dos cuestiones controvertidas, pero claves para la Propuesta:

La ampliación del objeto de reconocimiento es la primera de ellas. En particular, *el reconocimiento de los documentos públicos con efectos jurídicos vinculantes*. La *aceptación* de los documentos públicos no es una novedad. El Reglamento 2016/2019 sobre documentos públicos ya regula la autenticidad del *instrumentum* —el continente, no el contenido— en ámbitos como el nacimiento, la filiación y la adopción<sup>7</sup>.

La Propuesta da un paso más al incluir en el régimen del reconocimiento a los documentos con efectos jurídicos vinculantes. No se trata solo de facilitar la libre circulación en el marco de la Unión<sup>8</sup>, sino de reconocer el vínculo de filiación entre los EEMM, en el ámbito civil, y a todos los efectos.

Ahora bien, ya desde los primeros comentarios doctrinales se ha venido considerando que es la parte más confusa de la Propuesta<sup>9</sup>. Es polémica, pero es clave para entender la Propuesta. Lo ilustra el hecho de que las palabras *reconocimiento* y *documento público* se repitan más de cien veces en los considerandos y el articulado, lo que ya diferencia la Propuesta de los precedentes textos en materia de familia (2).

El límite del orden público es la otra clave que suscita la polémica. El legislador europeo dice a los jueces de los EEMM cómo han de interpretar el art. 21 de la Carta. En concreto, los dos motivos —discriminación debido a la orientación sexual o por nacimiento— que no pueden ser invocados. Puede haber aún otros, pero no estos dos (3).

## 2. UN NUEVO OBJETO DE RECONOCIMIENTO

El art. 4 de la Propuesta ofrece la definición autónoma de documento público. Es la definición clásica de la conocida jurisprudencia del TJ en el asun-

<sup>4</sup> Res. Sénat n.º 84 [2022-2023].

<sup>5</sup> Fratelli Italia, partido de extrema derecha de G. Meloni, presentó un proyecto para penalizar la GS como crimen universal.

<sup>6</sup> Con una intervención de Vox y otra destinada a salvaguardar la pluralidad legislativa interna.

<sup>7</sup> Esta fórmula sibilina de la “aceptación” del *instrumentum*, pero no el *negotium* se debe a autores del Instituto Max Planck, “Comments of the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law”, *RabelsZ*, 2010-3.

<sup>8</sup> Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, Pancharevo, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

<sup>9</sup> *The Marburg Group*, *op. cit.*; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, 2023, pp. 171-200; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La Propuesta de Reglamento Europeo sobre filiación: principales retos”, *AEDIPr*, 2023, pp.151-163 y RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, pp. 148-180, entre otros.

to Unibank<sup>10</sup>. La Propuesta distingue entre las dos categorías de documentos públicos que contiene el articulado, cada una con su propio sistema de circulación y de eficacia: el *reconocimiento* es para los documentos públicos que tienen *efectos jurídicos vinculantes*; y, la *aceptación* para los documentos públicos sin efectos jurídicos vinculantes.

Como ya se ha señalado, la *aceptación* del *instrumentum* en el que se envuelve el acto público (el continente y no el contenido) o la eficacia probatoria (procesal y no substantiva) no constituye una novedad que requiera mayor precisión. La novedad es que el *reconocimiento* cubre no sólo las resoluciones judiciales sino los documentos públicos con *efectos jurídicos vinculantes*. Pero estos últimos no son definidos y la nueva terminología (efectos vinculantes) alienta la confusión. Salvo error por nuestra parte, pensamos que hubiera sido mejor hablar, lisa y llanamente, de los documentos públicos que constatan la filiación determinada en el EM de origen. Utilizaremos esta terminología a continuación.

## 2.1. Documentos públicos que constatan la filiación establecida en un EM

El acervo comunitario se centra en las resoluciones judiciales para tratar el régimen de reconocimiento de la eficacia material o substancial. La Propuesta amplía el objeto de reconocimiento. Además de las resoluciones judiciales (que ya están en el acervo comunitario), pueden ser objeto de reconocimiento de la eficacia material o substancial los documentos públicos que constatan la filiación ya determinada en el EM de origen. En la inédita terminología de la Propuesta son los documentos *con efecto jurídico vinculante*.

Estos documentos, —precisados, en parte, en la Exposición de Motivos—, pueden ser: 1) los actos auténticos o actos públicos notariales. Por ejemplo, cuando el uso de las TRA requiere de la intervención del notario, antes de nacer el hijo/a, o cuando se requiere su intervención para la adopción; o, 2) las decisiones administrativas de los funcionarios del RC. Por ejemplo, en los casos de reconocimiento de la filiación. Es un terreno aún nuevo y propenso a la disparidad legislativa. No siempre es fácil encontrar la equivalencia. Las autoridades habilitadas en cada EM obran conforme a su propia ley (*lex auctoris*), y dentro de un ámbito en el que no están ausentes las normas imperativas que regulan la medicina reproductiva. Así, un ejemplo de legislación que requiera dar el consentimiento previo a las TRA ante un notario es la francesa para los casos de co-maternidad con tercer donante, y con competencia exclusiva del notario tras la reforma de la ley de bioética<sup>11</sup>. Pero no es

---

<sup>10</sup> Sentencia del TJUE de 17 de junio 1999, C-260/97, ECLI:EU:C:1999:312. El TJ tuvo en cuenta el Informe Jenard-Möller sobre el Convenio de Lugano de 1988, que precisaba que la autenticidad no cubre solo la firma sino el contenido del acto (72). La eficacia ejecutiva y no solo la probatoria del documento público es parte del acervo comunitario.

<sup>11</sup> Ley núm. 2021-1017 de 2/8/2021 (art. 342-10/11 C. civ.).

el caso del derecho español, que no exige la intervención del notario ni deja claro el papel del funcionario del RC, aunque da más bien la impresión de que la cuestión no se ha terminado de regular.

La Propuesta no se interesa por el acto jurídico en general (actos privados) sino por los documentos públicos o con intervención de la autoridad pública. Los actos jurídicos privados (por ejemplo, un contrato de GS), conforme al carácter indisponible de la filiación, quedan excluidos como objetos de reconocimiento. Consecuentemente con el carácter indisponible de la filiación, ni la autonomía de la voluntad es una conexión en las normas de conflicto ni los acuerdos privados, presentes en otros reglamentos en materia de familia, pueden ser objeto de reconocimiento.

Esto no significa que, en la práctica, no puedan concatenarse sucesivamente los actos privados (contratos y acuerdos), los hechos jurídicos (práctica médica), los documentos hospitalarios que constatan los consentimientos informados ante las autoridades habilitadas y el acto público requerido que constata la concreta filiación establecida con respeto a un/a hijo/a determinado/a (*decisión*). El EM de origen o requirente, cuya autoridad confeccionó el documento público, es el que podrá precisar si la filiación quedó determinada, para dicho EM, legalmente, lo que podrá constatarse cumplimentando el formulario anexo a la Propuesta.

Pero, en todo caso, la Propuesta requiere un documento público. La lógica es próxima a los llamados *conflictos de autoridades*, por cuyo desarrollo (y división tripartita: conflicto de leyes, de jurisdicciones y de autoridades) venimos abogando dentro de lo que sería la administración civil al servicio de los particulares<sup>12</sup>.

La Propuesta, por tanto, no abarca todos los métodos del reconocimiento<sup>13</sup>. No da el paso, más atrevido, de los eminentes autores que propician el reconocimiento de las *situaciones jurídicas efectivas*, que pueden cristalizar con o sin la intervención de la autoridad pública o en atención al factor tiempo<sup>14</sup>.

La presencia de la autoridad pública es requerida, pero no cualquier intervención. El tipo de control que ha de ejercer la autoridad pública para poder

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, en el trabajo y conclusión final del libro *Eficacia internacional de las Nacionalizaciones*, Montecorvo, Madrid, 1988.

<sup>13</sup> Completamos con la autocita, para el reconocimiento de la filiación, QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)", en *El orden público interno, europeo e internacional civil, Acto homenaje a N. Bouza, InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, pp. 201-251 y bibliografía referenciada, <https://indret.com/el-orden-publico-interno-europeo-e-internacional-civil-2/>. Así como la contribución sobre la pareja, QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Atelier, Barcelona, 2007.

<sup>14</sup> MAYER, Pierre, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", en *Mélanges Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547, esp. p. 562.

considerar que estamos ante un documento público con efecto vinculante podría suscitar cuestiones prejudiciales. La Propuesta distingue entre el reconocimiento y la aceptación de los documentos públicos. De manera que algunos documentos públicos solo pueden tener efectos procesales o probatorios sobre los hechos que constatan. El ejemplo son los certificados de nacimiento. Así, no bastaría un certificado de nacimiento para reconocer la filiación derivada de una GS<sup>15</sup>. La filiación del menor no quedaría, allí, establecida y tendría aún que determinarse conforme a las normas de competencia y de ley aplicable.

No hay espacio, aquí, para reproducir los debates doctrinales sobre la naturaleza del acto público. No vemos fructífero, tampoco, el poner un excesivo celo en separar el continente (documento) del contenido (acto de estado civil) hasta ver siempre en la autoridad pública no judicial a un mero *convidado de piedra*, y a los documentos públicos confeccionados por ésta un sobre vacío con utilidad meramente probatoria. En el marco de la cooperación de autoridades que subyace a la Propuesta, el EM de origen, cuya autoridad ha confeccionado el documento, podrá precisar si en ese EM se considera determinada por esa vía extrajudicial la filiación entre una persona y con respecto a un/a hijo/a determinado/a (decisión) como constata el documento público. Este sistema de cooperación de autoridades podría completarse con un RC central europeo, además del nacional de los EEMM, para impulsar el marco colaborativo e informativo.

La cuestión es saber si el EM de origen considera que ha quedado determinada la filiación con respecto al hijo/a en concreto. El verificar si la autoridad llevó a cabo un control suficiente y efectivo, en interés del menor, podría (no sin dificultad, al no haber la revisión de fondo) vehicularse a través de la causal del orden público debido al principio de indisponibilidad de la materia.

No es algo inaudito el considerar que un acto relativo al estado civil, constatado en un documento por la autoridad habilitada (por tanto, legalmente), pueda ser algo más que la prueba de un hecho. Es decir, que pueda constatar por vía extra-judicial una filiación en concreto, y ofrecer una presunción de legalidad al respecto. Y si esa presunción de regularidad solo puede ser destruida acudiendo a la autoridad pública es porque también se acudió a la autoridad pública para establecer la filiación. El título puede presumirse veraz y legítimo y producir sus efectos jurídicos en tanto no se declare judicialmente su nulidad ante la autoridad competente. No cabe confundir la eficacia substancial con la eficacia de cosa juzgada, que tampoco es siempre exigida a las resoluciones judiciales.

---

<sup>15</sup> DÍAZ FRAILE, Juan María, "La gestación por sustitución ante el registro civil español", *Revista de derecho civil*, 2019, p.p. 53-131.

Lo importante, en definitiva, es constatar que la intervención de la autoridad pública (que actúa conforme a la legalidad) confiera a los ojos de ese EM y de la sociedad, y a los del hijo/a o familia designados, en tanto en cuanto no se haya impugnado, la garantía de una filiación establecida en el EM de origen conforme a ley. En tal caso, estamos ante una *decisión*, en el sentido de que se ha configurado o modificado el estado civil de una persona y con respecto a una familia en concreto.

Volver a localizar la relación jurídica cuando la filiación ya ha sido determinada en otro EM con el concurso de la autoridad pública es un mal punto de partida, por innecesario u obvio, pues la ley (y autoridad) que estableció la filiación es ya conocida. No se trata, entonces, de aplicar la norma de conflicto del foro sino de reconocer o rechazar la eficacia de la filiación determinada según las condiciones a las que se sujete el reconocimiento. En la Propuesta, donde opera el reconocimiento automático y el principio de confianza mutua entre los EEMM, existen causales que permiten denegar el reconocimiento.

## 2.2. Causas de denegación del reconocimiento

La Propuesta no ha elaborado causas de denegación específicas para el reconocimiento de los documentos públicos en materia de filiación. Se inspira en las causales del Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019, que están pensadas para las ajustables o modificables medidas de protección de menores o de responsabilidad parental, no para la cuestión de estado civil de la filiación. Habría que redactarlas de nuevo. Así, singularizar las personas que deban ser oídas (por ejemplo, la gestante en la GS), y no en el *ejercicio* de la filiación sino respecto a su establecimiento.

El control de competencia indirecta según las normas del capítulo II podría transformarse en la posibilidad de rechazar el reconocimiento si no existe ningún vínculo o no ha sido creado con posterioridad. No hay espacio en el Foro para reproducir las divisiones existentes entre los autores partidarios del reconocimiento al respecto. Pero cabe destacar que eminentes autores consideran que no debería exigirse un vínculo con el EM de origen, ni siquiera en negativo, porque no siempre se busca el fraude<sup>16</sup>. Nosotros seguimos pensando que, aun siendo cierto (no siempre se busca el fraude, ya que el acceso a las TRA en un país extranjero puede depender de la existencia de una larga lista de espera en el propio), es oportuno que exista un vínculo que salvaguarde la pluralidad legislativa. Si bien, tal la exigencia podría integrarse tanto en el control de la competencia indirecta como en el límite del orden público.

---

<sup>16</sup> LAGARDE, Paul, "La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du Droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé (2014)", *RCADI*, t. 371, 2015, pp. 18-42, esp., pp. 34-36.



El redactado de la inconciliabilidad de decisiones también plantea dificultades. Pero cabe oponer la contrariedad con la existencia de una filiación establecida en el Estado requerido. Esta última como la anterior causal podrían ser subsumidas en la pieza clave del reconocimiento (aceptación o rechazo): el orden público. En tal caso, habría que perfeccionar la causal del orden público. Y aunque no lo precisa la Propuesta, se podría añadir que cabe el reconocimiento parcial con respecto a un vínculo de filiación (biológico en la GS).

### **3. LÍMITES AL ORDEN PÚBLICO: INTERPRETACIÓN EUROPEA DEL ART. 21 DE LA CARTA**

La aplicación del orden público (art. 22.2, art. 31.2, art. 39.2 y art. 45. 2) ha de ser coherente con el objetivo de la Propuesta. En particular, con el art. 21 de la Carta, que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual y nacimiento. No es la primera vez que el legislador europeo precisa un resultado concreto (art. 10 del Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010). Pero no se trata, ahora, de una cuestión técnica: atar en corto al juez con una cláusula especial frente al derecho de un Estado tercero. Se trata de que los jueces de los EEMM atiendan a la interpretación que hace el legislador europeo del art. 21 de la Carta en el marco de la Propuesta.

#### **3.1. Medicina reproductiva y filiación del menor**

El nacimiento de Louise Brown (1978) marcó el advenimiento de la reproducción asistida. Fue solo el inicio. La medicina reproductiva requiere una regulación específica, normas imperativas y límites de orden público (v.gr., la clonación humana prohibida en la Carta), que se reequilibran con la promoción de la libre prestación de servicios en un ámbito europeo. Esta lógica liberal está, también, presente en la Unión. Ahora bien, el DIPr., ha de evitar cargar sobre la frágil espalda del ya nacido las consecuencias de los acuerdos entre adultos, a los que tampoco cabe liberar, cuando se desdican, de las cargas que comporta el haber traído un ser humano al mundo.

Ahora bien, tampoco cabe esperar soluciones ideales en el DIPr., si el derecho material aún no las aporta, o también, si no se extrae de los principios constitucionales que el derecho de filiación ha evolucionado para favorecer la igualdad de todos los hijos/as. El S. XIX privilegió a los hijos legítimos. La segunda mitad del S. XX, bajo la influencia de los derechos fundamentales (CEDH y doctrina del TEDH, el célebre caso *Mazurek*), igualó en derechos a los hijos no matrimoniales. Las filiaciones *electivas* (TRA, GS, adopción) concurren, hoy, por la igualdad y buscan, en lo posible, la asimilación con las filiaciones de sangre, incluso en la determinación de la filiación. Asimismo, el paso de la pareja (celebración de uniones del mismo sexo) a la familia (homoparentalidad) siempre ha estado sobre la mesa. Primero con la adopción

(interna y externa) y la co-maternidad, luego con la GS. Siendo la igualdad el valor común en sociedades plurales y complejas, no cabe sorprenderse más de lo necesario cuando el legislador europeo precisa a los jueces de los EEMM que, en la aplicación del límite del orden público, han de interpretar el principio de no-discriminación del art. 21 de la Carta sin invocar el modo de concepción o nacimiento de los hijos o el carácter homoparental de su familia.

### 3.2. Confianza mutua y *Full Faith and Credit Clause*

En los Estados Unidos de Norteamérica el reconocimiento de decisiones está sujeto al régimen favorable de la *Full Faith and Credit clause* (art. IV, §1 de la Constitución)<sup>17</sup>. Tanto las sentencias como los actos públicos que emanan de un Estado de la Unión son reconocidos, con plena fe y crédito, en los *sister-states*, y sin que quepa invocar el orden público. Así, no cabe rechazar la filiación derivada de una GS practicada en un Estado hermano, aunque la práctica esté prohibida en el Estado requerido.

La situación es distinta en la Unión Europea. No es un Estado confederal ni federal sino un proceso de integración *sui generis*. Pero tiene una estructura a doble nivel: nacional y europea. Carece de la cláusula constitucional de plena fe y crédito, pero los reglamentos de DIPr. cuentan con el principio de *confianza mutua*. En la Unión, el límite del orden público no está suprimido, pero se minimiza. No solo se aprecia con carácter excepcional, en concreto y el día en el que se solicita el reconocimiento, sino que, en los ámbitos armonizados, ha de respetar la Carta e interpretarse de acuerdo con el legislador europeo (y el TJUE).

La Propuesta orienta y precisa la interpretación de la Carta en la nueva materia armonizada. El orden público puede ser invocado, ciertamente, pero no por el motivo de que la familia es homoparental o el modo de concepción o nacimiento del niño/a. Pueden invocarse otros motivos, pero no estos dos en concreto. La comunidad de valores existente, no ya entre los EEMM, sino entre los EEMM y la Unión, manifestada en la Carta, y aplicable a los ámbitos armonizados, así lo exige.

Por tanto, no es descabellado pensar, con independencia de la necesidad de mejoras técnicas, que un mínimo de nueve EEMM partícipes podrían reunirse en torno a la Propuesta. Incluido el nuestro, que es bastante liberal al respecto. La GS podría ser el obstáculo. El considerar *extra commercium* la capacidad reproductiva de la gestante (y el niño/a que da a luz) no es solo debido a la disparidad legislativa, sino a la existencia de valores distintos sobre lo que pueda ser objeto de trato entre particulares. Es legítimo pensar que la

<sup>17</sup> Constitución de los Estados Unidos, Filadelfia, 17 de septiembre de 1787, en *The Constitution of the United States of America*, Washington D.C., Government Printing Office, 1787.

degradación del valor no se impide cambiando las condiciones de la negociación o reduciendo el beneficio económico de la compensación. Pero ha de ser posible el disociar el control de la medicina reproductiva de la protección del menor y adoptar en el DIPr. y civil, soluciones (la doctrina del TEDH ya aporta algunas) en interés del nacido.

En el ADN de la disciplina está la pluralidad legislativa y el principio y búsqueda de la *armonía internacional de soluciones*. El sistema de integración de la UE lo que hace es reforzarlo con el principio de *confianza mutua*, permitiendo un sistema más favorable de reconocimiento entre los EEMM. Este reconocimiento está más asumido para los actos públicos judiciales que para los actos públicos extra-judiciales. No obstante, la tendencia a la *desjudicialización* invita a la ampliación del objeto de reconocimiento, y no solo por el divorcio notarial<sup>18</sup>. Lo ilustra la Propuesta. Eso sí, en un tema: la filiación en el que el principio de indisponibilidad exige la intervención de la autoridad pública.

---

<sup>18</sup> Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2022, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:879.

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL FUTURO REGLAMENTO EUROPEO SOBRE FILIACIÓN. UNA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

## *SURROGACY AND THE FUTURE EUROPEAN REGULATION ON PARENTHOOD. A SPANISH PERSPECTIVE.*

Luis F. CARRILLO POZO\*

**Palabras clave:** Maternidad subrogada. Ley aplicable. Reconocimiento de resoluciones y documentos públicos. Interés del menor.

**Keywords:** *Surrogacy. Applicable law. Recognition of court decisions and authentic instruments. Best interest of the child.*

**SUMARIO:** 1. LA PROPUESTA. 1.1. Objetivos y principios. 1.2. Los instrumentos: la norma de conflicto del art. 17. 1.3. (Segue): reconocimiento. 2. UN APUNTE FINAL.

### 1. INTRODUCCIÓN

La presente nota trata de un texto condenado al fracaso. Todo lo que aquí pueda afirmar es esencialmente contingente, pues: la referencia al art. 81.3 TFUE en el frontispicio de la propuesta<sup>1</sup> evoca un consenso que no existe en materias muy sensibles<sup>2</sup>, lo que aboca, a lo sumo, al recurso a la cooperación reforzada<sup>3</sup>.

---

\* Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad de Almería (luiscarr@ual.es). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas por última el 25 de septiembre de 2024.

<sup>1</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, documento COM(2022) 695 final.

<sup>2</sup> Sin una mínima homogeneidad de valores, la confianza recíproca no funciona: BARATTA, Roberto, “Art. 81”, en TIZZANO, Antonio (ed.), *Trattati dell’Unione europea*, Giuffrè, Milán, 2014, p. 861. Lluève desde distintos frentes: muy clara la Resolución del Senado francés de 22 de marzo de 2023: “*le gouvernement français affirme au Conseil son refus de toute reconnaissance automatique des filiations issues d’une GPA réalisée dans un autre État membre*”; la resolución del senado italiano de 4 de marzo de 2023 afirma que “*la proposta, pertanto, non rispetta i principi di sussidiarietà e di proporzionalità nella misura in cui consente di invocare il motivo dell’ordine pubblico solo caso per caso...*». Más aun, la insistencia en la invocación de las familias arco iris —sin transcendencia decisiva en el articulado— coloca el debate en un plano ideológico que contribuye a su rechazo: *cfr.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La propuesta de reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *RDC*, 2023, p. 181.

<sup>3</sup> *V. gr.*, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 Pancharevo”, *REEI*, 2022, p. 13; PÉROZ, Hélène, “Filiation et parentalité: proposition de règlement européen”, [www.helenepéroz.fr/post/filiation-et-parentalité-proposition-de-règlement-européen](http://www.helenepéroz.fr/post/filiation-et-parentalité-proposition-de-règlement-européen), entrada de 9.12.2022; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La propuesta de reglamento europeo sobre filiación: principales retos”, *AEDIPr*, 2023, pp. 152 ss.; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La propuesta de reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho privado*, 2023, p. 154; FULCHIRON, Hugues, “La proposition de règlement européen sur la filiation:

No pretendo realizar el enésimo estudio sobre la gestación subrogada; sobre este tema existe una bibliografía extenuante<sup>4</sup>. Mi objetivo es sólo presentar —en el limitado espacio concedido— un esbozo de la incidencia del futuro reglamento (¿?) en las relaciones instauradas a raíz de la celebración de un contrato de maternidad subrogada.

## 2. LA PROPUESTA

### 2.1. Objetivos y principios

Se ha repetido hasta la saciedad que la idea que inspira el futuro reglamento es que quien sea padre en un EM siga siéndolo en todos los demás<sup>5</sup>, idea de continuidad nada revolucionaria en los métodos propios del Derecho internacional privado. Se busca ahora extender a sectores como el registral, sucesorio, alimentos, nombre, ... lo que ya se había alcanzado por vía jurisprudencial en el sector de la libre circulación de personas<sup>6</sup>. Es esto lo que explica la ambición plasmada en el cdo. 21 (“el presente Reglamento debe abarcar el reconocimiento en un Estado miembro de la filiación determinada en otro Estado miembro, *con independencia de cómo se concibió o nació el hijo... y con independencia del tipo de familia...*”), que no obstante promete más de lo que está en condiciones de garantizar, porque la competencia en materia de filiación permanece en manos estatales, con diferencias marcadas en su concepción básica y dificultades en la recepción de los productos de otro sistema.

Las normas del articulado de la propuesta son de alcance global. Ni una referencia a la maternidad subrogada, ni una expresión de orientación material, ni la más mínima limitación de la libertad de los legisladores nacionales. Sólo el cdo. 18 la alude, para afirmar el derecho a no padecer discriminación por razón del nacimiento y la obligatoriedad (TEDH en ristre) de reconocer la relación jurídica de filiación determinada en el extranjero entre el hijo nacido por gestación subrogada y el progenitor intencional biológico, así como la plasmación —por el mecanismo jurídico que se quiera— de la relación con el comitente no biológico<sup>7</sup>. Ahora bien, el límite del orden público con-

---

coup de maître ou coup d'épée dans l'eau?”, *JDI*, 2023, pp. 1206 ss. Cautelosa, CARPANETO, Laura, “Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo”, *Aldricus*, entrada de 9.1.2023.

<sup>4</sup> Para una presentación, ANDREEVA, Vesela, “Filiació per naturalesa i adopció”, en *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, 2023, pp. 274 ss.

<sup>5</sup> Sin interferir en la cuestión previa de la existencia de la unión o el matrimonio de los progenitores, como se pretendía en la opinión de la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior de 10.10.2023. El tema queda zanjado en sentido negativo en el cdo. 67.

<sup>6</sup> Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *Pancharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008) y auto de 24 de junio de 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502).

<sup>7</sup> En un tema magmático como este, tal vez sea imprudente fosilizar la jurisprudencia del TEDH, en lugar de dejarlo abierto a futuras evoluciones.

vive con ese objetivo. Se puede pretender restringir su alcance<sup>8</sup>, pero desde el momento en que el mismo Parlamento Europeo condena esta práctica<sup>9</sup>, tratar de inmunizarla frente a tal excepción es ilusorio. La libre circulación de filiaciones no existe<sup>10</sup>.

## 2.2. Los instrumentos: la norma de conflicto del art. 17

Aunque lo usual en este tema será que ante nuestras autoridades se solicite el reconocimiento de una relación ya declarada en el país (casi siempre un Estado tercero) donde se ha concluido y ejecutado el contrato (certificación registral o resolución judicial), ante nuestros órganos jurisdiccionales<sup>11</sup> se puede demandar el establecimiento *ex novo* o la constancia<sup>12</sup> de la filiación. Ahí el art. 17 ocupa una posición central. Las hipótesis en las que se puede presentar demanda declarativa de la filiación son muchas: cuando el niño ha nacido en el extranjero y se le ha denegado la inscripción de la certificación de nacimiento en el Registro civil español<sup>13</sup>; cuando se deniegue el reconocimiento de la resolución judicial extranjera declarativa de la filiación<sup>14</sup>; cuando no sea legalmente posible el acceso al Registro español<sup>15</sup>; cuando se haya establecido la filiación respecto a un progenitor y se quiera hacerlo respecto

<sup>8</sup> Vid. Exposición de motivos, p. 18, y art. 22.

<sup>9</sup> Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto. Igualmente, la de 5 de mayo de 2022 sobre el impacto de la guerra de Ucrania en las mujeres.

<sup>10</sup> Parecido a lo ocurrido en la Conferencia de La Haya: GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz/DIAGO DIAGO, Pilar/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M<sup>a</sup> Ángeles, *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, 2023, pp. 245 ss.

<sup>11</sup> Arts. 6 ss., en relación con la definición de órgano jurisdiccional del art. 4.4, donde encaja el encargado del Registro civil (GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La propuesta de reglamento..., *op. cit.*, p. 157).

<sup>12</sup> Art. 52.j.

<sup>13</sup> *V. gr.*, el caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2022 (trae causa de la SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2020, ECLI:ES:APM:2020:14547): menor nacido en México, con pasaporte mexicano, criado por su madre intencional y solicitud ante los tribunales españoles de declaración de maternidad por posesión de estado (ECLI:ES:TS:2022:1153). Comentada por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español”, *La Ley*, n<sup>o</sup> 10069, 2022. Un ejemplo más reciente en el momento de escribir estas líneas, SAP de Málaga de 10 de octubre de 2023 (ECLI:ES:AP-MA:2023:4106): acción declarativa del padre biológico, estimada (con rechazo de la de la madre intencional).

<sup>14</sup> El razonamiento del AAP de Granada de 8 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APGR:2023:981A) no deja otra opción: no pudiéndose reconocer la sentencia extranjera por ser contraria al orden público del foro, sólo cabe interponer acción declarativa en España.

<sup>15</sup> *V. gr.*, SAP Barcelona de 6 de abril de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4280). Niño nacido en Canadá, con padre biológico sudafricano casado con español: siendo imposible el acceso al Registro civil español y teniendo en cuenta las dilaciones de un proceso de adopción, se estima la declaración de la paternidad por posesión de estado.

El mismo problema se suscita cuando fallece el padre biológico antes del alumbramiento, quedando la madre de intención en situación indefinida: case of Re X, *Family Court*, 2020 (EWFC39). Los detalles del caso en <https://resolution.org.uk/surrogacy-law-and-the-development-of-the-creative-family-court/>

al segundo<sup>16</sup>; cuando el concebido mediante esta técnica haya nacido en España o en otro EM<sup>17</sup>; cuando el comitente se arrepienta durante la gestación y sea necesario precisar quién es su progenitor; si se dispone de certificación registral pero se desea obtener un pronunciamiento judicialmente inatacable; si se impugna la atribución de la paternidad al marido de la gestante<sup>18</sup>.

La regla ofrece una imagen de aparente asepsia, simplicidad y facilidad<sup>19</sup>. Se prescinde de las conexiones habituales y se reclama “la ley del Estado de residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento o, cuando no pueda determinarse la residencia habitual de dicha persona, la ley del Estado de nacimiento del hijo”, lo que aporta sencillez y previsibilidad (será inusual que no pueda determinarse tal residencia, incluso si la gestante se desplaza para dar a luz a otro país), evitando complicaciones derivadas de una eventual investigación sobre el origen de los gametos femeninos. Además, no quedando subordinada a ningún resultado la entrada en funcionamiento de la segunda conexión, esquivando evaluaciones discrecionales. Adolece de falta de proximidad cuando haya pasado el tiempo desde el nacimiento, si madre e hijo se han trasferido o si quien dio a luz ya no está con el niño<sup>20</sup>. En todo caso, el resultado normal es que se reclama un ordenamiento favorable al uso de esta técnica, que asigna la condición de progenitor a los intencionales. Si un juez español se topa con un supuesto de esta naturaleza, no debe haber dificultades para reconocer la paternidad (TEDH obliga), mas la maternidad viene inexorablemente determinada por el parto (excepción de orden público<sup>21</sup>).

---

En los países donde no se dicta sentencia declarando que los comitentes son los padres (Rusia, Ucrania, Georgia) sólo se deja abierta la posibilidad de una reclamación judicial de la filiación. Más problemático es el caso de ordenamientos que toleran sin regular, dando lugar a que en las certificaciones registrales aparezca la gestante como madre: un breve repaso de las soluciones nacionales en punto a constancia de la filiación en TWARDUCH, Paulina, “Surrogacy Agreements from the Conflict-of-Laws Perspective Today and Tomorrow”, *Yearbook of Private International Law*, 2022/2023, vol. XXIV, pp. 372 ss.; CALLEJAS ARREGUIN, Norma A., “Maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio jurídico comparado entre dos naciones latinoamericanas”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, pp. 168 ss.

<sup>16</sup> Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho*, Madrid, 2020, p. 104.

<sup>17</sup> Caso de las ucranianas desplazadas a Francia para dar a luz ([www.eapil.org](http://www.eapil.org), entrada de 11.1.2024). Si el nacimiento tuviera lugar en territorio español habría que inscribirlo en el RC (art. 9 LRC).

<sup>18</sup> Así, para un caso puramente interno, sentencia de la Corte constitucional belga 109/23 de 6 de julio.

<sup>19</sup> En este punto, cfr. FULCHIRON, Hugues, “La proposition de règlement..., *op. cit.*”, pp. 1175 ss.

<sup>20</sup> European Group for Private International Law, *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, 2023 (texto de 6 de diciembre de 2023); The Marburg Group, *Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, 2023, pp. 4 y 32 ss.

Nótese que en este caso —a diferencia de lo previsto en el §2— no cabe el conflicto móvil. El complemento es el art. 19.

<sup>21</sup> Aunque los incentivos para cumplir con el art. 281 LEC serán poderosos, está por ver cómo se aplica el art. 33 LCJL.



Seguramente sea el art. 17.2 el diseñado en mayor medida para favorecer a los comitentes<sup>22</sup>: "...cuando la ley aplicable con arreglo al apartado 1 dé lugar a la determinación de la filiación por lo que respecta a un solo progenitor (...), podrá aplicarse a la determinación de la filiación en lo que respecta al [otro progenitor] la ley del Estado de nacionalidad del primer progenitor o del segundo, o la ley del Estado de nacimiento del hijo...". Hay varias cosas evidentes: el objetivo, que las autoridades que deciden respecto a uno y otro progenitor no tienen por qué ser las mismas, que pueden ser procedimientos separados en el tiempo (las concepciones evolucionan), que en el caso standard de nuestro entorno sólo la última conexión tiene toda la probabilidad de asegurar una respuesta positiva. Quedan abiertos empero algunos interrogantes: ¿Qué implica ese "podrá"? ¿Se aplican las conexiones del §2 cuando la aplicación de la ley reclamada por el §1 no conduzca al resultado deseado en el caso concreto (*v. gr.*, prescripción, falta de consentimientos) o se trata de realizar un juicio abstracto (ley que rechaza absolutamente el establecimiento de la filiación por causa del modo de concepción)? ¿Se refiere el art. 17.2 a los casos en los que se declara una filiación que no se corresponde a los deseos de los comitentes (que la madre es la que dio a luz)?<sup>23</sup>

Por último, nótese que la propuesta no afecta a la libertad de los EM para dar forma jurídica a la posición del progenitor no biológico y que no se reconoce el derecho a conocer el propio origen.

### 2.3. (Sigue): reconocimiento

La propuesta tiene como norte la eficacia transfronteriza de decisiones<sup>24</sup>. Creo que bastarán dos pinceladas al respecto:

— Para las relaciones de filiación declaradas por un Estado miembro la disciplina es la habitual (arts. 24, reconocimiento de resoluciones judiciales; 36, reconocimiento de documentos públicos con efecto vinculante; 45, aceptación de documentos públicos sin efecto vinculante). Añádase el impacto del Certificado de Filiación Europeo (inscripción en el Registro, art. 53). Nada hay específico sobre el régimen de maternidad subrogada<sup>25</sup>. La regla es la

<sup>22</sup> Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, "La Propuesta...", *op. cit.*, p. 158.

<sup>23</sup> A mi juicio, ese "podrá" tiene mucho que ver con la concepción nacional del orden público, por lo que en el caso español no parece previsible una gran implicación de las autoridades; los juicios en Dpr son concretos, no se juzga a un ordenamiento en general; es evidente que (hablando de maternidad subrogada) el 17.2 está al servicio de los padres de intención: el legislador no se conforma con que se declaren una filiación sin más.

<sup>24</sup> Valen *mutatis mutandis* los argumentos de la sentencia del TJUE de 30 de noviembre de 1976, C-42/76, ECLI:EU:C:1976:168: habiendo resolución judicial, no se puede re-litigar sobre lo ya decidido en otro EM.

<sup>25</sup> Una revisión de los precedentes normativos en The Marburg Group, *Comments...*, *op. cit.*, pp. 48 ss.

continuidad<sup>26</sup>, con causas estrictas de oposición que no pretenden cuestionar los juicios de fondo<sup>27</sup> (arts. 31, 39 y 45), delineadas sobre las típicas de los instrumentos anteriores<sup>28</sup>.

La clave es el orden público<sup>29</sup>, dado el rechazo de la gestación subrogada en la mayoría de los sistemas europeos<sup>30</sup>. Parece por ello que se puso la venda antes que la herida: el informe del PE<sup>31</sup> rebaja su incidencia, sea eliminándolo como causa de no reconocimiento<sup>32</sup> sea manteniendo la eficacia de las resoluciones cuyo reconocimiento se haya desestimado por ese motivo hasta la firmeza de la decisión o exigiendo una justificación detallada de su utilización. Al final, todo ha quedado en una mínima delimitación negativa (no es orden público que los progenitores sean del mismo sexo o que la audiencia al menor no se haya realizado según las modalidades previstas en la *lex fori*), un reclamo de la doctrina del TEDH y la insistencia en que este es un tema que compete exclusivamente al legislador nacional<sup>33</sup>. Entra en juego por ello la definición nacional, punto en el que la posición del TS es diáfana (resumida en la referida sentencia de 31 de marzo de 2022), sin fermentos legislativos para el cambio (art. 32 de la LO 2/2010 tras la reforma de 2023). Por su parte, la STC de 27 de febrero de 2024 no obliga a nada en este tema, centrada como está en la violación del art. 24 CE<sup>34</sup>.

Los planteamientos más favorables de las autoridades belgas, chipriotas, holandesas, portuguesas o griegas, en fin, no tienen garantizado el acceso a nuestro foro, por mucho que hayan aplicado el art. 17.

---

<sup>26</sup> Recuérdese que se podrán atacar los errores materiales cometidos al redactar el correspondiente certificado (arts. 30, 38), sin cuestionar lo dispuesto en la resolución o documento público.

<sup>27</sup> Por ello se afirma que se confunde documento y estado civil: FULCHIRON, Hugues, “La proposition..., *op. cit.*”, p. 1175.

<sup>28</sup> El mismo razonamiento debe servir cuando se solicite a un órgano jurisdiccional español la emisión de un CFE y haya de calificar la idoneidad de los documentos referidos en el art. 49 (letra e en particular).

<sup>29</sup> En general, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “La propuesta de reglamento..., *op. cit.*”, p. 163; BIANCA, Mirzia, “Una prima lettura della proposta di Regolamento del del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione”, *Familia*, 2023, pp. 3 ss.

<sup>30</sup> GÖSSL, Susanne/MELCHER, Martina, “Recognition of a status acquired abroad in the EU. A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives”, *CDT*, 2022, pp. 1012 ss.

<sup>31</sup> Informe sobre la propuesta de Reglamento, 23 de octubre de 2023, documento A9-0368/2023.

<sup>32</sup> Opinión de la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior, enmiendas 37 y 81.

<sup>33</sup> Ni existe un orden público globalizado (como sostiene PATTI, Salvatore, “Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta”, *Rivista di diritto civile*, 2023, p. 619) ni el TJUE ha definido nada en este tema (BARATTA, Roberto, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *RCADI*, vol. 348, 2010).

<sup>34</sup> “...la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos”, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Roj, de 27 de febrero de 2024, ECLI:ES:TC:2024:28.

— El segundo polo de atención es el de las filiaciones establecidas en un Estado tercero, reconocidas en un EM y con pretensiones de gozar de eficacia transfronteriza en los demás EEMM. Piénsese en el matrimonio entre portugués y británico residentes en España, con un hijo nacido mediante esta técnica en Inglaterra. El certificado británico será reconocido en Portugal, pero, ¿gozará de eficacia incondicionada y general en España la inscripción registral portuguesa? Sólo es claro que el primer reconocimiento queda fuera del modelo (art. 3.3); los demás, discutible<sup>35</sup>. Como el tema es controvertido, el grupo de expertos de la Comisión Europea sugirió en su reunión de 9 de febrero de 2022 que se especificara, en el formulario expedido por la autoridad nacional, si el reconocimiento se basa en un documento procedente de un Estado tercero, dando por sentado que la filiación establecida en éste queda fuera de la propuesta y circula dentro de la UE según las normas autónomas de cada EM<sup>36</sup>. En todo caso: a) es razonable pensar que la sugerencia no ha sido acogida por superflua; b) vistos el art. 4 y el cdo. 24, parece que el reglamento funciona cuando la filiación ha sido establecida en un EM, sin importar a este respecto la existencia de vínculos con un Estado tercero; c) establecida no es lo mismo que reconocida: no tendría sentido aplicar el modelo reglamentario a decisiones que en último término han entrado en el espacio integrado usando unas normas (léase controles) eventualmente muy distintas a las europeas<sup>37</sup>; d) *exequatur sur l'exequatur ne vaut*.

### 3. UN APUNTE FINAL

Apartándose del tradicional respeto de los modelos sociales nacionales en temas de familia<sup>38</sup>, afrontamos una propuesta que tras su aparente neutralidad ideológica esconde un intento de homogeneización. Ahora, en lo que toca al tema abordado en estas líneas, se blande el maleable interés del menor

<sup>35</sup> DANIELI, Diletta, “La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali”, *SIDIBlog*, entrada de 23.2.2023; el *European Group for Private International Law* reclama *further consideration* sobre el ámbito espacial de aplicación; la resolución del Senado francés reprocha el déficit de definición de qué se entiende por situación transfronteriza.

<sup>36</sup> “...if the document on parenthood issued in another Member State results from the prior recognition of a document on parenthood issued in a third State, the receiving authority will continue to apply its national law on the recognition of foreign documents”. Vid. en el sexto encuentro del grupo de expertos (E03765) de 9 de febrero de 2020, <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42654&fromExpertGroups=3765>

<sup>37</sup> DANIELI, Diletta, ““Third-State connections” in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?”, *CDT*, 2023, p. 1398. En contra, por ejemplo, DE VIDO, Sara, “Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico “rafforzato” dell’Unione europea”, revista.eurojus.it, 2023, p. 48 (en base a la necesidad de tratar por igual a todos los niños); implícitamente, DURÁN AYAGO, Antonia, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, 2023. Por muy difícil que sea denegar un reconocimiento de un estado civil constatado, declarado, reconocido en un EM (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La propuesta..., *op. cit.*”, p. 194), no es irrazonable ni ilegal.

<sup>38</sup> LIPARI, Nicolò, “Riflessioni su famiglia e sistema comunitario”, en *Familia*, 2006, p. 13.

para aseverar que los EEMM son libres para configurar su Derecho y acto seguido jibarizar y definir el concepto de orden público, aspirando a imponer por la vía de la eficacia transfronteriza de los actos el modelo más laxo de relaciones de filiación. Se viola el equilibrio de competencias, se quiebra la proporcionalidad lograda por el TJUE, se tergiversa al TEDH. Y todo para nada. Se necesita repensar los temas o, mejor, ser prudentes.

Coordinación a cargo de  
Enrique J. MARTÍNEZ PÉREZ

**LA GUERRA EN GAZA (II)**  
*THE WAR IN GAZA (II)*

**NOTA INTRODUCTORIA**  
*INTRODUCTORY NOTE*

Enrique J. MARTÍNEZ PÉREZ\*

Como ya apuntábamos en la presentación del Foro del número pasado de la REDI (vol. 76 Núm. 1), la guerra en Gaza, tal y como trascurrían los acontecimientos, iba a seguir planteando nuevas cuestiones y retos a los que el Derecho internacional debía dar respuesta. Consiguientemente, hemos considerado oportuno dar voz a otros colegas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) para que, sin un encargo definido alguno, expresaran su opinión libremente sobre lo que está ocurriendo en este terrible conflicto bélico.

En primer lugar, la profesora Montserrat Abad Castelos, Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid, nos ofrece una reflexión en profundidad de la relación entre las empresas y los Territorios Palestinos Ocupados (TPO) con el estudio de los principales instrumentos jurídicos internacionales aplicables, prestando especial atención a cuáles son las responsabilidades y las obligaciones de las empresas y abogando en este sentido por el cumplimiento escrupuloso, si fuera necesario con la adopción de nuevas medidas normativas, de las derivadas del Derecho internacional humanitario.

En segundo lugar, el profesor Javier A. González Vega, Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Oviedo, aborda la cuestión del reconocimiento del Estado palestino por parte de España, analizando el contexto político interno e internacional en

---

\* Profesor Titular de la Universidad de Valladolid. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista y coordinador de la Sección "Foro" del área de Derecho Internacional Público (enriquejesus.martinez@uva.es).

el que se adopta, el posible carácter prematuro que poseería o sus limitadas implicaciones jurídicas. Considera en este punto que la estrategia planteada por el gobierno no ha dado los frutos esperados ante la falta de participación de otros Estados europeos en ella.

En tercer lugar, el profesor Cesáreo Gutiérrez Espada, Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia, nos expone las razones por las cuáles considera que dicho conflicto perdurará en el tiempo. No obstante, apunta que el fin de esta tragedia debe pasar porque Hamás reconozca la existencia como Estado de Israel, se cree una sola entidad nacional del pueblo palestino y se acuerde el derecho de ambos Estados a existir con fronteras estables y seguras.

Por último, el profesor Francisco Jiménez García, Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, se centra en el papel de la Corte Penal Internacional, examinando, por una parte, la naturaleza internacional del conflicto armado desde diferentes puntos de vista (la estatalidad de Palestina, el derecho de autodeterminación de los pueblos y el estatuto jurídico de territorio ocupado), y, por otra parte, si las dimensiones de la destrucción y muerte en Gaza pueden suponer la comisión de actos de genocidio contra el pueblo palestino.

Termino estas líneas expresando mi agradecimiento a nuestros compañeros, en nombre del equipo editorial de la Revista, por aceptar nuestra invitación a participar en este espacio de reflexión y debate académico que pretende ser abierto y plural.

**PALESTINA Y LAS EMPRESAS:  
LOST IN OCCUPATION**  
**PALESTINE AND CORPORATIONS:  
LOST IN OCCUPATION**

Montserrat ABAD CASTELOS\*

**Palabras clave:** Palestina, Territorios Palestinos Ocupados (TPO), empresas, ocupación, obligaciones, Derecho internacional.

**Keywords:** Palestine, Occupied Palestinian Territory (OPT), corporations, obligations, occupation, International law.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: UNA REALIDAD TRÁGICA Y CONTRARIA A NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL, QUE FUERZA A MIRAR TAMBIÉN MÁS ALLÁ DE LOS ESTADOS. 2. EL CARÁCTER PROFUNDAMENTE LESIVO DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES VINCULADAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, CON LOS ASENTAMIENTOS ISRAELÍES EN LOS TERRITORIOS PALESTINOS OCUPADOS (TPO). 3. RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS DERIVADAS DEL ENTENDIMIENTO *genérico* DE LA DEBIDA DILIGENCIA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS Y LAS GUÍAS DE LA OCDE. 4. RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS DERIVADAS DE LA NECESIDAD DE MANTENER UNA DEBIDA DILIGENCIA *intensificada* EN CASOS DE ALTO RIESGO O DE CONFLICTO, INCLUIDOS LOS SUJETOS DE OCUPACIÓN. 5. RESPONSABILIDADES CORPORATIVAS ESPECÍFICAS A PARTIR DE LAS EXHORTACIONES DIRIGIDAS POR EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. 6. *Obligaciones* DE LAS EMPRESAS CONFORME AL DIH, AVISTANDO OBSTÁCULOS Y POTENCIALIDADES PARA LOGRAR SU RENDICIÓN DE CUENTAS. 7. CONCLUSIÓN.

## **1. INTRODUCCIÓN: UNA REALIDAD TRÁGICA Y CONTRARIA A NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL, QUE FUERZA A MIRAR TAMBIÉN MÁS ALLÁ DE LOS ESTADOS**

Ante la catastrófica situación actual, con Gaza casi reducida a ruinas, una Cisjordania cada vez más exigua y Jerusalén Este anexionado ilícitamente por Israel, los palestinos deberán enfrentarse a su futuro como pueblo, intentando construir un mañana. Aun sabiendo que el Derecho internacional está de su parte, el desafío es ciclópeo. Es de celebrar al menos que la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) haya dejado claro, en su Opinión consultiva de 2024 *sobre las consecuencias jurídicas que tienen las prácticas y políticas de Israel en los territorios palestinos ocupados*, veinte años después

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto coordinado "Naturaleza, Conflicto y Cooperación: El Poder Transformador del Derecho sobre Actores, Espacios, Recursos, Conductas y Daños", concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PaxNatura I: *Hacer las Paces con la Naturaleza y Hacer que la Naturaleza sea clave para la Paz*. Ref.: PID20224842022). La autora agradece a Elena Álvarez sus valiosos comentarios en relación con este artículo.



de su previa opinión consultiva sobre *el Muro*, que, entre otros deberes, Israel tiene la obligación de poner fin a su presencia ilícita en los Territorios Palestinos Ocupados (TPO), retirándose de ellos lo antes posible; hacer cesar la construcción de nuevos asentamientos y evacuar a todos los colonos; así como reparar a todas las personas naturales y jurídicas afectadas por la ocupación<sup>1</sup>.

Las normas en juego directamente relacionadas con nuestro objeto aquí contienen obligaciones *erga omnes* y además son, al menos en gran parte de su contenido, imperativas o de *ius cogens*. Se trata, por consiguiente, de normas inderogables y de normatividad reforzada en el sistema jurídico internacional. Son, en particular las que se refieren a la prohibición del uso de la fuerza; la prohibición de anexión de territorio (violadas ambas por Israel con la ocupación desde 1967<sup>2</sup>); la protección del ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino<sup>3</sup> (que, a consecuencia de la prolongación de la ocupación —junto al modo de ejercerla, trufada de otras violaciones—, no lo puede ejercer); y la prohibición del *apartheid*, debido al sistema segregador, a través de normas y controles, impuesto por el ocupante. A todas luces la CIJ no utilizó expresamente el término *apartheid* en su recién adoptada opinión consultiva (aunque sí los de “discriminación” y “segregación”) porque, precisamente silencios y ambigüedades así, le permitieron alcanzar el necesario consenso dentro del estrado<sup>4</sup>. Sin embargo, el *apartheid* es evidente. No habrá asientos o baños separados a través de oprobiosos carteles distinguiendo espacios en Cisjordania, como los había en la Sudáfrica racista del pasado, separando entornos para *Blancos* y *Negros*<sup>5</sup>, pero hay muros, alambradas y carreteras de circunvalación que cumplen la misma función de segregación radical (además de que los resultados, por su conexión con crímenes contra la humanidad en sentido amplio, son peores). En efecto, las acciones israelíes cometidas contra los palestinos segregan de manera homologable a las conductas integradas en el concepto de *apartheid*, tal como se refleja de manera flagrante por medio de normas, políticas y hechos, según acreditan sobre

<sup>1</sup> *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 2024, ICJ Rep, párr. 258.

<sup>2</sup> Sobre ello, véase BRUNK, Ingrid y HAKIMI, Monica, “The Prohibition of Annexations and ICJ’s Advisory Opinion on the Occupied Palestinian Territory”, *EJIL: Talk!*, 22 de julio de 2024. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-prohibition-of-annexations-and-icjs-advisory-opinion-on-the-occupied-palestinian-territory/>

<sup>3</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 (I), ICJ Rep, p. 183, párr. 118.

<sup>4</sup> MILANOVIC, Marko, “ICJ Delivers Advisory Opinion on the Legality of Israel’s Occupation of Palestinian Territories”, *Ejil: Talk!*, 20 de julio de 2024. Disponible en [https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title\\_2](https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2)

<sup>5</sup> Afortunadamente, una Sudáfrica totalmente redimida ahora e incluso pionera en la reivindicación de la aplicación del Derecho (en la estela del caso Gambia c. Myanmar) al presentar una demanda contra Israel ante el TIJ para contribuir a detener las atrocidades cometidas en la ofensiva; caso relativo a la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en la Franja de Gaza*, *sub iudice* ante la CIJ.

todo informes de organismos no gubernamentales. Estos, libres de ataduras y trabas geopolíticas, y tomando como referencia únicamente parámetros jurídicos objetivos, han podido concluir que la segregación supremacista puesta en práctica encaja en la calificación de *apartheid*<sup>6</sup>.

Lo cierto es que, seguramente por aquella misma razón, buscadora de aprobación dentro del propio tribunal, la CIJ tampoco pudo explayarse más sobre ciertas implicaciones de las normas de *ius cogens*<sup>7</sup>, si bien tampoco era imprescindible que fuera más allá para alcanzar el nítido resultado que al final logró: dejar bien clara la grave y continuada violación del Derecho internacional por parte de Israel y las consecuencias indicadas antes, en síntesis: que debe retirarse de los TPO (incluyendo el desmantelamiento de los asentamientos y la evacuación de colonos) y reparar a las víctimas palestinas.

La aplicación de las normas imperativas debería ser siempre una cuestión jurídica automática, despegada de intereses estatales, así como de ideologías políticas, y vinculada solo al Derecho, en la medida en que tales normas incorporan valores esenciales que forman parte de la *conciencia* de la humanidad. Sin embargo, los Estados no han sido capaces hasta ahora de conseguir su cumplimiento en este caso. Teniendo en cuenta supuestos como este, los profesores de Derecho internacional público solemos advertir a los estudiantes de Grado en los primeros días del curso que este ordenamiento jurídico se entremezcla más que ningún otro con la política, especialmente en lo relativo a la aplicación de algunos de sus sectores, como son el uso de la fuerza, el Derecho internacional humanitario o la protección de los derechos humanos. Pero a menudo con una acepción de la *política* que responde en realidad a una politización interesada que, lejos de servir al bien común, lo entorpece e incluso a veces lo dinamita. Muchas vicisitudes atravesadas por los Territorios Palestinos Ocupados (TPO) y la parte del pueblo palestino que habita en ellos (también de los refugiados que no han podido retornar desde la Nakba o tras expulsiones posteriores de su tierra) suponen una muestra paradigmática en tal sentido, pues el peso de una politización viciosa e insolidaria viene

---

<sup>6</sup> Véase Human Rights Watch. (2021), *A threshold crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution*. Disponible en:

<https://www.hrw.org/report/2021/04/27/thresholdcrossed/israeli-authorities-and-crimes-apartheid-and-persecution>; B'Tselem (2021), *A regime of Jewish supremacy from the Jordan River to the Mediterranean Sea: This is apartheid*. Disponible en:

[https://www.btselem.org/publications/fulltext/202101\\_this\\_is\\_apartheid](https://www.btselem.org/publications/fulltext/202101_this_is_apartheid); Amnesty International (2022), *Israel's apartheid against Palestinians: Cruel system of domination and crime against humanity*. Disponible en:

<https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/>

<sup>7</sup> En cualquier caso, ha podido hacer explícito que “en casos de ocupación extranjera como es el caso presente, el derecho de libre-determinación constituye una norma imperativa de Derecho internacional” (párr. 233) y, además, ha enfatizado la presencia de obligaciones *erga omnes* en diferentes partes de su pronunciamiento; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, 2004 (I), ICJ Rep (cit. en nota 3), párr. 33, 96, 232, 274 y 280.

impidiendo desde hace décadas la aplicación del Derecho internacional y la ética más elemental.

La cuestión que se percibe más intensamente en los momentos de redactar estas páginas es la brutal ofensiva militar de Israel contra Gaza, iniciada tras el fatídico 7 de octubre de 2023<sup>8</sup>, y cómo actuar para prevenir o hacer cesar un genocidio, así como otros crímenes contra la humanidad y de guerra. Por ello, debe dejarse constancia de que hay igualmente deberes *erga omnes* tras los principios de distinción, proporcionalidad y precaución impuestos por el Derecho internacional humanitario (DIH, en adelante), si bien, según los datos disponibles, en modo alguno parecen estar siendo utilizados como parámetros prioritarios por las autoridades militares israelíes. Todo lo contrario. No entraremos aquí, sin embargo, a examinar los graves incumplimientos del DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) cometidos por Israel contra Gaza y su población, en su mayoría contra personas civiles en un espacio densamente poblado (llámese *prisión a cielo abierto*, *gueto*, *ratonera*, *campo de concentración* o incluso *fosa común de muertos y vivos*), del que sus habitantes no pueden escapar, salvo en casos de privilegiadas excepciones, y en el que tampoco se pueden guarecer de forma segura, porque, en no pocas ocasiones, las zonas refugio no son respetadas). Todo ello está siendo analizado por numerosos expertos<sup>9</sup>. Asimismo, será objeto de escrutinio, al menos en parte, por dos tribunales internacionales, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional (además de ser juzgado más adelante por historiadores, seguramente por este “fracaso moral del mundo”<sup>10</sup>).

Sea como fuere, cuando se mira hacia adelante intentando calibrar cuánta voluntad política estatal puede reunirse en el futuro para hacer frente a través del Derecho a este sionismo crecido (tanto en expectativas como en el uso de la violencia), que alienta acciones tan graves como las matanzas indiscriminadas cometidas en Gaza por las fuerzas militares israelíes<sup>11</sup>, los pronósticos

<sup>8</sup> Cuando se cometieron los ataques terroristas de Hamás, que sin duda implican crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, pero que, como contextualizó el secretario general de las Naciones Unidas (SGNU) de forma ecuatorial, tales execrables actos no se gestaron en el vacío.

<sup>9</sup> Véanse, entre otros, PONS RAFOLS, Xavier, “La guerra en Gaza y el conflicto palestino-israelí: un punto de inflexión en medio de un ciclo sin fin de violencia”, *Peace & Security — Paix et Sécurité Internationales*, enero-diciembre, 2024, número 12, pp. 1 y ss. También los comentarios publicados en este mismo Número de la REDI y en el número anterior.

<sup>10</sup> MACHEL, Graça (2024), “The world’s moral failure in Gaza”, *Nepali Times*, 8 de abril. Disponible en <https://nepalitimes.com/opinion/the-world-s-moral-failure-in-gaza>

<sup>11</sup> Mientras el *sionismo* fue construido mediante la expropiación de tierras (cfr. PAPPE, Ilan [2019], *Los Diez Mitos de Israel*, Akal, pp. 65 y ss.), no suele haber *antisemitismo* en las críticas a ello. Sin embargo, es esta, la de *antisemitismo*, una acusación recibida a menudo, cuando se emite cualquier opinión contraria a los abusos cometidos por Israel. Reproche de *antisemitismo* que suele tener muy diversas procedencias (no solo de miembros del actual gobierno israelí) e intenta asociar cualquier crítica que se realice con los abyectos motivos o sentimientos que anidaron tras los atroces actos de persecución dirigidos contra el pueblo judío a lo largo de la historia. De hecho, si en la actualidad fuera perceptible un *antisemitismo* un tanto generalizado, sería más bien aquel que toma la forma de islamofobia y victimiza a árabes pobres. Lamentablemente, muchos palestinos, más desposeídos, pobres y vulnerables que nunca, encajan a la perfección en tal molde.

no son halagüeños. Ello a pesar de que, a medida que pasan los días, se van acumulando los indicadores que apuntan directamente al crimen de genocidio. En efecto, quede solo constancia aquí de que, junto a la limpieza étnica de palestinos (como dejó acreditado el historiador judío-israelí Ilan Pappé en su libro de 2006, *La limpieza étnica de Palestina*), todo indica que la conducta del Estado de Israel llevada a cabo en Gaza desde octubre de 2023 es susceptible de encajar además en el tipo penal del genocidio, tal como este está previsto tanto en la Convención de 1948 como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En ello ha reparado la CIJ al admitir la demanda sudafricana en el caso de la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en la Franja de Gaza*, asumiendo la *plausibilidad* del crimen, es decir, que es cuando menos creíble que los patrones de conducta y las intenciones expresadas por las autoridades israelíes sean compatibles con él. En suma, el *fumus boni iuris*, junto con la urgencia de la situación y la probabilidad de un perjuicio irreparable, le han permitido a la Corte ordenar medidas provisionales. Además, nos mostramos de acuerdo con los análisis hechos hasta la fecha por los expertos que han analizado los elementos objetivo y subjetivo relativos a las conductas bajo examen, y han concluido con una respuesta afirmativa a la interrogante de si Israel puede estar cometiendo el *crimen de crímenes*. En este sentido, destaca el informe de marzo de 2024, *Anatomía de un genocidio*, presentado por la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, Francesca Albanese.

Lo cierto es que, a partir de la agresión rusa a Ucrania en 2022 y los acontecimientos posteriores, se han mostrado más nítidamente los *tres mundos* que ahora conforman las relaciones internacionales: el *Oeste*, el *Este* y el *Sur*, los tres *Globales*, con intereses distintos y rivalidad por dejar sus respectivas improntas<sup>12</sup>. Es un escenario marcado además por una serie de caracteres que se retroalimentan entre sí, entre los que pueden remarcarse los dos siguientes órdenes de rasgos distintivos. De un lado, hay un avance de ideas *iliberales* en todo el mundo, que se llegan a plantear de forma asertiva en foros y ante instituciones internacionales, fundamentalmente por el *Este Global* (en particular por sus abanderados, Rusia y China), que se atreve a desafiar valores universales como los derechos humanos<sup>13</sup>. Aspectos que se reflejan en una tendencia hacia la *contra-normatividad*<sup>14</sup> y en las múltiples confrontaciones existentes. Y, de otro lado, hay un acelerado declive del *orden occidental ba-*

---

<sup>12</sup> IKENBERRY, John Gilford, "Three Worlds: the West, East and South and the competition to shape global order", *International Affairs*, 2024, núm. 100: 1, pp. 121 y ss.

<sup>13</sup> Munich Security Conference, *Munich Security Report 2023*. Disponible en <https://securityconference.org/en/publications/munich-security-report-2023/>

<sup>14</sup> STIGALL, Dan E., "Counternormativity and the international order", *George Washington International Law Review*, vol. 54, 2024, núm. 3, pp. 441 y ss.

*sado en normas*<sup>15</sup>, entre otras razones por el inmoral doble rasero. En efecto, un uso de dos varas distintas de medir cuando se trata de aplicar el Derecho, que se hace especialmente palmario cuando se utiliza de manera simultánea en el tiempo, como ahora, por *Occidente*, y se da un tratamiento diferente a Ucrania y Gaza. Esto mina la legitimidad del Oeste Global, repercute en su capacidad para liderar respuestas a los colosales retos existentes en la práctica e incide además en que se acentúe el primer orden de rasgos distintivos.

Situándonos en el contexto recién descrito, hay que señalar que la confiscación de tierra palestina y la expansión en ella de los asentamientos por parte de Israel ha sido una constante desde antes de 1967, pudiendo retrotraerse a la creación del Estado del Israel. Ciertos aspectos de la ocupación han sido objeto de examen por distintos órganos<sup>16</sup>, inclusive de manera frontal por la CIJ en su reciente Opinión Consultiva de 2024. Lamentablemente, la inercia de la invasión progresiva de Palestina por parte de Israel continúa, y cobra impulso incluso a un ritmo si cabe más alarmante<sup>17</sup>, mientras transcurre la sangrienta guerra contra Gaza, con su espiral de muerte. Por ello, y, en definitiva, a la luz de todo lo anterior, se hace patente la necesidad de salir del círculo de los Estados y escudriñar hasta qué punto otros actores desprovistos de esa carga política (al menos de gran parte de ella), en concreto las empresas, actores cada vez más poderosos en las relaciones internacionales, pueden tener responsabilidades e incluso obligaciones en relación con la situación en los TPO, y por tanto resultar relevantes en el devenir de la situación. Aunque las empresas son sujetos de loable emprendimiento e indispensables para crear riqueza en la sociedad, la búsqueda de beneficios a toda costa les ha conducido con frecuencia a ser muy lesivas para los derechos humanos, el medio ambiente e incluso la democracia. Encima, sus daños se agravan en la medida en que las compañías siguen siendo todavía en gran medida invisibles ante el Derecho internacional y huidizas ante los ordenamientos internos, al esconderse tras complejas y globalizadas cadenas de valor (a menudo cambiantes y no transparentes), y el principio de la personalidad jurídica separada entre matrices y filiales. Esto hace que a menudo sus violaciones queden sin reparación, e incluso crímenes impunes. De ahí que uno de los grandes desafíos hacia el futuro

---

<sup>15</sup> Ya se venía advirtiendo de este declive desde hace tiempo; véase por todos, IKENBERRY, John Gilford, "The end of liberal international order?", *International Affairs*, vol. 94, 2018, núm. 1, pp. 7-23.

<sup>16</sup> Así la *Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel*, aporta información sobre autorizaciones de asentamientos recientes. Tan solo en un año, desde el 1 de noviembre de 2022 al 31 de octubre de 2023, se aprobaron aproximadamente unas 24.300 viviendas unifamiliares dentro de los asentamientos actualmente existentes en Cisjordania, incluyendo unas 9.670 en Jerusalén Este; "Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights"; informe del 1 de febrero de 2024, Doc. A/HRC/55/72), párrs. 7 y 10.

<sup>17</sup> HADDAD, Mohammed (2024), "Visualising how Israel keeps stealing Palestinian land", Aljazeera, July, 11. Disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2024/7/11/how-israel-keeps-stealing-palestinian-land>

sea embridarlas y hacerles rendir cuentas. Además, debe tenerse en cuenta que tanto la prevención como la recuperación en situaciones de crisis exigen una implicación *multiactorial*, pues se requiere un “enfoque de ‘toda la sociedad’”<sup>18</sup>. Cabe indicar, en este sentido, que la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) instaba ya en 1977, más allá de los Estados, organizaciones internacionales y demás instituciones, a las “sociedades de inversiones (...) a que no reconozcan ninguna de las medidas adoptadas por Israel para explotar los recursos de los territorios ocupados o introducir cambios en la composición demográfica, el carácter geográfico o la estructura institucional de dichos territorios, y a que no cooperen con Israel o le presten asistencia alguna en la aplicación de esas medidas”<sup>19</sup>.

A la luz de todo lo anterior, en estas páginas vamos a examinar fundamentalmente algunas cuestiones clave en relación con las empresas y los TPO, a fin de poder determinar posibles implicaciones útiles. ¿Cuáles son los principales instrumentos jurídicos a tener en cuenta? ¿Tienen las empresas responsabilidades concretas conforme al Derecho internacional en los TPO? ¿Hay órganos gubernamentales y no gubernamentales relevantes que se estén ocupando de la actividad de las empresas en los TPO? ¿Qué alcance tiene la debida diligencia empresarial en situación de ocupación? ¿Hay solo *soft law* o también *hard law* al respecto? ¿Qué se espera de los Estados con respecto a las empresas que operan desde su territorio o bajo su jurisdicción? ¿En qué situación se encuentra, por ejemplo, una empresa como Caterpillar, cuando no impide que sus máquinas excavadoras sean utilizadas para demoler casas palestinas por orden de autoridades israelíes? ¿Y Airbnb, Booking o eDreams, cuando ofrecen alojamientos en asentamientos hechos en tierras previamente arrebatadas a los palestinos?<sup>20</sup> ¿Y el Banco Santander, cuando financia, junto con otras muchas entidades europeas, a empresas que desarrollan directamente actividades lucrativas en beneficio propio en los TPO, en detrimento de los legítimos propietarios de ese territorio? ¿Y Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF), cuando lidera la construcción y ampliación de líneas de tranvía, que conectan la ciudad vieja de Jerusalén con los territorios ocupados de Jerusalén Este? Ir respondiendo a estas interrogantes nos permitirá calibrar mejor si hay algún aspecto significativo a tener en cuenta, centrándonos en las responsabilidades y obligaciones en sí, más que otras cuestiones también cruciales, como la responsabilidad. Deben explorarse todas las posibilidades con la vista puesta en que la CIJ colocó en su último dictamen una responsabilidad directa y especial sobre la AGNU para

---

<sup>18</sup> OKAI, Asako y RAMASASTRY, Anita, PNUD, *Diligencia debida intensificada en materia de derechos humanos para empresas en contextos afectados por conflictos; Una guía*, Nueva York, 2022, prólogo.

<sup>19</sup> Asamblea General: Res. 32/161, “Soberanía permanente sobre los recursos nacionales en los territorios árabes ocupados”, 1977, párr. 7.

<sup>20</sup> Véase Human Rights Watch (2018), “Bed and Breakfast on Stolen Land — Tourist Rental Listings in West Bank Settlements”, 20 de noviembre. Disponible en <https://www.hrw.org/report/2018/11/20/bed-and-breakfast-stolen-land/tourist-rental-listings-west-bank-settlements>



considerar las *modalidades precisas* y la acción posterior que se precisa para terminar con la presencia ilícita de Israel en los TPO lo más rápido posible<sup>21</sup>. Razón por la cual se impone encontrar asideros técnico-jurídicos para poder desvincular las actividades de las empresas de los TPO, tanto directa como indirectamente.

A fin de ir respondiendo a las cuestiones planteadas, la exploración se estructurará a lo largo de los apartados siguientes. Para empezar, en el apartado 2, veremos la situación de partida de la ocupación, de la que se derivan deberes para terceros Estados, y como la actuación de las empresas vinculadas con los TPO genera graves perjuicios para el pueblo palestino. A continuación, veremos, en el apartado 3, cuáles son las responsabilidades de las empresas a la luz de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, así como de las guías de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). Después, veremos en el apartado 4 cuáles son los últimos desarrollos en materia de la denominada diligencia debida *intensificada*. En el apartado 5 examinaremos las responsabilidades de las empresas a raíz de las exhortaciones específicas dirigidas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Tras ello, en el apartado 6 se examinará en qué medida las empresas tienen obligaciones conforme al Derecho internacional, en particular con respecto al DIH, avizorando posibles obstáculos, pero también potencialidades para hacerles rendir cuentas. Por último, a través del apartado 7, terminaremos con una serie de conclusiones finales.

## **2. EL CARÁCTER PROFUNDAMENTE LESIVO DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES VINCULADAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, CON LOS ASENTAMIENTOS ISRAELÍES EN LOS TPO**

El punto de partida, como ha dejado bien claro la CIJ, es que “todos los Estados tienen la obligación de no reconocer como legal la situación derivada de la presencia ilícita de Israel en el Territorio Ocupado Palestino. Tienen la obligación de no facilitar cualquier tipo de ayuda o asistencia para mantener la situación creada por la presencia ilícita de Israel en el Territorio Palestino Ocupado”, a la vez que la obligación de “abstenerse de entablar tratos económicos o comerciales con Israel relativos al Territorio Palestino Ocupado o partes del mismo que puedan afianzar su presencia ilegal en el territorio”, y de “tomar medidas para impedir las relaciones comerciales o de inversión que contribuyan al mantenimiento de la situación ilegal creada por Israel en el Territorio Palestino Ocupado”<sup>22</sup>. El deber de no reconocer “también se aplica a las organizaciones internacionales, incluyendo las Naciones Uni-

<sup>21</sup> CIJ, *Legal Consequences (...)*, op. cit., párr. 281.

<sup>22</sup> *Ibid.*, de un lado, párr. 279 y, de otro lado, párr. 278 (y las citas que allí hace la propia Corte: *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudafrica en Namibia* [África Sudoccidental] a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión consultiva, I. C.J. Recueil 1971, pp. 55-56, párrs. 122, 125-127).



das, en vista de las graves violaciones de obligaciones erga omnes conforme al Derecho internacional<sup>23</sup>. Aun así, si toda ocupación prolongada encierra grandes peligros extra hacia el futuro, en el sentido de que se van sucediendo hechos consumados difíciles de revertir.

Los TPO muestran una amplísima muestra de tales acciones ilícitas, concebidas para modificar el *statu quo*, como entre otros, los siguientes: la expropiación de tierras; la confiscación de bienes; la incesante demolición de viviendas palestinas; la expulsión y el desplazamiento de palestinos, incluidas comunidades enteras; la expansión de los asentamientos; la construcción de carreteras de circunvalación; la edificación de muros; la alteración de las características físicas del territorio y de la composición demográfica en Cisjordania y Jerusalén Este<sup>24</sup>; o la fragmentación y cantonización<sup>25</sup>. Todos estos pasos intencionados van llevando consigo que la población israelí de los asentamientos haya crecido rápidamente (inclusive en Jerusalén Este y en el Golán Sirio)<sup>26</sup>; que la ocupación se vaya consolidando<sup>27</sup>; y, en definitiva, que la situación tienda a que “las hechuras del Estado llamado Palestina será, en el mejor de los casos, un bantustán de Israel”<sup>28</sup>. Todo ello hace recordar inevitablemente la importancia del principio de efectividad en el orden internacional. Pero, como ha dejado claro la CIJ, los asentamientos deben ser desmantelados y debe haber reparaciones. A la vista de todo lo anterior, se precisa que, no solo Israel cumpla sus obligaciones, sino que también los terceros Estados hagan lo propio para cumplir las suyas (tanto con respecto a la situación, como también con respecto al Estado de Israel y a las empresas que actúan bajo su jurisdicción, a fin de adoptar medidas acordes con el Derecho internacional). A su vez, es crucial que las empresas cumplan sus propias responsabilidades y obligaciones.

El área C de Cisjordania, que cubre alrededor del 60% del territorio (enteramente bajo control israelí, civil y de seguridad) es vital para que la economía palestina pueda desplegar su potencial de desarrollo, pues tiene tierra con capacidad productiva; recursos naturales (entre los que se encuentran minerales y en particular piedras de cantera); capacidad para albergar más

---

<sup>23</sup> Véase *ibid.*, de un lado, párr. 280.

<sup>24</sup> Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967 (2024, ALBANESE, Francesca)”, Doc. A/HRC/55/73, párr. 12.

<sup>25</sup> Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967 (2016, LYNK, Michel)”, párr. 41.

<sup>26</sup> Oficina del Alto Comisionado de las NU para los Derechos Humanos, “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan”, Doc. A/HRC/52/76 (15-3-2023), párr. 10.

<sup>27</sup> Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel, Doc. A/77/328 (14-9-2022), párr. 51.

<sup>28</sup> REMIRO BROTONS, Antonio, “Un pueblo deambula en Gaza”, vol. 76-1, 2024, pp. 307 y ss.; p. 313.

población palestina; e incluso potencial para el turismo<sup>29</sup>. Por ello, la actividad del sector privado es crucial, desde el sector de la inversión, pasando por las empresas del sector primario o de la industria, hasta llegar a las de los servicios. Pero se precisa que las empresas no *alimenten* la ocupación, máxime cuando hay pruebas de que Israel explota recursos palestinos, incluyendo agua, minerales y otros recursos naturales en beneficio de su propia población, no solo en detrimento, sino, lo que es más grave, exclusión de la población palestina. Informes de muy distintas procedencias vienen advirtiéndolo desde hace años que los recursos naturales palestinos están siendo explotados por Israel en violación del Derecho internacional humanitario<sup>30</sup> y que productos fabricados total o parcialmente en los asentamientos se han etiquetado como procedentes de Israel<sup>31</sup>. Teniendo todo ello en cuenta la CIJ consideró probada, en su reciente opinión consultiva *sobre las consecuencias jurídicas que tienen las prácticas y políticas de Israel en los territorios palestinos ocupados*, la violación por Israel del Derecho internacional humanitario relativo a la ocupación<sup>32</sup>.

En el caso del agua, Israel transfirió la competencia sobre tal recurso, de Cisjordania y Jerusalén Este, a Mekorot, la compañía nacional israelí encargada de su gestión, desde el inicio de la ocupación<sup>33</sup>. Conducta que, además de violar el DIH como se verá en el penúltimo apartado, es contraria a distintas resoluciones del CSNU y de la AGNU que remarcan la importancia de proteger los recursos hídricos en los territorios ocupados<sup>34</sup>. Los perniciosos efectos de ello para la población palestina han sido, además, planteados desde diferentes instancias y perspectivas, como, entre otras, su incidencia en la reducción de la tierra palestina fértil; el impacto perjudicial en el empleo; o las consecuencias negativas para los derechos humanos. Por lo que se refiere tanto a los recursos minerales como agrícolas, Israel ha incurrido en similares actos ilícitos, incentivando la involucración de empresas, y facilitando que estas se impliquen en actividades igualmente contrarias a Derecho, como se comprobará más adelante. La *misión internacional independiente de in-*

<sup>29</sup> Véase World Bank, *Area C and the Future of the Palestinian Economy* (2013), pp. 21-25); Consejo Económico y Social: "Economic and social repercussions of the Israeli occupation on the living conditions of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan", Doc. A/78/127-E/2023/95 (30-6-2023), párr. 61.

<sup>30</sup> Véanse los informes de LINK, Michel, y de Human Rights Watch (2016), *How Settlement Business contribute to Israel's Violations of Palestinian Rights*. Disponible en:

<https://www.hrw.org/report/2016/01/19/occupation-inc/how-settlement-businesses-contribute-israels-violations>

<sup>31</sup> Consejo de Derechos Humanos, Resolución 31/36, aprobada el 24 de marzo de 2016, Doc. A/HRC/RES31/36.

<sup>32</sup> *Ibid.* párrs. 126 y ss.

<sup>33</sup> *Ibid.* 127 y OACNUDH, "Allocation of water resources in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem", Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Doc. A/HRC/48/43 (15-10-2021), párr. 18.

<sup>34</sup> Consejo de Seguridad: Res. 465 (1980), párr. 8 o Asamblea General: Res. 78/170, de 19-12-2023, párr. 2.

*vestigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental* consideró probado que el 86% del Valle del Jordán y del Mar Muerto está en la práctica bajo la jurisdicción de los consejos regionales de los asentamientos israelíes y que estos extraen los minerales y cultivan las tierras fértiles a expensas de los palestinos<sup>35</sup>. Según datos aportados por diversas organizaciones, empresas israelíes están explotando canteras palestinas de manera ilícita<sup>36</sup>, mientras que por el contrario no se ha otorgado ninguna concesión a compañías palestinas en el Área C desde 1994<sup>37</sup>.

Debe tenerse en cuenta, que existen límites jurídicos desde los cimientos. Así, el Protocolo de París, firmado en 1994, como parte integrante de los Acuerdos de Oslo, ha venido constituyendo el marco regulador de las relaciones económicas entre Israel y la Autoridad Nacional Palestina (ANP), abarcando disposiciones sobre la política de importación; asuntos financieros y monetarios; impuestos directos e indirectos sobre la producción local; aspectos relativos a la mano de obra, a la agricultura, al turismo y a los seguros<sup>38</sup>. Si bien había esperanzas iniciales depositadas en este acuerdo, pues no en vano estaba destinado a facilitar la cooperación, así como la estabilidad y el crecimiento económico palestino, a la postre ha sido un lastre, que encima se extendió más allá de su vigencia de cinco años concebida inicialmente. Según fundadas críticas, este acuerdo ha contribuido a constreñir la capacidad palestina de desarrollo económico debido a la dependencia que impone con respecto a las políticas y la infraestructura israelíes<sup>39</sup>. En este sentido, B'Tselem, el Centro de Información Israelí para los Derechos Humanos en los Territorios Ocupados, ha enfatizado, entre otros reproches, como la obligación prevista de conducir el comercio palestino con terceros países únicamente a través de los pasos fronterizos entre la ANP y Jordania y Egipto (controlados

---

<sup>35</sup> Consejo de Derechos Humanos, "Report of the independent international fact-finding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem", Doc. A/HRC/22/63 (7-2-2013), párr. 36.

<sup>36</sup> Asamblea General: "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel", Doc. A/77/328 (14-9-2022), párr. 37. Véase también información proporcionada por la organización israelí Yesh Din, "The Great Drain: Israeli quarries in the West Bank: High Court Sanctioned Institutionalized Theft", 14-9-2017. Disponible en:

<https://www.yesh-din.org/en/great-drain-israeli-quarries-west-bank-high-court-sanctioned-institutionalized-theft/>

<sup>37</sup> Consejo Económico y Social: "Economic and social repercussions of the Israeli occupation on the living conditions of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan", Doc. A/74/88-E/2019/72 (13-5-2019), párr. 86.

<sup>38</sup> Puede consultarse en [https://unctad.org/system/files/information-document/ParisProtocol\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/information-document/ParisProtocol_en.pdf)

<sup>39</sup> HUSSAIN, Hana, "The Paris Protocol and the impoverishment of the Palestinian people", Middle East Monitor, 2018. Disponible en <https://www.middleeastmonitor.com/20180920-the-paris-protocol-and-the-impoverishment-of-the-palestinian-people/>

por Israel) o del espacio marítimo y aéreo israelí, impone, como es obvio, cortapisas que ha resultado enormemente perjudiciales para los TPO<sup>40</sup>.

Sea como fuere, como ha puesto de relieve M. Lynk, anterior relator de las Naciones Unidas para los derechos humanos en los TPO, la implicación de las corporaciones con y en los asentamientos ilícitos proporciona a estos el oxígeno que estos necesitan para crecer y prosperar. No importa que sea a través de inversiones, préstamos bancarios, extracción de recursos, contratos de infraestructuras y equipos o por medio de acuerdos para suministro de productos. En efecto, tanto es así que se pueden observar diversas categorías de actividades empresariales vinculadas con la ocupación, ya se trate de empresas israelíes o de multinacionales, tal como ha identificado *Who Profits*, centro de investigación volcado en mostrar la implicación del sector privado en los TPO (también en el Golán sirio)<sup>41</sup>. En concreto, este centro distingue las tres siguientes dimensiones relevantes: 1) la *explotación económica*; 2) los *asentamientos* de colonos; y 3) el *control de la población* palestina. Partiendo de esta clasificación, se pueden observar a su vez varias subcategorías dentro de cada una de ellas en las que están implicadas actividades corporativas. De este modo, en la categoría 1) son detectables los tres siguientes tipos de actividades empresariales comprometidas con la explotación económica: la *explotación de la producción* y los *recursos* palestinos; la *explotación de la mano de obra* palestina; y la *explotación de un mercado palestino cautivo*, que hace referencia a las ventajas estructurales derivadas de la ocupación que son aprovechadas por las compañías<sup>42</sup>. Por lo que se refiere a la categoría 2), se pueden encontrar las siguientes tres muestras de implicación de empresas: la obtención de beneficios a partir de la *producción de los asentamientos*, tanto de tipo agrícola como industrial; la *construcción en tierra palestina ocupada*, incluyendo la construcción de asentamientos y toda la infraestructura e instalaciones relacionadas; y el provecho indebido obtenido de los *servicios brindados a los asentamientos*<sup>43</sup>. Por último, en lo que respecta a la categoría 3), esto es, en relación con el control de la población palestina, encontramos, en primer lugar, a empresas que colaboran con la *seguridad privada* y la *tecnología de vigilancia* del ocupante, ámbito en el que hay una creciente industria israelí; en segundo lugar, las actividades empresariales vinculadas con el *Muro* y los *Checkpoints*, en torno a los cuales giran los intrincados mecanismos de control existentes, parte esencial de una política de segregación que asegura la restricción de movimientos de los palestinos; y, en tercer lugar,

---

<sup>40</sup> Otra crítica se refiere al propio diseño del sistema aduanero previsto en el acuerdo, que otorgó a Israel tanto el control sobre las fronteras exteriores como la capacidad para recaudar los impuestos correspondientes, lo que le ha permitido retrasar las transferencias de lo recolectado. Véase B'Tselem, "The Paris Protocol", 1 de enero de 2011 (actualizado: 19 de septiembre 2012). Disponible en [https://www.btselem.org/freedom\\_of\\_movement/paris\\_protocol](https://www.btselem.org/freedom_of_movement/paris_protocol)

<sup>41</sup> Véase <https://www.whoprofits.org/sections/view/3?who-profits-research-center>

<sup>42</sup> Véase <https://www.whoprofits.org/involvement/view?corporate-involvement>

<sup>43</sup> Véase <https://www.whoprofits.org/involvement/view/10?settlement-enterprise>

por último, la provisión de *Equipamientos y Servicios especializados* para las fuerzas militares israelíes y su aparato de seguridad, en la cual también hay empresas implicadas<sup>44</sup>.

### 3. RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS DERIVADAS DEL ENTENDIMIENTO *GENÉRICO* DE LA DEBIDA DILIGENCIA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS Y LAS GUÍAS DE LA OCDE

Las empresas tienen responsabilidades claras a la luz de los que vienen siendo los dos marcos de referencia fundamentales al hablar de debida diligencia corporativa: los Principios Rectores de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Rectores de las NU, en adelante) y las Guías adoptadas en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE). Ambos suponen los puntos de partida a tener en cuenta aquí.

Para empezar, ha de destacarse el éxito de los Principios Rectores de las NU, estructurados en torno al triple compromiso de *Proteger, Respetar y Remediar*, para adaptar la noción tradicional de la debida diligencia al mundo de los negocios, y capturar el significado doble de la noción, es decir, como *estándar de conducta* y como *proceso* (ambos dinámicos, y que por tanto han de evolucionar con la sociedad y el Derecho)<sup>45</sup>. Recordemos que uno de los *principios fundacionales* de este instrumento es que, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados, a saber: a) un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; y c) unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar<sup>46</sup>. Además, otro mérito de los Principios Rectores es que suponen un marco generalmente aplicable, sin contar, en principio, con límites, como por ejemplo, geográficos, dado que, más allá de las limitaciones relativas a su exigibilidad (por su carácter de *soft law*), no presenta otras cortapisas.

---

<sup>44</sup> Véase <https://www.whoprofits.org/involvement/view/12?population-control>

<sup>45</sup> Sobre esta doble acepción véase BONNITCHA, Jonathan y McCORQUODALE, Robert, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, 2017, no. 3, pp. 899 y ss. Véase también MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, "Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, 2022, núm 2, pp. 605-642.

<sup>46</sup> Consejo de Derechos Humanos, "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar", Res. 17/4, 2011, Principio 15.

En cuanto a su contenido, es aplicable sin excepciones. Con respecto al alcance, lo es igualmente con independencia del tamaño o sector de dedicación de las empresas, a todos los eslabones de sus cadenas de valor, incluyendo todas las relaciones comerciales directas e indirectas. Encima, al haberse elaborado en el ámbito de las NU, tiene vocación universal, sin confines geográficos. Por lo que se refiere al contexto, carece igualmente de salvedades, pues prevé la aplicación en cualesquiera circunstancias. Es más, los Principios Rectores asumen con claridad su aplicabilidad tanto en situación de paz como de conflicto. Y aun se parte de que “en algunos entornos operacionales, como las zonas afectadas por conflictos, puede haber mayores riesgos de complicidad de las empresas en vulneraciones graves de los derechos humanos cometidas por otros actores (...). En situaciones complejas de este tipo, las empresas deben asegurarse de no agravar la situación”<sup>47</sup>. Y, en todo caso, “para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas”<sup>48</sup>.

Desde el comienzo de la ocupación de los TPO en 1967 las empresas no debieron involucrarse en actividades que supusiesen alimentar aquella de uno u otro modo. En particular, desde la adopción de los Principios Rectores de las NU, en 2011, estaba clara la existencia de una responsabilidad empresarial apuntando hacia un proceso continuo de diligencia debida que “varía de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones”<sup>49</sup>. Se trata de una responsabilidad empresarial (de “respetar”) que es independiente y complementaria de la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos (de “proteger”)<sup>50</sup>. Por consiguiente, la dejación de los Estados para cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos en nada proporciona a las empresas una coartada para dejar de cumplir su propia responsabilidad<sup>51</sup>.

En una línea similar, la OCDE, la otra organización señera en este ámbito, ha ido dejando su impronta a través de la adopción de sus propios estándares, fundamentalmente a través de tres grandes hitos registrados en la evolu-

---

<sup>47</sup> Principio 23.

<sup>48</sup> Principio 29.

<sup>49</sup> Principio 17.

<sup>50</sup> Consejo de Derechos Humanos: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación”, 2012.

<sup>51</sup> IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel; DEL VALLE CALZADA, Estrella y MARULLO, María Chiara, “La Diligencia Debida Obligatoria en Derechos Humanos: Avances y Desafíos”, en IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, DEL VALLE CALZADA, Estrella, y MARULLO, María Chiara (Dirs.), *Hacia la Diligencia Debida obligatoria en materia de derechos humanos, Colección Estudios de Empresas, Derechos Humanos y Medio*, Colex, 2024, pp. 21-46; p. 25.



ción de sus recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las empresas: en primer lugar, en 1976, cuando se adoptaron sus *Líneas Directrices* (influenciadas de manera significativa por el trabajo previo de la OIT); en segundo lugar, en 2011, cuando se actualizaron a la vista de los Principios Rectores de las NU, precisamente para incluir el concepto de debida diligencia; y, en tercer lugar, en junio de 2023, cuando volvieron a actualizarse, redennominándose *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable* para hacerse eco de los últimos desarrollos a fin de fomentar las contribuciones de las empresas al desarrollo sostenible y en definitiva con el objetivo de abordar sus impactos negativos para “*las personas, el planeta y la sociedad*”<sup>52</sup>. La influencia de estas Líneas Directrices es también palpable, pues, para empezar, su ámbito de aplicación va más allá del círculo de los 38 miembros actuales de la organización (Israel incluido) y de los 51 países adherentes formales a la Declaración.

Además, ha de añadirse que la OCDE ha elaborado a su vez varias guías específicas para orientar a empresas de distintos sectores a conducir su actividad con la debida diligencia, a fin de prevenir o afrontar los impactos negativos en sus ámbitos respectivos, relacionados fundamentalmente con los derechos humanos y laborales, el medio ambiente y la corrupción. Cabe destacar, por su especial conexión con el objeto aquí examinado, documentos como los relativos a las industrias extractivas, en particular en relación con los minerales en áreas afectadas por conflictos y de alto riesgo; o los específicos relativos a las empresas que operan en el sector financiero. Así, en lo que respecta a la Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo<sup>53</sup>, las áreas de conflicto y de alto riesgo se identifican por la presencia de conflictos armados, violencia generalizada u otros riesgos que puedan causar daños, a la vez que se especifica que los conflictos armados pueden consistir en las *guerras de liberación*. Se reconoce explícitamente que estas áreas a menudo se caracterizan por los “abusos generalizados a los derechos humanos y violaciones al derecho nacional o internacional”<sup>54</sup>, por cuanto se entiende que la debida diligencia es “un proceso continuo, proactivo y reactivo a través del cual las empresas pueden asegurarse de que respetan los derechos humanos y no contribuyen a los conflictos”<sup>55</sup>. En el caso del sector bancario hay distintos documentos-guía que buscan adaptar las recomendaciones de las *Líneas Directrices* a distintos sectores<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, OECD Publishing, Paris, 2023, p. 3.

<sup>53</sup> El doc. en español es una traducción parcial y no oficial. El doc. Original en inglés es OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas* (Third Edition), OECD, 2016.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Véase por ejemplo la guía sobre *Los inversionistas institucionales y la conducta empresarial responsable: aspectos clave para la debida diligencia según las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que aspira a asistir a los inversionistas institucionales.



Tanto los Principios Rectores de las NU como las guías de la OCDE se asientan sobre un enfoque similar basado en el riesgo y la proporcionalidad. En consecuencia, prevén parámetros para medir la gravedad de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos (también del medio ambiente y demás ámbitos cubiertos en el caso de la OCDE), inclusive en caso de conflicto. Así, debe calibrarse la 1) escala o gravedad de todo impacto negativo; 2) el alcance (en el caso de los Principios Rectores de las NU) o la magnitud del impacto (en el caso de las Líneas Directrices de la OCDE); y 3) el carácter irremediable, el cual lógicamente tiene que ver con las limitaciones para alcanzar una *restitutio in integrum*.

En definitiva, el contenido de ambos instrumentos es claro al prever compromisos de actuación para las empresas, a fin de conseguir que estas sopesen su impacto negativo y se desvinculen de manera responsable para hacerlo terminar o prevenirlo. Aun siendo conscientes del talón de Aquiles que supone su carácter meramente recomendatorio<sup>57</sup> y de las deficiencias existentes en su aplicación<sup>58</sup>, no se puede olvidar que han constituido una base jurídica autoritativa manejada por tribunales nacionales en litigios relacionados con empresas y derechos humanos<sup>59</sup>.

#### **4. RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS DERIVADAS DE LA NECESIDAD DE MANTENER UNA DEBIDA DILIGENCIA INTENSIFICADA EN CASOS DE ALTO RIESGO O DE CONFLICTO, INCLUIDOS LOS SUPUESTOS DE OCUPACIÓN**

La progresiva conciencia de la relación bidireccional entre los recursos naturales y los conflictos armados (a saber, la influencia de los recursos como desencadenantes o avivadores de guerras, pero también el impacto de estas en la destrucción o disminución de aquellos) está detrás de diversas iniciativas fraguadas en la última década, que en gran medida contribuyeron (junto con los avances en la protección del medio ambiente) simultáneamente a que la proyección de los estándares de la debida diligencia empresarial salieran del estricto ámbito de los derechos humanos y a que se vincularan más con las situaciones de conflicto o de alto riesgo. Cabe destacar los pasos dados en la UE a través de los Reglamentos relativos a los agentes que comerciali-

---

<sup>57</sup> Las Líneas Directrices de la OCDE tienen un mecanismo de implementación, que gira en torno a los Puntos nacionales de contacto para la conducta empresarial responsable, establecidos por los gobiernos para alentar la eficacia.

<sup>58</sup> Véase MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, "Las relaciones entre el Derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 707 y ss.

<sup>59</sup> IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel; DEL VALLE CALZADA, Estrella; y MARULLO, María Chiara, "La Diligencia Debida Obligatoria...", *loc. cit.*, p. 25.

zan madera<sup>60</sup> y a los minerales conflictivos<sup>61</sup> (en concreto, oro o los que contengan estaño, tantalio o wolframio, habitualmente originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo), que giran alrededor del principio de la diligencia debida con el fin de garantizar que tales bienes no contribuyan al conflicto o a sus efectos negativos, para lograr lo cual la diligencia debida se articula igualmente como un “proceso continuo, proactivo y reactivo” que deben conducir los agentes económicos<sup>62</sup> para garantizar la transparencia y seguridad jurídica en las prácticas de suministro y promover una importación responsable. Este Reglamento relativo a los minerales conflictivos define las “zonas de conflicto o de alto riesgo”<sup>63</sup> y la Comisión Europea publica trimestralmente una lista orientativa, no exhaustiva, de tales zonas de conflicto y alto riesgo (CAHRAs<sup>64</sup>) donde no figuran actualmente ni Israel ni los TPO.

Posteriormente, sobre todo a la vista del aumento de conflictos armados, una serie de documentos empezaron a llamar la atención sobre la necesidad específica de intensificar o ampliar la debida diligencia en situaciones de conflicto armado, post-conflicto, violencia o alto riesgo<sup>65</sup>. Aunque en realidad esa necesidad era un elemento ya presente en los documentos anteriores (en la medida en que la debida diligencia estaba construida sobre la premisa del riesgo y la proporcionalidad), en los últimos años comienza a entresacarse su singularidad, a remarcarse sus implicaciones y a darse orientaciones prácticas dirigidas primordialmente a las empresas, los Estados, la sociedad civil y las partes interesadas a fin de facilitar su aplicación. Para empezar, el Grupo de Trabajo para promover los Principios Rectores de las Naciones Unidas elaboró un informe en 2020 centrado en la necesidad de intensificar la política de diligencia debida por las empresas en la esfera de los derechos humanos y la ampliación del acceso a la reparación en esos casos<sup>66</sup>. Se entresacan en este informe cuáles son habitualmente los factores desencadenantes y los indicadores que deben activar la necesidad de intensificar la debida diligencia corporativa. En síntesis, esta debe conducirse de manera proporcional: “cuanto

---

<sup>60</sup> Reglamento (UE) Núm. 995/2010 del PE y del Consejo de 20 de octubre de 2010, DOUE L 295/23, 12-11-2010.

<sup>61</sup> Reglamento (UE) 2017/821 del PE y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo; DOUE L 130/1, 19-5-2-17.

<sup>62</sup> *Ibid.*, Párrafo preambular 11.

<sup>63</sup> Como “las zonas que se encuentren en situación de conflicto armado o de posconflicto frágil, así como las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de los derechos humanos” (art. 2 f).

<sup>64</sup> Disponible en <https://www.cahraslist.net/>

<sup>65</sup> Sobre el concepto de debida diligencia intensificada, véase IÑIGO ÁLVAREZ, Laura, “Responsible business conduct in conflict-affected areas: the notion of heightened human rights due diligence”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, 2024, núm. 2, pp. 30 y ss.

<sup>66</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Empresas, derechos humanos y regiones afectadas por conflictos: hacia el aumento de las medidas”, Doc. A/75/212 (21-7-2020).

mayor es el riesgo, más complejos son los procesos”, pues las empresas “no son agentes neutrales” y “su presencia no está exenta de repercusiones. Aun cuando las empresas no tomen partido en el conflicto, las consecuencias de sus actividades influirán necesariamente en la dinámica de este”<sup>67</sup>.

Ciertamente, la *neutralidad* o ausencia de consecuencias cuando hay actividades empresariales en relación con un conflicto parece imposible (además, en palabras de Desmond Tutu, abanderado sudafricano de la lucha contra el *apartheid*, “si eres neutral en situaciones de injusticia significa que has elegido el lado opresor”). En consecuencia, según los estándares internacionales de referencia, las empresas deben centrarse en tres pasos primordiales: 1) detectar las causas y factores de las tensiones, así como los “agravios reales y percibidos que puedan impulsarlo” (análisis que le ayudará a detectar las vulneraciones de derechos humanos y sus consecuencias); 2) trazar un mapa de los principales agentes involucrados en el conflicto, sus motivaciones, capacidades y oportunidades para infligir violencia; y 3) determinar y anticipar las repercusiones de las propias actividades, productos o servicios<sup>68</sup>. Una de las consideraciones adicionales que las empresas deben hacer en estas situaciones es plantearse la “salida responsable”, enfrentando la decisión de suspender o poner fin sus actividades como la mejor opción para “subsana los perjuicios para los derechos humanos de una relación comercial”<sup>69</sup>. Hay por tanto una “expectativa del aumento de la diligencia debida” en estos casos, pues no en vano, según el Grupo de Trabajo autor del informe elaborado en 2020, con el objetivo de aumentar las medidas de diligencia debida en las regiones afectadas por conflictos, las enseñanzas extraídas de la aplicación de los reglamentos de la UE sobre los minerales conflictivos en distintas jurisdicciones ofrecen pautas útiles extrapolables a un conjunto más amplio de cuestiones en regiones afectadas por conflictos<sup>70</sup>.

Posteriormente, el PNUD publica en 2022 su Guía sobre la *Diligencia debida intensificada en materia de derechos humanos para empresas en contextos afectados por conflictos*<sup>71</sup>, en la cual proporciona pautas para que las empresas diseñen e implementen medidas efectivas de diligencia debida en contextos tanto afectados por conflictos armados como por otras situaciones de violencia gene-

<sup>67</sup> *Ibid.*, par. 43 y ss; ANDERSON, Mary B. y ZANDVLIET, Luc, *Getting it Right: Making Corporate-Community Relations Work*, Greenleaf Publishing, Sheffield, 2009.

<sup>68</sup> *Ibid.*, párrs. 46-48.

<sup>69</sup> *Ibid.*, párr. 64.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 102. Por ello, entre las recomendaciones que se dirigen a las empresas están las de consultar a las embajadas para recibir un asesoramiento especializado a fin de tener en cuenta los conflictos y les ayuden a respetar los derechos humanos en dichos entornos y diseñar mecanismos operacionales específicos aumentando la debida diligencia, a la vez que a los Estados, entre otras medidas, les recomienda la elaboración de directrices adecuadas para las actuación de las empresas y que las embajadas y las funciones relacionados con las inversiones relacionadas con las inversiones y el comercio proporcionen servicios de asesoramiento adaptados al efecto; *ibid.*, párrs. 104 y 106.

<sup>71</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Diligencia debida intensificada en materia de derechos humanos para empresas en contextos afectados por conflictos; Una guía*, Nueva York, 2022.

ralizada. De nuevo nos encontramos con similares parámetros a tener en cuenta. En esta Guía se ofrecen además respuestas de índole más bien práctica a interrogantes clave. A su vez se enfatiza la doble dirección de la responsabilidad de identificar las consecuencias negativas, tanto potenciales y reales sobre las personas, de un lado, como sobre el conflicto, de otro lado<sup>72</sup>. Se destaca la importancia de “comprender el conflicto”, incluidas sus causas y consecuencias, y, en definitiva, de mostrar “sensibilidad” ante el mismo<sup>73</sup>. Uno de los iniciadores de la responsabilidad de llevar a cabo una diligencia debida intensificada en materia de derechos humanos es precisamente la existencia de una situación de *ocupación militar*, la cual, según se precisa, no exige una “lucha activa”, pues se considera correctamente como un tipo de conflicto armado al que es de aplicación el DIH.<sup>74</sup> En realidad, la situación en Cisjordania ha excedido desde 1967 el umbral estándar que pedagógicamente explica la Guía del PNUD, pues ha desbordado con mucho las “señales de alerta” allí indicadas<sup>75</sup>. Además, “cuando una guerra es ilegal según el Derecho internacional, las empresas deben, como mínimo, evaluar y evitar o mitigar su conexión con los esfuerzos bélicos del país agresor”<sup>76</sup>. Las empresas deberían haber tenido conocimiento desde el principio de la ilicitud de la ocupación israelí en virtud del acervo de Resoluciones de la AGNU y el CSNU, así como de la Opinión Consultiva de la CIJ sobre el Muro de 2004. Ahora, tras la Opinión Consultiva de 2024, tal consideración, única opción jurídica defendible a la luz de los hechos, se ha apuntalado.

También en 2022 se adopta PERAC, es decir, los *Principios sobre la Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, por la Comisión de Derecho Internacional de las NU (CDI)<sup>77</sup>. El conjunto de principios contiene dos de ellos relativos a las empresas, el primero sobre debida diligencia (núm. 10) y el segundo sobre la responsabilidad civil (núm.11). Ambos ponen el foco sobre los Estados, de modo que son estos quienes “deben adoptar medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción” actúen con la debida diligencia con respecto a la protección del medio ambiente, en el primer caso, y puedan ser consideradas responsables civilmente por los daños causados al mismo, en el segundo. En ambos supuestos se prevé también la protección de la “sa-

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>73</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 23 y ss.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 18. La identificación depende en cualquier caso de los hechos, esto es, de una prueba de *control efectivo* (en virtud de tres elementos interdependientes que se pormenorizan allí), y no de la interpretación subjetiva de las partes involucradas; *ibid.*

<sup>75</sup> Se pone de muestra, entre otras, la acumulación de armamento; la existencia de estructuras estatales débiles o ausentes, incluida la imposición de leyes de emergencia o medidas de seguridad extraordinarias; el recurso a una mayor retórica incendiaria o al discurso de odio dirigido a grupos o individuos específicos; el fortalecimiento del aparato de seguridad del Estado; o la presencia de desplazados; PNUD, *Diligencia debida intensificada... op. cit.*, p. 21.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>77</sup> Comisión de Derecho Internacional, “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”; Doc. A/CN.4/L.968. Su contenido fue endosado después, en diciembre de ese mismo año, por la Asamblea General: A/RES/77/104.

lud humana”, cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado. A su vez, se prevé que tales medidas estén destinadas, entre otras cosas, a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de otro modo de una manera ambientalmente sostenible. En el caso de la responsabilidad civil figura a su vez una previsión para que esas medidas estén destinadas, entre otras cosas, “a velar por que las empresas puedan ser consideradas responsables en la medida en que esos daños hayan sido causados por una filial suya que actúe bajo su control de facto. A tal efecto, los Estados deben prever, cuando proceda, procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos, en particular para las víctimas de esos daños”. Aunque ninguna de los dos principios se refiere explícitamente a la necesidad de adoptar un estándar más alto de debida diligencia por tratarse de una situación de conflicto armado, incluida una ocupación, no puede ignorarse que ese es precisamente su punto de partida<sup>78</sup>.

Se trata en cualquier caso de dos principios que suscitaron discrepancias entre los Estados, tal como dejaron ver al hilo de sus comentarios durante la elaboración, lo cual se entiende mejor si se repara en que se trata de un ámbito en el que el contenido del Derecho consuetudinario, hasta donde pueda existir, es nebuloso. En consecuencia, sobre todo ciertos Estados tienen interés en frenar cualquier atisbo de desarrollo progresivo del Derecho internacional, probablemente, entre otros motivos, debido al importante número de compañías multinacionales domiciliadas en su territorio. Con esta lente, se pueden observar las posiciones más cautas, negando el carácter de Derecho consuetudinario (Francia), o las más reticentes, incluso contrarias a la que estos dos principios relativos a las empresas (o una parte esencial de ellos) prosperasen (por ejemplo, Canadá o el Reino Unido). Entre los Estados mantenedores de esta segunda posición reluctante se encontraba precisamente Israel, mostrando inquietud por los pretendidos efectos extraterritoriales de ambos principios y proponiendo llanamente su eliminación<sup>79</sup>.

Asimismo, es de reseñar que, cuando en 2023 se pusieron al día las Líneas Directrices de la OCDE, se mejoraron ciertos aspectos que son relevantes en el objeto aquí tratado, como la atención a los impactos adversos en individuos que puedan estar en una situación acentuada de riesgo debido a la

<sup>78</sup> De un lado, es de lamentar que no se haya tenido en cuenta la propuesta realizada por el Grupo especialista sobre *Environmental Security and Conflict Law* de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (WCEL, por sus siglas en inglés) de la UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza) en el sentido de hacer referencia a los derechos humanos en general y no solo a la *salud humana*” (IUCN-WCEL, “Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts”, Disponible en [https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/poe\\_iucn.pdf](https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/poe_iucn.pdf)). De otro lado, es de traer a colación la pertinente precisión realizada por España, al advertir que el contenido de estos principios no prevé de manera expresa su aplicación a la ocupación, aunque así debería entenderse y explicitarse; “Comentarios y observaciones del Reino de España al Proyecto de Principios de la CDI sobre ‘Protección del Medio Ambiente en relación con los conflictos armados’”, 2021 (disponible en el sitio web de la CDI).

<sup>79</sup> LEHTO, Marja, “Third report on protection of the environment in relation to armed conflicts”, Doc. A/CN.4/750, 2022.

marginación, vulnerabilidad o a cualquier otra circunstancia, así como el ofrecimiento de nuevos asideros a la sociedad civil para emprender reclamaciones<sup>80</sup>.

En el ámbito de las Naciones Unidas se sigue avanzando en el proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos<sup>81</sup>. Cabe destacar en este sentido que la versión actual se sitúa también en la línea de prestar especial atención a las actividades empresariales en áreas afectadas por conflicto<sup>82</sup>. No obstante, además de que hoy por hoy está aún en estadio de proyecto, hay que tener en cuenta los nubarrones que en estos momentos se ciernen sobre la capacidad de alcanzar consensos en el plano universal que aspiren a un deseable umbral de exigencia en materia de derechos humanos. Por ello, cabe destacar especialmente los avances normativos conseguidos en el ámbito de la UE. Así, tras los Reglamentos antes mencionados, y los progresos para que las empresas tengan que reportar información no financiera, y en concreto sobre sostenibilidad<sup>83</sup>, se adoptó, en junio de 2024, la *Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*<sup>84</sup>. Según la directiva, los Estados miembros velarán por que las empresas actúen, en materia de derechos humanos y medio ambiente, con diligencia debida basada en el riesgo<sup>85</sup>. Para ello se establecen una serie de obligaciones estatales para asegurar, en síntesis, que: las empresas integran la debida diligencia en sus políticas y sistemas de gestión de riesgo<sup>86</sup>; reparan los efectos adversos reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente<sup>87</sup>; establecen mecanismos de reclamaciones que puedan ser presentados no solo por las personas físicas o jurídicas que se vean directamente afectada, sino también por otros posibles representantes, entre los que se encuentran las organizaciones de la sociedad civil activas y con experiencia en los ámbitos relacionados.<sup>88</sup> Se prevé la designación por cada Estado miembro de una o varias autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en

<sup>80</sup> Véase OECD Watch (2023), *Updated OECD Guidelines*, Briefing Paper, junio 2023.

<sup>81</sup> La 10ª sesión del Grupo de Trabajo tendrá lugar a finales de octubre de 2024; véase <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session10>.

<sup>82</sup> *Ibid.*, Artículo 16.3 (“Implementation”).

<sup>83</sup> Directiva (UE) 2022/2464 del PE y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas; *DOUE* núm. 322 (16-12-2022).

<sup>84</sup> Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, *DOUE* L (5-7-2024). La Directiva parte del reconocimiento de las “normas internacionales vigentes” en su versión en español (*standards*, en la versión en inglés) sobre conducta empresarial responsable que especifican que “las empresas deben proteger los derechos humanos y establecen cómo deben abordar la protección del medio ambiente en todas sus operaciones y cadenas de valor”; (pár. preambular núm. 5).

<sup>85</sup> *Ibid.*, Art. 5.

<sup>86</sup> *Ibid.*, Art. 7.

<sup>87</sup> *Ibid.*, Art. 12.

<sup>88</sup> *Ibid.*, art. 14.

las disposiciones del Derecho nacional<sup>89</sup>, así como la creación de una Red Europea de Autoridades de Control<sup>90</sup>. Asimismo, se prevé el establecimiento de sanciones<sup>91</sup>, así como la obligación estatal de arbitrar medidas para que las empresas puedan ser consideradas responsables de los daños causados<sup>92</sup>. Además, se prevé que, a fin de proporcionar apoyo a las empresas o a las autoridades de los Estados miembros en cuanto a la forma en que las empresas deben cumplir sus obligaciones de debida diligencia de una manera práctica y de proporcionar apoyo a las partes interesadas, la Comisión emitirá “directrices generales y para sectores específicos o efectos adversos específicos”, entre las que se prevén, en particular, orientaciones sobre “la evaluación de los factores de riesgo asociados a la empresa, las operaciones empresariales, geográficos y contextuales, de los productos y servicios, y sectoriales, en particular los asociados a zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo”<sup>93</sup>. Si bien la directiva tiene defectos graves (como, entre otras, la exclusión del alcance obligatorio con respecto al sector financiero o sus limitaciones con respecto al tamaño de las empresas afectadas y al alcance de las actividades y los daños cubiertos)<sup>94</sup>, está llamada a ser un *game changer* en la medida en que es el primer instrumento de *Derecho transnacional* que contiene normas obligatorias sobre la diligencia debida empresarial. Con su obligada transposición en el plazo de los dos próximos años por los Estados miembros, sin duda provocará un efecto catalizador<sup>95</sup>. Se sumarán así nuevas leyes nacionales a las ya existentes, pues justo en este frente se había iniciado una nueva etapa desde 2017, cuando Francia adoptó su pionera ley de vigilancia sobre grandes empresas, que fue seguida por Alemania, Noruega y Países Bajos. Además, otras iniciativas similares, girando en torno a requisitos de diligencia debida, comenzaron posteriormente su tramitación, además de en España<sup>96</sup>, en Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia o Italia.

<sup>89</sup> *Ibid.*, arts. 24-25.

<sup>90</sup> *Ibid.*, art. 28.

<sup>91</sup> *Ibid.*, art. 27.

<sup>92</sup> *Ibid.*, art. 29.

<sup>93</sup> *Ibid.*, art. 19.2.d).

<sup>94</sup> Véanse MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, “Todos los ojos puestos en Bruselas: Las claves de la futura Directiva sobre Diligencia Debida en materia de Sostenibilidad Empresarial”, *Revista Española de Empresa y Derechos Humanos*, núm. 1, 2023, pp. 5-36; PIGRAU SOLÉ, Antoni e IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, “Consideraciones a las propuestas de Directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad”, *Documents 20/2022*, Institut Català Internacional per la Pau, en particular, pp. 29 y ss. Disponible en <https://www.icip.cat/wp-content/uploads/2022/07/Document-20-2022.pdf>

<sup>95</sup> Véanse los autores citados en la nota anterior y también European Coalition for Corporate Justice (2024), *Overview of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Advancing Corporate Responsibility*; May 24. Disponible en <https://corporatejustice.org/publications/overview-of-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-advancing-corporate-responsibility/>

<sup>96</sup> Véase el Anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Humanos, de la Sostenibilidad y de la Diligencia Debida en las Actividades Empresariales Transnacionales. Disponible en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>



En definitiva, la existencia de responsabilidades empresariales intensificadas en caso de conflicto u ocupación es, sin duda, cada vez más evidente<sup>97</sup>, así como la inminencia de nuevas obligaciones en este ámbito, que presumiblemente tendrán un carácter expansivo que trascenderá el entorno europeo. También es evidente la existencia de responsabilidades, así como la llegada de nuevos deberes para los Estados, quienes deben encargarse de adoptar medidas pertinentes al respecto para asegurarse del cumplimiento corporativo y la rendición de cuentas. En este sentido, el *Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos* de España adoptado en 2017 preveía certeramente que “el Gobierno, a través de sus representaciones en el exterior, informará a las empresas sobre los riesgos que entrañen sus actividades” en las zonas afectadas por conflictos, así como “promoverá la aplicación de la Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo”<sup>98</sup>. Dos años más tarde, en 2019, se publicaba la *Guía de comercio con los Territorios Palestinos* bajo el impulso de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Tel Aviv, con el objetivo de “dar respuestas a las principales preguntas que cualquier exportador/importador puede hacerse antes de realizar negocios con los Territorios Palestinos, así como mostrar a las empresas españolas los distintos pasos que se dan en una exportación/importación a los Territorios Palestinos entre las partes implicadas” (...) y sirva como un instrumento inicial de ayuda para que las empresas españolas tomen decisiones adecuadas sobre la conveniencia o no de comerciar con Palestina”<sup>99</sup>. Aunque la Guía es sin duda bienintencionada, es de reprochar que no mencione la ocupación ni siquiera una vez. Además, en la misma se dice, entre otras cosas, que “la parte conocida como Jerusalén Este se trata de un área en disputa. La realidad es que el Estado de Israel controla la ciudad y sus alrededores”<sup>100</sup>; o que [en esos momentos] es seguro visitar Cisjordania, ya que “la situación política entre israelíes y palestinos ha sido, en los últimos años, relativamente tranquila. En los Territorios Palestinos se suceden períodos de calma que se alternan con períodos de inestabilidad”<sup>101</sup>. Tras referirse a los *check points* militares que están a la entrada a las Áreas A y B de Cisjordania, se indica, con una asepsia igualmente criticable, que “las ciudades o poblaciones rurales árabes cercanas a asentamientos israelíes suelen estar delimitadas, bien mediante muros

---

<sup>97</sup> Sobre ello puede verse PARICIO MONTESINOS, Marta, “Corporate Due Diligence in postconflict settings: the role of civil society and victims in advancing environmental and human rights protection in Colombia”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, 2024, núm. 2, pp. 47 y ss.

<sup>98</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, “Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos”, *BOE*, núm. 222, 14-9-2017.

<sup>99</sup> ICEX, *Guía de comercio con los Territorios Palestinos*, Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Tel Aviv, 2019, p. 6. Disponible en: <https://www.icex.es/content/dam/es/icex/oficinas/118/documentos/2019/11/documentos-anexos/DOC2019835226.pdf>

<sup>100</sup> *Ibid*, apartado 1.10.

<sup>101</sup> *Ibid*, apartado 2.1.

o alambradas”<sup>102</sup>. Debería, por tanto, ponerse cuidado en mejorar ediciones futuras.

Más acorde con los estándares y normas existentes es la iniciativa de mayo del presente año en que el Ministerio español de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 comenzó el envío de cartas a empresas españolas con actividad económica relevante en Israel instándolas a tomar una serie de medidas, en particular: adoptar las actuaciones necesarias para evitar que sus actividades contribuyan a las vulneraciones de derechos humanos en los TPO, incluidas el posible genocidio en Gaza; reportar al Ministerio “las evaluaciones y estudios realizados”; rendir cuentas sobre las “medidas que están adoptando para prevenir cualquier consecuencia negativa que pueda ocasionar su actividad económica en la situación que se está viviendo en la Franja de Gaza y en los Territorios Palestinos Ocupados”; e informar al Ministerio sobre los mecanismos que las empresas han puesto en marcha para informar a los consumidores a fin de que tengan pleno conocimiento de las actuaciones que están llevando a cabo a todos los efectos<sup>103</sup>.

## **5. RESPONSABILIDADES CORPORATIVAS ESPECÍFICAS A PARTIR DE LAS EXHORTACIONES DIRIGIDAS POR EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS**

Tras el establecimiento por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2012 de una misión internacional independiente de investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental<sup>104</sup>, esta misión elaboró un informe en el que recomendó la elaboración de una base de datos de todas las empresas que de algún modo participasen en una serie de actividades íntimamente vinculadas con la ocupación, que debería actualizarse anualmente para informar al Consejo<sup>105</sup>. En 2016, el Consejo adoptó otra resolución, en la que, además de exhortar a los Estados y las empresas a la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, definió el futuro contenido de la base de datos en cuestión (de acuerdo con la serie de *actividades* reseñadas), solicitando a la Oficina del Alto Comisionado de las

<sup>102</sup> *Ibid.*, apartado 2.7.

<sup>103</sup> Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, “Bustinduy advierte a empresas españolas en Israel sobre el riesgo de contribuir al genocidio en Palestina”, 8-5-2024 (al hilo de esta comunicación se recuerda con acierto además los compromisos de las empresas conforme a los ODS 12 y 16, que tienen un potencial para contribuir a la promoción del Estado de derecho, así como a impulsar el respeto de los derechos humanos como requisito indispensable para la construcción de paz y el desarrollo sostenible). Disponible en:

<https://www.mdsocialesa2030.gob.es/comunicacion/noticias/derechos-sociales/20240508-empresas-espanolas-genocidio-palestina.htm>

<sup>104</sup> Asamblea General: A/HRC/RES 19/17.

<sup>105</sup> Asamblea General: A/HRC/22/63.

Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH, en adelante) que, en estrecha consulta con el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, elaborase tal base de datos<sup>106</sup>. Las *actividades* incluidas en la lista eran las siguientes:

- a) El suministro de equipos y materiales que facilitarían la construcción y expansión de bantustán, los asentamientos y el muro, así como de las infraestructuras asociadas;
- b) El suministro de equipos de vigilancia e identificación para los asentamientos, el muro y los puestos de control directamente vinculados a los asentamientos;
- c) El suministro de equipos para la demolición de viviendas y propiedades y la destrucción de explotaciones agrícolas, invernaderos, olivares y cultivos;
- d) El suministro de servicios de seguridad, equipos y materiales a las empresas que operaban en los asentamientos;
- e) La prestación de servicios de apoyo al mantenimiento y existencia de los asentamientos, como el transporte;
- f) Las operaciones bancarias y financieras que ayudaban a desarrollar, expandir o mantener los asentamientos y sus actividades, incluidos los créditos a la vivienda y el desarrollo de empresas;
- g) La utilización de recursos naturales, en particular agua y tierras, para fines empresariales;
- h) La contaminación y el vertido o la transferencia de desechos a aldeas palestinas;
- i) La limitación de los mercados financieros y económicos palestinos, así como las prácticas que colocaban a las empresas palestinas en situación de desventaja, entre otras cosas mediante restricciones de la circulación y limitaciones administrativas y jurídicas;
- j) La utilización de los beneficios y reinversiones de las empresas de propiedad total o parcial de los colonos para el desarrollo, la expansión y el mantenimiento de los asentamientos.

A la vista de estos parámetros, la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, obedeció su mandato elaborando primero un informe en el que se daba cuenta de la metodología a seguir<sup>107</sup> y otro posterior en el que ya se incluía la base de datos de las empresas participantes en cualquiera de las diez actividades enumeradas arriba, sin importar dónde pudieran estar domiciliadas, ya fuera en Israel, en los TPO o en el extranjero; e igualmente con independencia de tratarse de empresas matrices, filiales, franquicias, distribuidores locales u otras o entidades vinculadas con cualquier tipo de relación comercial o similar.

<sup>106</sup> Asamblea General: A/HRC/RES 31/36, párr. 17.

<sup>107</sup> Asamblea General: A/HRC/37/39.

Aunque el informe está fechado en 2020, su contenido toma en realidad el 1 de agosto de 2019 como fecha de referencia, incluyendo 112 empresas que en tal momento participaban en una o más de las actividades de la lista de referencia. Si bien se consideró la posible inclusión de 76 empresas más, al final se decidió no incorporarlas por considerar que en esos casos no se había alcanzado el umbral necesario, esto es, la acreditación, sobre una *base razonable*, de su participación en las actividades reseñadas relacionadas con la ocupación<sup>108</sup>. Lo cierto es que la mayoría de las empresas finalmente incluidas están domiciliadas en Israel (más de 90), mientras que las restantes se reparten fundamentalmente entre las jurisdicciones de Estados Unidos, Países Bajos, Reino Unido, Francia y Luxemburgo. Entre las domiciliadas fuera de Israel se encuentran empresas conocidas y con las cuales la mayoría de los lectores habrán interactuado en algún momento de su vida: Airbnb (EEUU); Booking (Países Bajos); eDreams (Luxemburgo); Expedia (EEUU) o Motorola (EEUU)<sup>109</sup>.

El mismo informe que incluye la base de datos ofrece pormenores de interés acerca de la interacción entre las empresas y el ACNUDH durante el procedimiento que culminó con su publicación. Se deja constancia de que hubo comunicación directa e intercambio de información entre el órgano de las Naciones Unidas y las empresas y que se les ofreció a estas la oportunidad de exponer sus opiniones sobre su presunta participación en las actividades incluidas en la lista: “en algunos casos, las empresas negaron toda participación en esas actividades” y en ese caso “tales empresas no fueron incluidas en la base de datos”<sup>110</sup>. Esto es indicador de que la base de datos no es ni mucho menos completa, como además vamos a corroborar más adelante. Pero en todo caso esta lista tiene el potencial de cumplir importantes funciones. La propia OACNUDH se refiere a la importancia de la promoción de la claridad y transparencia con respecto a tales actividades empresariales, y a la de asistir a los Estados y a las empresas a cumplir con sus respectivas obligaciones y responsabilidades conforme al Derecho internacional<sup>111</sup>. En efecto, sin duda su mera publicación puede ayudar a que al menos algunas de las empresas, conscientes de su vinculación con los asentamientos ilegales, desanden sus pasos y corten esa relación; así como a otras, que no eran conscientes de sus posibles relaciones peligrosas indirectas, para que aumenten las precauciones a partir de ese momento. Todo ello es un efecto útil bienvenido en sí, con independencia de que las decisiones tengan lugar por el mero objetivo de

---

<sup>108</sup> Asamblea General: A/HRC/RES 43/71, párr. 31.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párr. 31.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párr. 24.

<sup>111</sup> Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, “Update of database of all business enterprises involved in the activities detailed in paragraph 96 of the report of the independent international factfinding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem”, 30 de junio de 2023, párr. 17.

proteger la reputación de la empresa o por un sincero deseo de los individuos que las dirigen de reconducirse para evitar una eventual incidencia negativa en el mantenimiento de la ocupación ilícita y en la vulneración de los derechos humanos de los palestinos. Además, la existencia de una base de datos pública como esta resulta útil a la sociedad civil y otras partes interesadas.

En el informe de la ACNUDH de 2020, contenedor de la base de datos, también se informaba a las empresas incluidas sobre su posible eliminación posterior, dependiendo de la información disponible, una vez que pueda demostrarse el cese de la participación por su parte en la actividad que originó la incorporación; previendo lógicamente que las propias empresas puedan tomar la iniciativa para proporcionar información útil para activar su exclusión de la base de datos. Lo cierto es que, a pesar de que se preveía una actualización anual de la base de datos, la primera y única que ha tenido lugar hasta la fecha tardó más de tres años en llegar, pues no ha tenido lugar hasta junio de 2023 (si bien la fecha de referencia utilizada vuelve a ser anterior: en este caso, 31 de diciembre de 2022). No se ha hecho antes debido a la falta de recursos suficientes para afrontar todo el proceso. Encima, cuando ha tenido lugar solo ha supuesto un reajuste muy limitado, pues ni siquiera se han incorporado empresas nuevas, a pesar de la evidencia de que muchas más compañías que las recogidas en esa base de datos efectúan o siguen efectuando actividades directa o indirectamente conectadas con la ocupación. El único cambio registrado entre ambas enumeraciones (las que aparecen respectivamente en el informe de 2020 y de 2023) ha sido la eliminación de 15 empresas en la más reciente, tras verificar el cese de sus actividades en conexión con las actividades de la lista de referencia<sup>112</sup>.

Como se adelantaba, todas las empresas que aparecen en la base de datos de la OACNUDH son colaboradoras en actividades clave o destacadas para la ocupación israelí. Son pues todas las que están, pero no están todas las que son. Debe tenerse en cuenta por ello que desde el ámbito no gubernamental también se ha venido investigando, y arrojado luz, sobre más empresas que se benefician de la ocupación en cualquier modo. Así, además del centro de investigación citado antes, es decir, *Who Profits*, cabe reseñar el trabajo de otros actores como la coalición *Don't buy into Occupation*, (DBIO), destinada a investigar los vínculos que entidades financieras europeas mantienen con empresas implicadas en la ocupación de los TPO<sup>113</sup>. En su último informe, publicado en diciembre de 2023, revela que 776 entidades europeas mante-

---

<sup>112</sup> De hecho, como se admite de manera explícita, no se proponía proporcionar un catálogo completo de todas las empresas involucradas en las actividades en cuestión, sino revisar las 112 empresas inicialmente incluidas (párrs. 5 y 13). Todas las empresas ahora excluidas están domiciliadas en Israel, salvo el caso de General Mills Inc. (EEUU). En cualquier caso, entre las empresas matrices que siguen en la base de datos, aparece ahora citada una vinculada con España: eDreams ODIGEO S.A.

<sup>113</sup> Iniciativa conjunta de 25 organizaciones procedentes de Palestina y otros países del entorno europeo e integrada por organizaciones con domicilio, además de en España, en Bélgica, Francia, Irlanda, Noruega, Países Bajos y el RU.

nían relaciones con 51 empresas activamente implicadas con los asentamientos israelíes ilícitos<sup>114</sup>. Por consiguiente, todas las 51 empresas de referencia vienen realizando cualquiera de las actividades consideradas para la elaboración de la base de datos de la OACNUDH, pero no están necesariamente incluidas en tal base de datos (ya habíamos visto que la misma era incompleta). DBIO ha incluido de hecho algunas no incorporadas en aquella, entre las cuales cabe citar las siguientes: Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF); Carrefour; Caterpillar; Cemex; Hewlett Packard Enterprise (HPE); Hyundai Heavy Industries; IBM; Siemens; Tripadvisor; Villar International; Vinci / Semi; o Volvo Group. A su vez, las 776 entidades europeas incluidas en el repertorio publicado por DBIO pertenecen al sector financiero, y por ello, entre ellas, se encuentran bancos, compañías de seguros, de gestión de activos o fondos de pensiones. Entre las concretamente señaladas figuran de nuevo entidades bien conocidas. Así, por ejemplo, los diez principales acreedores de préstamos son las siguientes: por orden de mayor a menor inversión 1) BNP Paribas (Francia); 2) HSBC (RU); 3) Deutsche Bank (Alemania); 4) Société Générale (Francia); 5) KfW (Alemania); 6) Barclays (RU); 7) Crédit Agricole (Francia); 8) Santander (España); 9) ING Group (Países Bajos); y 10) UniCredit (Italia)<sup>115</sup>.

## 6. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS CONFORME AL DIH, AVISTANDO OBSTÁCULOS Y POTENCIALIDADES PARA LOGRAR SU RENDICIÓN DE CUENTAS

Más allá de las crecientes *responsabilidades* corporativas conforme a los instrumentos internacionales de debida diligencia, no se puede olvidar que las empresas tienen también *obligaciones* de *hard law* procedentes de diversas fuentes. Para empezar, están sujetas a los deberes específicos que les imponen los Estados en las normas nacionales (las ya existentes, citadas antes, y la eclosión que se espera a resultas de la nueva Directiva europea). En la misma línea, centrándonos ahora en el frente internacional, no se puede ignorar que, si bien el sector jurídico que constituye *lex specialis* aplicable en caso de ocupación, es el DIH, el DIDH también es relevante, pues los tratados y el Derecho internacional consuetudinario siguen siendo en general aplicables, y pueden ser además de especial importancia. En el caso del DIH, la CIJ ha examinado la cuestión de la ocupación prolongada en el tiempo en el caso específico de los TPO, y ha remarcado que Israel, en cuanto potencia ocupante, “no se libera de las obligaciones que surgen de su control efectivo continuado sobre el territorio ocupado. Su deber básico es administrar el territorio en beneficio de la población local, y, por tanto, todas las obligaciones individuales

<sup>114</sup> Datos relativos al período entre enero de 2020 y agosto de 2023.

<sup>115</sup> Cantidades que van desde algo más de 22.000.000.000 dólares estadounidenses (BNP Paribas) hasta más de 6.000.000.000 (*UniCredit*).

que se derivan de él persisten”<sup>116</sup>. Por consiguiente, es irrefutable que la extensión en el tiempo no cambia el estatus jurídico de ilicitud y perduran todas las obligaciones establecidas en la IV Convención de Ginebra y el Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907<sup>117</sup>, así como en el Derecho consuetudinario.

Es más, la CIJ ha sido categórica al afirmar que las políticas israelíes en relación con la confiscación de tierras palestinas contradicen los artículos 46, 52 y 55 del Reglamento de La Haya y el Derecho internacional consuetudinario. Ya lo había afirmado en su dictamen previo en relación con la construcción del Muro<sup>118</sup>. Lo ha expresado ahora con contundencia renovada a la vista de la acumulación de hechos ilícitos en relación con la construcción incesante de asentamientos<sup>119</sup>. Además, en relación con la explotación de recursos naturales, la Corte recuerda que, “según el principio de Derecho internacional consuetudinario contenido en el artículo 55 del Reglamento de la Haya, la Potencia ocupante será considerada únicamente administradora y usufructuaria de los recursos naturales en el territorio ocupado, incluyendo, pero no limitándose a los bosques y explotaciones agrícolas, y ‘deberá defender el capital’ de esos recursos”<sup>120</sup>. La Corte además recuerda que “el uso de los recursos naturales en el territorio ocupado debe ser sostenible, y debe evitarse el daño ambiental”, apoyándose certeramente en la Declaración de Río de 1992 y en el principio 20 de PERAC (2022)<sup>121</sup>. Además, es de reseñar la diferencia clara con la solución dada en el *asunto de las Actividades armadas en el Territorio del Congo*, pues en este caso la Corte no había considerado violado el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, por considerar que el pillaje y explotación de recursos naturales cometidos eran imputables a oficiales y soldados ugandeses, pero no a Uganda en tanto que Potencia ocupante, ante la ausencia de pruebas suficientes para acreditar la existencia de una política por su parte para realizar tal usurpación<sup>122</sup>. Sin embargo, en el supuesto de los TPO, la Corte ha considerado acreditada la existencia de esa política por parte de Israel, y, en consecuencia, ha sostenido

<sup>116</sup> CIJ, *Legal Consequences (...)*, *op. cit.*, párr. 107

<sup>117</sup> *Ibid.*, párrs. 107 y 109. Entre otras disposiciones del Reglamento, deben destacarse la prohibición de confiscar propiedad privada y del pillaje (arts. 46 y 47). Asimismo, según el art. 55, “el Estado ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas que pertenezcan al Estado enemigo y se encuentren en el país ocupado. Deberá defender el capital de esas empresas y administrar conforme a las reglas del usufructo”. En el caso de la IV Convención de Ginebra, véanse, entre otras, las disposiciones específicamente referidas a los territorios ocupados en los arts. 47 y ss.

<sup>118</sup> CIJ, *Legal Consequences (...)*, *op. cit.*, p. 192, párr. 135.

<sup>119</sup> *Ibid.*, párrs. 122 y 123.

<sup>120</sup> *Ibid.*, párr. 124.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 2005, ICJ Rep, p. 251, párrs. 242-244.



taxativamente la violación por su parte del Derecho de la ocupación y del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales<sup>123</sup>.

Todo lo anterior tiene una enorme importancia, como vamos a ver, dado que del Derecho internacional humanitario también se derivan deberes para las empresas, aunque no aparezcan explícitamente asignados a su cargo en cuanto que actores no estatales<sup>124</sup>. Es cierto que a veces puede ser difícil determinar sus deberes exactos, sobre todo en zonas grises que a veces muestra la realidad, pero es obvio lo que no deben hacer y en qué tipo de actos no pueden implicarse de ninguna manera, y, por tanto, es fundamental que supervisen sus cadenas de valor y actuar en consecuencia, a fin de no exponerse a generar responsabilidad. Por ello, pronunciamientos como el reciente de la CIJ sobre los TPO, así como cualquier tipo de guía u orientaciones enfocadas a la práctica (inclusive cuando se dirigen a los Estados)<sup>125</sup>, están llamadas a tener utilidad práctica. Las empresas deben, en general, evitar cualquier tipo de implicación, directa o indirecta, en posibles crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, entre los que pueden hallarse el pillaje de recursos; el trabajo forzado; o el uso de armas prohibidas. Pero concretamente en relación con los TPO, la Misión Internacional Independiente de Investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y las resoluciones pertinentes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han dejado claro cuáles son las *actividades* que en todo caso las empresas deben evitar, tal como hemos visto en el apartado precedente.

A la luz de lo anterior, es de tener en cuenta además, de una parte, que, si se observan las violaciones del Derecho internacional cometidas directamente contra las *personas* o en relación con el control de sus movimientos, etc., adquieren protagonismo las empresas de armamento y del ámbito de la tecnología especializada en seguridad (y todas las conectadas en algún modo con ellas a través de sus cadenas de valor, incluidas, por ejemplo, quienes las financian o aseguran). Su papel es especialmente preocupante en las circunstancias actuales, teniendo en cuenta que la gravedad de los crímenes cometidos en Gaza puede alcanzar el umbral de genocidio. Por ello, el tema de si las armas suministradas son o no prohibidas por el Derecho internacional es secundario; lo esencial es que cualquier suministro de armamento es susceptible de guardar relación directa con esas graves violaciones de crímenes de atrocidades masivas, y por tanto cualquier relación de complicidad será sus-

<sup>123</sup> CIJ, *Legal Consequences (...)*, *op. cit.*, párrs. 242-244.

<sup>124</sup> Véase CLAPHAM, Andrew, "Human rights obligations of non-state actors in conflict situations", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, 2006, núm. 863, pp. 891 y ss.

<sup>125</sup> Ya provenga de los Estados, las Naciones Unidas u otras entidades. Actualmente el Grupo Especialista sobre *Environmental Security and Conflict Law* de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, arriba indicado, está trabajando en confeccionar una guía para ayudar a los Estados a implementar los dos principios PERAC referidos a las empresas.

ceptible de generar responsabilidad<sup>126</sup>. En adición a ello, y alejándonos ahora de Gaza, y acercándonos más a Cisjordania, por ejemplo, piénsese también, sin ir más lejos, en las eventuales implicaciones del carácter *erga omnes* de la prohibición del *apartheid* o de la segregación (a caballo entre el DIH y el DIDH). O también en el caso de las habituales detenciones y reclusiones arbitrarias (particularmente acuciantes en el caso de menores) con material fabricado o suministrado por ciertas corporaciones<sup>127</sup>. En definitiva, es obvio que todas las empresas que tengan algún vínculo con Israel, con empresas israelíes o con cualquier empresa que tenga una actividad en los TPO, no solo en Gaza, deben sentirse concernidas de forma específica, con todo lo que ello implica, en particular reconsiderar la continuación de tal vínculo.

Y, de otra parte, si se observan las violaciones más directamente relacionadas con los *asentamientos ilícitos de los colonos* o la *explotación de los recursos económicos palestinos* (dejando aquí al margen Gaza, a pesar del ecicidio y de la destrucción de bienes a escala de *tierra quemada*), el reciente pronunciamiento de la CIJ de 2024, sobre *las consecuencias jurídicas que tienen las prácticas y políticas de Israel en los territorios palestinos ocupados*, parece susceptible de traer nuevos asideros para eventuales demandas en los órdenes internos en relación con actividades económicas desarrolladas por empresas en Cisjordania y Jerusalén Este, a la vez que tumba razonamientos jurídicos manejados previamente por el Tribunal Supremo israelí (que ha argumentado que la dilatación temporal de la presencia israelí impondría una nueva realidad sobre el terreno, supuestamente habilitante para conceder licencias de explotación de recursos a empresas israelíes)<sup>128</sup>. En suma, se trata de una razón de peso más para que las empresas reconsideren sus actividades y sus relaciones en la cadena de que forman parte. No puede ignorarse, además que la propia tierra es un recurso claro en sí, que supone la implicación directa en los casos de provisión de alojamientos turísticos en los TPO.

Pese a que este comentario se centra en el examen de las responsabilidades y obligaciones empresariales, parece pertinente vislumbrar horizontes más allá. En este sentido, hay que ser conscientes de que para materializar una eventual responsabilidad civil de las empresas en los ámbitos internos

<sup>126</sup> Para un examen más en general de las responsabilidades de las empresas armamentistas, puede verse IGLESIAS BERLANGA, Marta, "La responsabilidad de las empresas armamentistas por el tráfico ilegal de sus armas y su impacto negativo en los derechos humanos: ¿Una cuestión de debida diligencia?", *REDI*, vol. 76, 2024, núm. 1, pp. 111 y ss.

<sup>127</sup> Sobre las detenciones arbitrarias, puede verse UNICEF (2013), *Children in Israeli Military Detention. Observations and Recommendations*, y otros posteriores disponibles en <https://www.unicef.org/sop/reports/children-israeli-military-detention>; ALBANESE, Francesca, *Arbitrary deprivation of liberty in the occupied Palestinian territory: the Palestinian experience behind and beyond bars*; Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, 2023, Doc. A/HRC/53/59.

<sup>128</sup> SHERWOOD, Harriet, "Israeli companies can profit from West Bank resources, court rules", *The Guardian*, 3 de enero de 2012. Disponible en <https://www.theguardian.com/world/2012/jan/03/israeli-companies-west-bank-resources>

los desafíos más acuciantes se sitúan alrededor de la necesidad de mapear de manera integral las cadenas *de valor* o *de actividades* corporativas en el caso de las compañías multinacionales<sup>129</sup>, teniendo en cuenta que los eslabones situados en los extremos suelen plantear problemas singulares<sup>130</sup>. Asimismo, otro gran reto consiste en eliminar o sortear otras trabas a la jurisdicción en los espacios nacionales (el proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos lógicamente prevé una disposición relativa a la previsión de jurisdicción nacional para los casos necesarios habituales<sup>131</sup> y a la eliminación de los muros del *forum non conveniens*; no obstante, hoy por hoy, no hay esa obligación<sup>132</sup>). Sin embargo, en el caso de la responsabilidad penal, además de los mismos obstáculos, hay además otros enormes retos específicos, como son en particular, de un lado, la falta de legitimación pasiva para que las empresas puedan ser demandadas en muchos ordenamientos internos (donde sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*) así como también en el ámbito judicial internacional (al tener la CPI solo jurisdicción con respecto a personas naturales); y, de otro lado, la prueba del *mens rea*, que puede hacerse especialmente espinosa en el caso del crimen de genocidio, al tener un elemento subjetivo del injusto único en su propio tipo penal.

Sin perjuicio de los problemas y desafíos indicados, los precedentes muestran como la rendición de cuentas se ha ido abriendo camino desde hace décadas, incluso en el ámbito penal internacional, lógicamente a través de la responsabilidad individual, si bien se trata de casos aislados. Así, cabe recordar como ante el Tribunal de Nuremberg, el de Ruanda o el de la ex-Yugoslavia se llegó a condenar, o al menos a acusar, a directivos de empresas de comunicación por su implicación en crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra<sup>133</sup>. En el caso de la CPI, cabe citar que entre las numerosas comunicaciones presentadas sobre la base del artículo 15 de su Estatuto, ONG han presentado varias relacionadas con la implicación de empresas también en las categorías de crímenes citadas, si bien ninguna ha superado la fase de investigación preliminar (así, comunicaciones en relación con: fabricantes de armamento en relación con crímenes de guerra en Yemen; ejecutivos de la multinacional Chiquita Brands por su financiación de las Autodefensas Unidas de Colombia; o directivos camboyanos por su implicación en el aca-

<sup>129</sup> Parecen preferibles aquí estos términos sobre el de cadena *de suministro*, a fin de incluir holgadamente las violaciones que tienen lugar igualmente en los eslabones posteriores.

<sup>130</sup> Véase The Danish Institute for Human Rights (2024), *Due Diligence in the Downstream Value Chain Case Studies of Current Company Practice*, mayo 2024, en particular, pp. 6 y ss.

<sup>131</sup> Véase la 10ª sesión del Grupo de Trabajo, op. cit., Art. 9.

<sup>132</sup> ZAMORA CABOT, Francisco, "Acceso a la justicia y DD.HH.: la valla del *forum non conveniens* cae en *Kashef v. Paribas*", en PIGRAU SOLÉ, Antonio e IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel (eds.), *Litigación en materia de empresas y derechos humanos: Estudio de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 283-296.

<sup>133</sup> Puede verse el asunto relativo a Julius Streicher, que terminó con su condena por el Tribunal de Nuremberg (y ejecución posterior); *Trial of German Major War Criminals* (IMT), Trial Chamber, 1 October 1946, Parte 22 (501).

paramiento masivo de tierras, presuntamente constitutivo de crímenes contra la humanidad). En el caso de la CPI, como es bien sabido, la solicitud de autorización por parte del Fiscal para emitir órdenes de arresto en relación con la brutal ofensiva militar en Gaza se limita hasta el momento al primer ministro israelí y al ministro de Defensa, alegando presuntos crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad<sup>134</sup>. Es difícil aventurar en estos momentos además si la nueva iniciativa del Fiscal de la CPI, lanzada en 2024 a fin de establecer una nueva política para avanzar en la rendición de cuentas por los crímenes ambientales (sin enmendar el Estatuto de Roma)<sup>135</sup>, podría llegar a constituir una apoyatura útil, por su eventual efecto promotor, para hacer rendir cuentas eventualmente a directivos de cualquier empresa (sea israelí o multinacional) por la destrucción o por el pillaje de recursos naturales palestinos.

En lo que respecta a posibles casos de responsabilidad penal en los ámbitos internos, en los momentos de redactar estas páginas aún no aparecen asuntos vinculados específicamente a Israel/TPO en las bases de datos de organizaciones que están trabajando en este ámbito para promover la rendición de cuentas y eventualmente asistir de manera más específica a víctimas<sup>136</sup>. En lo que respecta a posibles casos de responsabilidad civil contra empresas, es previsible que puedan abrirse nuevos frentes de judiciales<sup>137</sup>, sobre todo a la vista de asuntos recientes en relación con otros casos, que, aunque no tengan nada que ver con los TPO (por ejemplo, la condena a *Chiquita Brands*, por el caso mencionado arriba, por un Tribunal de Florida en 2024<sup>138</sup>; o el caso *Lafarge* en Francia, entre otros), tienen en común la indemnización a víctimas por la actuación lesiva de multinacionales implicadas en violaciones graves del Derecho internacional humanitario y los derechos humanos<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> ICC-OTP, “Statement of ICC Prosecutor Karim A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine”, 20-5-2024. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>

<sup>135</sup> Sin pretender enmendar el Estatuto, sino solo seguir la estela del previo *policy paper* lanzado por la anterior Fiscal en 2016 (a fin de considerar de forma particular ciertos crímenes graves con un gran impacto sobre el medio ambiente y los recursos naturales); véase ICC-OTP, “The Office of the Prosecutor launches public consultation on a new policy initiative to advance accountability for environmental crimes under the Rome Statute”, 16-2-2024. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-new-policy-initiative-advance-accountability-0>

<sup>136</sup> Aunque sí aparece información sobre casos planteados sobre todo desde la sociedad civil y contra empresas al hilo de otros Estados involucrados, que pueden resultar de interés; véanse las bases de datos del *Corporate Crimes Project* (liderado por Amnistía Internacional, junto a una docena de organizaciones *partners*: <https://corporate-crimes.org/locations/>) y el *Business & Human Rights Resource Centre* (<https://www.business-humanrights.org/es/>).

<sup>137</sup> Sobre ello, véase puede verse HERNÁNDEZ PERIBAÑEZ, María Eugenia, “La potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: un primer paso en el acceso de las víctimas a la justicia en Europa”, *REDI*, vol. 76, 2024, núm. 1, pp. 77 y ss.

<sup>138</sup> Véase HIPP, Jason; BERNSTEIN, Alissa y GRAINER, Aimee, “The *Chiquita* Verdict Expands International Human Rights Liability for Corporate Conduct Abroad”, *Just Security*, 26 de julio de 2024. Disponible en <https://www.justsecurity.org/98093/chiquita-verdict-human-rights/>

<sup>139</sup> Véase MARULLO, María Chiara, ESTEVE MOLTÓ, José E. y ZAMORA CABOT, Francisco José, “La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio

Cabe tener en cuenta además el papel crucial que las organizaciones de la sociedad civil vienen desempeñando para reclamar la responsabilidad corporativa con éxito<sup>140</sup>. Por ello, es previsible que se abran frentes de *litigación estratégica* también en este ámbito<sup>141</sup>, que tengan, en consecuencia, objetivos a situar bastante más allá de los juzgados, y que pueden perseguir además metas como la movilización ciudadana, la posibilidad de incidencia política, así como la presión para lograr o acelerar cambios legislativos en los ámbitos internos.

En una línea próxima, también relacionada con la rendición de cuentas de las empresas, no pueden ignorarse las posibles implicaciones del movimiento BDS (Boicot, Desinversiones y Sanciones), lanzado en 2005 por un grupo amplio de organizaciones palestinas, inspirado en la lucha *antiapartheid* de Sudáfrica, buscando ejercer presión económica y política sobre Israel para cumplir el Derecho internacional. Es sabido que el movimiento aboga por diversas formas de protesta no violenta, incluyendo, entre otras, los boicots de productos y las desinversiones de empresas. Más allá de sus diferencias significativas con el movimiento contra el *apartheid* sudafricano (en particular, por la descentralización del BDS<sup>142</sup>) y el rechazo que el BDS despierta en ciertos entornos (especialmente allá donde hay fuertes lobbies pro-israelíes y se han establecido medidas legislativas directa o indirectamente dirigidas contra aquél<sup>143</sup>), entre sus puntos fuertes están sin duda su legitimidad y el que muchas de las medidas que propugna pueden utilizarse con respecto a empresas involucradas en la ocupación de los TPO actuando dentro de los márgenes de la legalidad. Cuando, a estas alturas, en julio de 2024, ni siquiera se ha adoptado aún la primera sanción por el CSNU contra Israel (a causa del doble rasero ya criticado, pero sobre todo del bloqueo a causa del equilibrio geopolítico en este caso) y la UE tampoco ha llegado a acordar tampoco ninguna *medida restrictiva* contra Israel ni contra empresas implicadas en la ocupación (únicamente ha adoptado alguna medida con respecto a algún colono), ¿acaso no puede verse en los boicots y las desinversiones precisamente una oportunidad infrutilizada que merece explorarse más? Se impone una

---

comparado de casos de relieve”, *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, vol. 11, 2022, núm. 2, pp. 170-194.

<sup>140</sup> Véase BALOUZIYEH, John M.B. y RAPP, Stephen J., “The Role of Civil Society in Promoting Corporate Accountability for International Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, 2024, pp. 1-20.

<sup>141</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 19-20.

<sup>142</sup> JONES, Lee, “Sanctioning Apartheid: Comparing the South African and Palestinian Campaigns for Boycotts, Disinvestment, and Sanctions”, *Boycotts Past and Present. From the American Revolution to the Campaign to Boycott Israel*, Feldman, D. (ed.), Palgrave Critical Studies of Antisemitism and Racism, Palgrave, Londres, 2019, pp. 197 y ss.

<sup>143</sup> Estos otros países o donde se han adoptado diversos tipos de medidas normativas restrictivas de distinto alcance frente al BDS; puede ponerse el ejemplo de Alemania, RU o diversos Estados de EEUU). Véase ARCHER, Nandini Naira “Britain wants to ban boycotts of Israel. Does that mean they’re working?”, *Open Democracy*, 2024. Disponible en <https://www.opendemocracy.net/en/israel-palestine-boycott-divestment-sanctions-bds-uk-ban-house-lords/>

respuesta afirmativa, máxime cuando hay pronunciamientos judiciales que avalan la improcedencia de ciertas medidas contrarias al movimiento BDS. Cabe destacar en este sentido la sentencia adoptada por el Tribunal Supremo británico en un asunto resuelto en 2020, en contra de la procedencia de una instrucción gubernamental previa<sup>144</sup>. Asimismo, es de subrayar la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el sentido de considerar, al hilo de la interpretación del alcance del derecho de la libertad de expresión, que los llamamientos al boicot están permitidos siempre y cuando no signifiquen incitar a la violencia, el odio o la intolerancia (asunto *Baldassi y otros c. Francia*<sup>145</sup>).

Es de advertir, de todas formas, que en ocasiones el término boicot parece malinterpretarse, atribuyéndole una connotación semántica negativa o radical que no se corresponde con su acepción principal en el sentido lingüístico<sup>146</sup>. De ahí que valga la pena insistir en que, en el caso de los Estados, sin necesidad siquiera de acudir a medidas drásticas, tienen en su mano la llave para aprovechar las oportunidades brindadas por los contratos públicos celebrados con las empresas, a fin de promover la concienciación y el respeto de los derechos humanos<sup>147</sup>. A la luz de todo lo anterior, en suma, sobre todo los Estados, incluyendo las entidades públicas<sup>148</sup>, y la sociedad civil, pero también las propias empresas, resultan clave para desplegar en la sociedad globalizada el potencial de ideas y llamamientos que animan a boicotear, esto es, a obstruir la relación con quienes violan normas imperativas del Derecho internacional o son parte de la cadena para que otros las violen. En ausencia de las debidas sanciones, parece legítimo, y aún forzoso, explorar todas las posibles opciones que contribuyan a asegurar el cumplimiento del Derecho aplicable.

## 7. CONCLUSIONES

La *clásica* utilización de dos varas de medir por los Estados occidentales tras la adopción de la Carta de las NU se ha hecho más flagrante y contraproductivo.

<sup>144</sup> Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0133-judgment.pdf>

<sup>145</sup> *Baldassi et autres c. France*, Núm. 15271/16, TEDH 2020.

<sup>146</sup> Consultando diversos diccionarios (incluido el de la RAE) se pueden encontrar, entre otros, los siguientes sinónimos para la palabra “boicot”: “represalia”, “amenaza” o “sabotaje”. Sin embargo, la definición de “boicot” ofrecida por la RAE tiene un contenido mucho más aséptico que el significado implicado por cualquiera de las palabras anteriores. Así, por boicot, la RAE entiende simplemente la “acción que se dirige contra una persona o entidad para obstaculizar el desarrollo o funcionamiento de una determinada actividad social o comercial”; RAE, Diccionario de la Lengua Española, Actualización 2023. Disponible en <https://dle.rae.es/boicot>

<sup>147</sup> Los estándares de referencia (por ejemplo, el principio rector 6 relativo a los Estados en los Principios Rectores de las NU) y la nueva Directiva europea.

<sup>148</sup> A raíz de la brutal ofensiva de Israel contra Gaza iniciada tras el 7 de octubre de 2023, puede percibirse un incremento de las entidades que comenzaron a adoptar acciones específicas para excluir la relación con empresas que puedan estar implicadas con los TPO; pueden verse casos concretos (por ejemplo, desde ayuntamientos como los de Barcelona, Gante u Oslo); DBIO, *Don't buy into occupation* (December), 2023, p. 52. Disponible en <https://dontbuyintooccupation.org/reports/dont-buy-into-occupation-report-2023/>



cente que nunca, al utilizarse de manera coincidente en el tiempo, con respecto a Ucrania, de un lado, y a Gaza y el resto de los TPO, de otro lado. Esto plantea problemas añadidos en relación con el declive del denominado *orden occidental basado en normas*. Concurren problemas, tanto de legitimidad como prácticos, que se agravan por la coincidencia con otros, como la propia agresión rusa a Ucrania, los desafíos planteados por China (los dos aspectos anteriores provenientes del Este Global), la deriva autoritaria del mundo o la heterogeneidad del Sur Global. Dado que el escenario actual, de *tres mundos globales*, es muy poco propicio para alcanzar consensos políticos, debería mirarse también más allá de los Estados a fin de buscar posibles respuestas para remediar cuestiones que, de un modo u otro, afectan a los cimientos de la sociedad internacional. En otras palabras, la prospección de cualquier posibilidad, que pudiera llegar a servir de contrapeso (aunque sea mínimamente), frente a los excesos ocasionados por la irresponsabilidad que supone el abuso del veto en el CSNU (pero también debido a la impotencia de la UE para reaccionar de manera acorde con sus valores) con respecto a la cuestión palestina, nos lleva a poner el foco fuera del circuito de carácter gubernamental. Se hace preciso pues observar cómo se podría contribuir a movilizar a otros actores de peso en las relaciones internacionales (al margen del limitado alcance que pueda tener su subjetividad conforme al Derecho internacional), a fin de explorar si pueden contribuir en último término a que disminuya la vulneración de las normas imperativas del Derecho internacional en relación con los TPO. A partir de un examen tentativo inicial, el centro de gravedad en el análisis de ciertos aspectos se ha desplazado desde los Estados a las empresas.

Las empresas son actores esenciales y con un poder enorme, además creciente, en la sociedad de hoy en día. Como tales, son indispensables para conseguir los objetivos de la Agenda 2030, incluido, entre otros, el ODS 16, que persigue promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Allá donde desarrollen sus actividades, son susceptibles de hacer aportaciones positivas al bien común o, por el contrario, podrán tener un impacto muy negativo en múltiples frentes. En particular, las empresas pueden influir en el alivio o, por el contrario, en el empeoramiento de la penosa e ilícita situación sufrida por el pueblo palestino y su Territorio Ocupado. La capacidad de las empresas para intervenir se incrementa si se emplea un prisma de análisis que las observe como colectivo. Sin empresas de construcción/demolición, servicios e inversión, dando aliento a la ocupación, difícilmente podría haber nuevos asentamientos de colonos en tierra palestina. Dado que la ocupación de Palestina vulnera normas imperativas de Derecho internacional, básicas para convivir en la sociedad, las empresas no tienen legitimidad para evadir su cumplimiento en cualquier ámbito que dependa de ellas.

Los estándares relativos a la necesidad de obrar con una diligencia debida empresarial no dejan lugar a dudas. Desde que comenzaron a acumularse desde los años 70 del siglo pasado, su contenido se ha reforzado ostensible-



mente. La labor de las NU, la OCDE y la UE, entre otras entidades, refleja bien la transición desde la *responsabilidad social corporativa* a la *debida diligencia*, la cual está afianzada en el terreno de la teoría como estándar de comportamiento y como proceso a respetar. Además, han empezado a llegar normas de *hard law* en el entorno europeo, que robustecerán el contenido de la debida diligencia empresarial y los medios para hacerla efectiva, incluyendo las responsabilidades intensificadas en casos de conflicto u ocupación, como es el caso de Palestina.

Los Estados de la UE deben adoptar distintos tipos de medidas, entre ellas legislativas, en un plazo breve para imponer obligaciones precisas sobre las empresas y eliminar obstáculos a la jurisdicción. Por su parte, las empresas deben conocer las obligaciones derivadas del Derecho internacional humanitario y cumplirlas de manera escrupulosa. En este sentido, deben abstenerse de participar en las actividades concretas explícitamente señaladas por el informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en las resoluciones pertinentes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y buscar cómo reparar a las víctimas. Las empresas deben ser conscientes de que la violación del DIH o el DIDH debería dar lugar a responsabilidad y a la necesidad de reparar. Además, puede llegar a implicar complicidad, además de con la ocupación en sí, con crímenes internacionales concretos.

Toda empresa que no disponga de información suficiente sobre su posible implicación en los asentamientos ilícitos en los TPO, a través de su cadena de actividades, debe tener en cuenta que las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las NU, no solo hacen referencia a acciones *directas* relativas a los asentamientos israelíes, sino también a *operaciones bancarias y financieras* que puedan ayudar de alguna forma a desarrollar, expandir o mantenerlos, así como a las actividades que a su vez puedan facilitar la actividad de otras empresas, inclusive los créditos. Por tanto, si se confirma la vinculación empresarial, no estarían cumpliendo sus responsabilidades. En consecuencia, las compañías deberían conducir un proceso de diligencia debida intensificado para (además de analizar cómo su actividad puede tener impacto en la ocupación y en el sufrimiento de las víctimas) buscar un final responsable para su actividad y decidir cómo reparar los daños infligidos. Ello con indiferencia de que aparezcan o no incluidas en la base de datos elaborada por la OACNUDH. Por ello, cabe concluir que las interrogantes planteadas en el apartado introductorio de este trabajo sobre la posible involucración de una serie de empresas expresamente mencionadas allí con respecto a la ocupación ilícita de los TPO (esto es, Airbnb, Banco Santander, Caterpillar o Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, entre otras) deben

ser resueltas en el sentido de considerar que tales compañías están incumpliendo sus responsabilidades.

Junto a todo ello, debe tenerse en cuenta el contundente pronunciamiento que la CIJ ha realizado en el pár. 278 de su reciente Opinión Consultiva Opinión consultiva, de julio de 2024, *sobre las consecuencias jurídicas que tienen las prácticas y políticas de Israel en los territorios palestinos ocupados* en lo relativo tanto a la obligación de “abstenerse de entablar tratos económicos o comerciales con Israel relativos al Territorio Palestino Ocupado o partes del mismo que puedan afianzar su presencia ilegal en el territorio” como a la de “tomar medidas para impedir las relaciones comerciales o de inversión que contribuyan al mantenimiento de la situación ilegal creada por Israel en el Territorio Palestino Ocupado”. Tanto es así, que la conjunción de este dictamen de la Corte, mostrando claramente las obligaciones existentes (tanto para Israel como para terceros Estados, pero también para empresas y cualesquiera otras entidades o personas) en relación con la ocupación, junto con los palmarios indicadores de la comisión de crímenes de atrocidades masivas por Israel en Gaza a partir de octubre de 2023, debería servir de revulsivo y actuar como un nuevo asidero jurídico. En efecto, parece imperativo buscar nuevos horizontes de esperanza para el pueblo palestino, tanto para detener las violaciones graves del Derecho internacional humanitario como para satisfacer su derecho a la libre determinación, todavía protegido también por una norma básica del ordenamiento jurídico internacional. Hoy por hoy, dados los bloqueos existentes en el ámbito geopolítico internacional y la inexplicable ausencia (en términos jurídicos) de sanciones sobre Israel, cualquier atisbo de avance posible parece pasar por utilizar resortes que puedan activar vasos comunicantes entre la conciencia ciudadana, la acción de las empresas y los circuitos gubernamentales. Seguramente solo así, y a falta de medidas restrictivas institucionales (no solo en el ámbito universal, sino también en el entorno de la UE), será posible aspirar a salir del callejón sin salida actual, de modo que puedan articularse nuevos frenos descentralizados y medios de presión alternativos para el cumplimiento del Derecho internacional.

# EL RECONOCIMIENTO POR ESPAÑA DEL ESTADO PALESTINO ¿JUGANDO CON BOLAS DE NIEVE EN ORIENTE PRÓXIMO?

## *SPAIN'S RECOGNITION OF THE PALESTINIAN STATE, PLAYING WITH SNOW BALLS IN MIDDLE EAST?*

Javier A. GONZÁLEZ VEGA\*

**Palabras claves:** España, Palestina, Israel, Reconocimiento de Estados, Política Exterior.

**Keywords:** Spain, Palestine, Israel, Recognition of States, Foreign Policy.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO POR ESPAÑA EN MAYO DE 2024, 2. EL TENOR DE LA DECLARACIÓN PRESIDENCIAL, 3. EL RECONOCIMIENTO PARLAMENTARIO DE 2014, 4. ¿UN RECONOCIMIENTO PREMATURO?, 5. UN RECONOCIMIENTO EMINENTEMENTE POLÍTICO, 6. ¿UN RECONOCIMIENTO EFICAZ?

### **1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO POR ESPAÑA EN MAYO DE 2024**

Por fin el mes de mayo de 2024 España ha resuelto el dilema planteado desde hace casi 10 años en torno al reconocimiento del Estado palestino. En efecto, tras airear en días previos la decisión, finalmente el viernes 28 de mayo el Presidente del Gobierno, P. Sánchez Pérez-Castejón, en un gesto inusual —antes de la reunión del Consejo de Ministros— comparecía ante los medios de comunicación para anunciar:

“...comparezco ante todas y todos ustedes para trasladarles que, en la reunión del Consejo de Ministros y Ministras de hoy, el Gobierno de España aprobará el reconocimiento oficial del Estado de Palestina.

España se sumará así a los más de 140 países que ya reconocen en el mundo a Palestina como estado. Se trata de una decisión histórica que tiene un único objetivo: contribuir a que israelíes y palestinos alcancen la paz.

El reconocimiento del Estado de Palestina no es sólo una cuestión de justicia histórica con las aspiraciones legítimas del pueblo de Palestina. Es, además, una necesidad perentoria si queremos entre todos lograr la paz.

Es la única manera de avanzar hacia la solución que todos reconocemos como la única posible para lograr un futuro de paz: la de un Estado palestino que conviva junto al Estado de Israel en paz y seguridad.

---

\* Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Oviedo (jvega@uniovi.es). Las referencias electrónicas han sido consultadas por última vez el 16 de julio de 2024.

El Estado de Palestina debe ser, en primer lugar, viable; con Cisjordania y Gaza conectadas por un corredor y con Jerusalén Este como su capital. y unificadas bajo el gobierno legítimo de la Autoridad Nacional Palestina.

Si bien no corresponde a nuestro país, España, definir las fronteras de otros países, nuestra visión está plenamente alineada con las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 242 y 338, así como con la posición que tradicionalmente ha mantenido la Unión Europea. Por eso, no reconoceremos cambios en las líneas fronterizas de 1967 que no sean los acordados por las partes.

También es esencial que Palestina vea reconocido su lugar en la comunidad internacional.

El reconocimiento de Palestina como Estado es una decisión que adoptamos, o no adoptamos mejor dicho, contra nadie. Pero sí quisiera decir que por esa razón España va a seguir apoyando a Palestina. Como he dicho antes, el reconocimiento del Estado de Palestina como Estado es una decisión que no adoptamos contra nadie y menos aún en contra de Israel, un pueblo amigo al que respetamos y al que apreciamos, y con el que queremos tener la mejor relación posible.

Y además, esta decisión refleja nuestro rechazo frontal a Hamás, que está en contra de la solución de los dos Estados.

España, como saben, condenó desde el primer momento —y con toda contundencia— los ataques terroristas del 7 de octubre. Y esa condena es la expresión rotunda de nuestro compromiso absoluto en la lucha contra el terrorismo.

Quiero decirles que, desde mañana mismo, concentraremos todos nuestros esfuerzos en hacer realidad la solución de los dos Estados. Y lo haremos con tres grandes prioridades.

La más urgente, en primer lugar, sigue siendo poner fin a una crisis sin precedentes en la Franja de Gaza. Hago un llamamiento, una vez más, a un alto el fuego permanente; a la entrada de ayuda humanitaria; y a la liberación inmediata de los rehenes israelíes en manos de Hamás.

En segundo lugar, vamos a apoyar a la Autoridad Nacional Palestina en el proceso de reformas iniciado por su nuevo gobierno. La Autoridad Palestina es nuestro socio para la paz y va a necesitar de todo nuestro apoyo.

Y finalmente, en tercer lugar, seguiremos impulsando la cooperación con nuestros socios árabes, que también trabajan por la paz y la prosperidad en la región. Vamos a seguir aunando esfuerzos para la convocatoria de una conferencia internacional de paz que haga realidad, de una vez por todas, la solución de los dos estados.

La decisión que hoy adopta España se basa en el respeto al derecho internacional y a la defensa del orden internacional basado en reglas. Principios que nos guían siempre. sea cual sea el contexto, tanto en Gaza, Palestina como en Ucrania, España siempre defenderá los propósitos y principios recogidos en la Carta de las Naciones Unidas.

Con el paso que hoy damos, asumimos nuestra responsabilidad en la búsqueda de la paz, la seguridad y la prosperidad de todos los pueblos, conforme al mandato que establece el preámbulo de la Constitución Española.

Pero, por encima de todo, actuamos conforme a lo que se espera de un gran país como España.”<sup>2</sup>

En lo que algún medio calificó como un “cuidado movimiento coreografiado”, la iniciativa española era secundada por Irlanda y Noruega que, el mismo día acordaban el reconocimiento de Palestina<sup>3</sup>, siendo seguida días más tarde —el 4 de junio— por Eslovenia<sup>4</sup>. Los esfuerzos de la diplomacia española, sin embargo, no lograban atraer a otros Estados que habían mostrado inicialmente una disposición semejante; en concreto, Bélgica y Malta esgrimían la inoportunidad del momento para justificar posponer su decisión. En cualquier caso, la iniciativa española no alteraba significativamente la posición del conjunto de los Estados de la UE —recuérdese que Noruega no es miembro— que siguen sin reconocer al Estado palestino<sup>5</sup>. De hecho, en el momento en que

<sup>2</sup> Cfr. Secretaría de Estado de comunicación, Declaración institucional del presidente del gobierno sobre el reconocimiento del estado de Palestina (transcripción), Palacio de la Moncloa, 28 de mayo de 2024; texto accesible en <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/intervenciones/Documents/2024/240528%20Declaración%20institucional%20reconocimiento%20Palestina%20-%20ESPAÑOL.pdf>.

<sup>3</sup> Cfr. BEAUMONT, Peter, JONES, Sam, “How significant is Spain, Norway and Ireland’s recognition of Palestinian state?”, *The Guardian*, 22 de mayo de 2024; texto accesible en <https://www.theguardian.com/world/article/2024/may/22/significant-spain-norway-ireland-recognition-state-palestine>; LANDALE, James, “Spain, Norway and Ireland recognise Palestinian state”, 28 de mayo de 2014; texto accesible en <https://www.bbc.com/news/articles/cl77drw22qjo>.

<sup>4</sup> En el caso esloveno ha de destacarse que la decisión inicial del reconocimiento partió del Gobierno que sin embargo la sometió a refrendo parlamentario, cosechando un resultado favorable pero revelador de la profunda división existente en el país: 52 diputados votaron a favor mientras que los 38 restantes se ausentaron al ser partidarios de someter la decisión a un plebiscito (Cfr. “Slovenia recognizes Palestinian statehood”, *Político*, 5 de junio de 2024; texto accesible en <https://www.politico.eu/article/slovenia-recognize-palestine-state-robot-golob/>). Por otra parte, la decisión del Gobierno esloveno permitía a nuestro Estado reiterar su posición al respecto. En tal sentido, el Ministerio de AAEE, UE y Cooperación aprovechaba para destacar que la “decisión se une a un creciente consenso internacional en torno al reconocimiento como elemento indispensable para hacer posible la solución de los dos Estados, con el objetivo final de lograr la paz en Oriente Medio. Crece el número de países de la comunidad internacional que abogan por un necesario equilibrio en las negociaciones entre las partes en el marco de dicha solución, y apuestan por la existencia de un Estado palestino viable que dé satisfacción a las legítimas aspiraciones nacionales de los ciudadanos palestinos y respuesta a las igualmente legítimas aspiraciones de seguridad de los ciudadanos israelíes. España manifiesta su compromiso de seguir trabajando con Eslovenia, con las partes y con la comunidad internacional para hacer realidad la solución de dos Estados y conseguir la paz en la región.” (Cfr. España saluda la decisión del Gobierno de la República de Eslovenia de reconocer oficialmente al Estado de Palestina, Comunicado 027, 30 de mayo de 2024; accesible en [https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2024\\_COMUNICADOS/20240530\\_COMU027.aspx](https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2024_COMUNICADOS/20240530_COMU027.aspx)).

<sup>5</sup> El reconocimiento del Estado palestino por parte de los Estados miembros de la UE es revelador de diferentes momentos de la sociedad internacional. Así, algunos Estados miembros lo hicieron en 1988 cuando aún no eran miembros de la UE y sus respectivas políticas exteriores obedecían bien a las directrices del bloque socialista (Bulgaria; la entonces República federativa Checa y Eslovaca; Hungría, Polonia y Rumanía), bien a las consignas de los “Estados no alineados” (Chipre) (Cfr. STAVRIDIS, Stelios, GIANNIOU, Maria, COFELICE, Andrea, “EU national parliaments and the recognition of Palestine: “really” breaking new ground or “just” adding further support?”, *Comillas Journal of International Relations*, núm. 6, 2016, p. 45; accesible en <https://doi.org/10.1080/15447017.2016.1171171>).

escribimos estas líneas apenas un tercio —sólo 9 de los 27 Estados miembros— lo reconocen<sup>6</sup>. Aunque a nivel global la situación es bien distinta dado que prácticamente  $\frac{3}{4}$  de los miembros de la actual comunidad internacional —147 Estados— son los que confieren la condición de Estado a Palestina.<sup>7</sup> Por otra parte, como cabía imaginar, la decisión española provocaba la iracunda reacción del Gobierno israelí, que ante el anuncio de la futura decisión —el 23 de mayo— llamaba a consultas a su embajadora en España<sup>8</sup>.

## 2. EL TENOR DE LA DECLARACIÓN PRESIDENCIAL

La decisión del pasado mayo a nadie ha sorprendido toda vez que desde hace varios meses el gobierno español venía planteando la idea del reconocimiento del Estado palestino y promoviendo su aceptación por parte de otros Estados. Las supuestas bondades de esta estrategia y los réditos que presumiblemente aportará a un futuro proceso de paz ya han sido expuestos por uno de sus más destacados mentores, el antiguo Ministro de AAEE, Miguel Ángel Moratinos Cuyaubé, por lo que a su reciente contribución sobre el tema nos remitimos<sup>9</sup>.

*cloudfront.net/97189586/6777-libre.pdf?1673531395=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDEU\_national\_parliaments\_and\_the\_recognit.pdf&Expires=1720096444&Signature=ExMXg-j49MKLwOK59eh65ghCbucs7pCegJnI12Qw4wAkYN8YooUJ5asWDb09qcLj3HR5GWKFbRuKSIMJbDYFU7Wj-DtDRdi6dCLx31-2EucK1FyVQmazPGq5PD7aHhOiI0AczRi-Ir8gDXcVZgN8E9GtvqqJ33scR-9fA9UH4zAcJWAGG680jK-qhSjUh9Hs1Pz8EdPvRE8sYXC4I4TGA0ZhMZhY7a15spxDdoB-CX2AbenajAq0JlKOZ~bCYclO6gnuTt4chTWr8m9WfFFX7NQciNDUmd3VfVDw243NySRpIigeCYuW38tvtlQT6U-FULDFo7nuBDjJmXK1AyF5YBRPQ\_\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA).* Conviene destacar que con ocasión de la disolución de la República federativa Checa y Eslovaca en 1993, Eslovaquia mantuvo su reconocimiento pero la República Checa lo retiró.

<sup>6</sup> Por otra parte, habría mucho que decir sobre la firmeza del reconocimiento en su día efectuado. De hecho, con ocasión del reconocimiento de Palestina como Estado no miembro de la ONU por parte de la Asamblea General (AG) en 2012 Bulgaria, Eslovaquia, Hungría, Polonia y Rumanía se abstuvieron (STAVRIDIS, IANNOU, COFELICE, “EU national parliaments and the recognition of Palestine...”, *cit.*, p. 46) en un gesto absolutamente incoherente con su posición. En cambio, la República Checa votó en contra. Más recientemente, la incoherencia de estos Estados se ha puesto una vez más de manifiesto: así, en las votaciones de la AG el 27 de octubre de 2023 Hungría votaba en contra y Bulgaria, Eslovaquia, Polonia, y Rumanía se abstienen. Solo, una vez más, la República Checa votaba coherentemente en contra de la resolución que favorecía los intereses palestinos.

<sup>7</sup> En concreto, la práctica totalidad del continente africano, incluida la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) —con las excepciones de Camerún y Eritrea—, casi toda Asia —excepto Corea del Sur, Japón, Malasia y Taiwán— así como toda América del Sur, América central y el Caribe —salvo Panamá—. De hecho, las excepciones se sitúan en Europa, Oceanía y América del Norte donde se concentran el mayor número de Estados que no lo reconocen (Cfr. “Mapping which countries recognise Palestine in 2024”, *Aljazeera*, 22 de mayo de 2024; accesible en <https://www.aljazeera.com/news/2024/5/22/mapping-which-countries-recognise-palestine-in-2024>).

<sup>8</sup> El 22 de mayo el Ministro de AAEE de Israel, A. Galant llamaba a consultas a sus embajadores en Oslo y Dublín y advertía a España de una medida semejante, que adoptaría al día siguiente, al tiempo que convocaba a los embajadores de España, Irlanda y Noruega para trasladarles la protesta del gobierno israelí. Por otra parte, era ya la segunda vez que, en el curso de la crisis de Gaza, la embajadora israelí abandonaba nuestro país; ya lo había hecho en noviembre de 2023 a resultas de unas declaraciones del presidente del Gobierno español.

<sup>9</sup> Al respecto *vid.* MORATINOS, M. Ángel, “Paz por Estado”, *REEI*, núm. 47, 2024, pp. 15-17; texto accesible en <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2815/2593>.

En todo caso, la declaración es un acto esencialmente político, sin perjuicio de sus implicaciones jurídicas, toda vez que como se cuida de advertir en reiteradas ocasiones el acto de reconocimiento del Estado palestino se concibe como un instrumento para impulsar una futura negociación que conduzca a la creación del mismo Estado palestino! en el marco de la solución de los 2 Estados (“hacer realidad la solución de los dos Estados”). Es evidente que en esta cuestión las diferentes afirmaciones vertidas en la declaración no se atienen a la lógica al uso, sino acaso a la cuántica (léase, “el gato de Schrödinger”).

No obstante, si llama la atención el ingenuo arbitrio en el que incurre el texto de la declaración española cuando pretende establecer el “deseable” marco territorial del futuro Estado —algo supuestamente contradictorio, por otra parte, con el carácter declarativo que suele atribuírsele al acto de reconocimiento—. Las afirmaciones realizadas a este respecto son inusuales en la práctica y el voluntarismo que destilan cuestiona la propia firmeza de la decisión del gobierno español: primero por cuanto “impone” la existencia de un corredor entre Gaza y Cisjordania —se supone que por territorio israelí—<sup>10</sup>, segundo por cuanto afirma que ambos territorios —junto con la capital, Jerusalén este— estarán unificados “bajo el gobierno legítimo de la autoridad palestina”; afirmación esta última carente del más mínimo sustento en la realidad, toda vez que —como es bien conocido— esta última no tiene el más mínimo asiento en Gaza; feudo desde hace más de 17 años de la organización Hamás<sup>11</sup>.

Lo cierto es que, tras organizar política y territorialmente al Estado palestino, los redactores de la decisión española parecen reencontrarse con la realidad cuando, a renglón seguido, afirman que, aunque no le corresponde a España “definir las fronteras de otros países”, nuestras autoridades no reconocerán “cambios en las líneas fronterizas de 1967 que no sean los acordados por las partes”. Lástima que la lucidez de la decisión en este caso tampoco se corresponda con una redacción afortunada<sup>12</sup>, siquiera sea porque las líneas

<sup>10</sup> Ciertamente, como se ha recordado, en el curso de las fallidas negociaciones israelo-palestinas sobre la creación de un Estado palestino en Camp David, se habló del establecimiento de un corredor entre Gaza y Cisjordania pasando por Israel (cfr. BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “El conflicto de Gaza tras los ataques de Hamás del 7 de octubre”, *REDI*, vol. 76, núm. 1, 2024, p. 290); de hecho, como reconocía uno de los negociadores, la oferta presentada por Israel en julio de 2000 garantizaba un paso seguro entre Gaza y Cisjordania, bajo soberanía israelí, pero con un “uso inalterado e ilimitado” por parte palestina (cfr. BEN AMI, Shlomo, *Profetas sin honor. La lucha por la paz en Palestina y el fin de la solución de dos Estados*, RBA, Barcelona, 2023, p. 122). No obstante, tratándose de una cuestión pendiente de negociación no tiene sentido su mención en la declaración de reconocimiento.

<sup>11</sup> Cfr. BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “El conflicto de Gaza...”, *op. cit.*, p. 291, citando el informe *Goldstone*. Por otra parte, merced a la sutil fórmula empleada la declaración pasa de largo sobre la absoluta falta de legitimidad del Gobierno palestino, en el poder desde hace 18 años y sin referendo popular alguno.

<sup>12</sup> Resulta ciertamente patético que la mera consulta de la voz “Línea verde (Israel)” en la *Wikipedia*, desmonte la argumentación desarrollada en un texto presuntamente elaborado —así queremos pensar— por expertos en Derecho internacional. Dice el texto de la famosa —y muchas veces injusta-



de demarcación del armisticio —la célebre “línea verde”— no constituyen una frontera en sentido estricto sino una delimitación provisional establecida por los acuerdos de armisticio de Rodas de 1949 concluidos al término de la guerra árabe-israelí y concertados con los Estados árabes más directamente concernidos (Egipto, Líbano, Siria y, la entonces, Transjordania)<sup>13</sup>.

Por lo que hace a las referencias a Hamás las circunstancias en las que se produce la declaración hacen inevitable que sean todas ellas de reprobación y censura, incluso cuando se afirma que con ella se manifiesta el “rechazo frontal a Hamás, que está en contra de la solución de los dos Estados”; una afirmación aparentemente abandonada por esta organización en 2017<sup>14</sup> y, aun recientemente reiterada por sus líderes, supuestamente proclives a aceptar aquella<sup>15</sup>.

---

mente denostada— enciclopedia virtual: “La Línea Verde, erróneamente mencionada como fronteras de 1967, fronteras pre-1967 o fronteras anteriores a 1967, es la línea de demarcación que se estableció en el armisticio árabe-israelí de 1949, firmado entre Israel y varios de sus oponentes árabes (Egipto, Siria y Transjordania) al finalizar la guerra árabe-israelí de 1948. No es una frontera permanente o *de iure* ni prejuzga las reivindicaciones territoriales de ninguna de las partes, aunque sirve como frontera *de facto* que separa el territorio del Estado de Israel del territorio reivindicado por el Estado de Palestina” (texto accesible en [https://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%ADnea\\_Verde\\_\(Israel\)](https://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%ADnea_Verde_(Israel))). Cierto es que el error vertido en la declaración española está presente en los comunicados de reconocimiento realizados con anterioridad por otros Estados como Argentina, Brasil, Ecuador o Paraguay (Cfr. “Paraguay reconoce a Palestina como estado soberano con las fronteras de 1967”, diario *La Nación*, 28 de enero de 2011; texto accesible en <https://www.nacion.com/el-mundo/paraguay-reconoce-a-palestina-como-estado-soberano-con-las-fronteras-de-1967/EBZIE6G5BFBA7HVMMA2WEAUFPDM/story/>). De hecho, ni Israel ni los Estados árabes ven en la “línea verde” una frontera (para una aproximación jurídicamente precisa al tema *vid. inter alia* SABEL, Robbie, *International Law and the Arab-Israeli Conflict*, Cambridge UP, Cambridge, 2022, pp. 139-155). Por otra parte, la diferencia entre fronteras y líneas de demarcación suscitó un interesante debate jurídico en las Naciones Unidas tanto en el marco del Comité de los Principios de Derecho internacional como en el curso de los trabajos para la definición de la agresión, cuestionando en ambos casos los Estados árabes el valor de las segundas (al respecto *vid.* nuestro trabajo *Conflictos territoriales y uso de la fuerza*, Eurolex, Madrid, 1994, pp. 267-270).

<sup>13</sup> Como es sabido, esta última modificó entonces su nombre a Jordania para significar que en lo sucesivo este Estado comprendía el territorio situado en ambas riberas de río Jordán.

<sup>14</sup> En concreto, tras años de discusión en 2017 la organización adoptaba un documento en el que se afirma que: “*Hamas believes that no part of the land of Palestine shall be compromised or conceded, irrespective of the causes, the circumstances and the pressures and no matter how long the occupation lasts. Hamas rejects any alternative to the full and complete liberation of Palestine, from the river to the sea. However, without compromising its rejection of the Zionist entity and without relinquishing any Palestinian rights, Hamas considers the establishment of a fully sovereign and independent Palestinian state, with Jerusalem as its capital along the lines of the 4th of June 1967, with the return of the refugees and the displaced to their homes from which they were expelled, to be a formula of national consensus.*” (Hamas, *A Document of General Principles and Policies*, 1 de mayo de 2017, párr. 20. Cursivas añadidas. Texto accesible en <https://palestina-komitee.nl/wp-content/uploads/2017/11/HAMAS-A-Document-of-General-Principles-and-Policies-May-1-2017.pdf>). No obstante, se ha destacado que el documento y sus compromisos son expresión de la acomodación táctica de la organización al contexto político palestino e internacional, revelándose este compromiso en concreto “reversible” en función de las circunstancias (Cfr. LEGRAIN, Jean-François, “Hamas according to Hamas. A reading of its Document of General Principles”, en AKHARZADEH, Shahram (ed.), *Routledge Handbook of Political Islam*, 2ª ed., Routledge, Londres-Nueva York, 2021, p. 84).

<sup>15</sup> En tal sentido, Khalil al-Hayya, un miembro de alto nivel de esta formación, reiteraba esta idea en una entrevista concedida a Associated Press, en Estambul el pasado abril (Cfr. “Hamas again raises the possibility of a 2-state compromise. Israel and its allies aren’t convinced”, 25 de abril de 2024; accesible en <https://apnews.com/article/israel-hamas-gaza-war-f756cc054732eb3f7e0c49a9987560a0>).

En cuanto a la intención de presentar la declaración como ejemplo del compromiso de España con el “respeto al Derecho internacional y la defensa del orden internacional basado en reglas. Principios que nos guían siempre sea cual sea el contexto” (*sic*) parece sin duda una afirmación un tanto exagerada si tenemos presente que la declaración la realiza el mismo Presidente del Gobierno que envió al Rey de Marruecos el 14 de marzo de 2022 una carta en relación con el Sáhara occidental, cuyas afirmaciones no parecen responder a estos principios supuestamente inmutables de nuestra acción exterior<sup>16</sup>.

En otro orden de cosas, resulta curioso que el fundamento de la declaración se encuentre en el preámbulo de la Constitución, a cuyo mandato dice responder. Ciertamente es que dado el laconismo de nuestro texto constitucional en lo que respecta a la materia internacional<sup>17</sup>, la referencia es bienvenida.

Sin embargo, no han faltado críticas que ven en la declaración un acto de oportunismo por parte del actual Presidente del Gobierno, dado que la decisión se adoptaba el mismo día en que se iniciaba la campaña para las elecciones europeas, imprimiendo una “coloración partidista” a la decisión<sup>18</sup>, y, por otra parte, se presentaba como una decisión propia y exclusiva del actual ejecutivo, omitiendo sistemáticamente el significativo dato de que ya existía desde 2014 un compromiso del conjunto de las fuerzas parlamentarias de la época favorable al reconocimiento del Estado de Palestina.

### 3. EL RECONOCIMIENTO PARLAMENTARIO DE 2014 Y SU CONTEXTO

Es indiscutible que la competencia en materia de reconocimiento —inserta en el marco de la política exterior del Estado— es una de las prerrogativas del poder ejecutivo —*ergo* del Gobierno como institución colegiada por lo que hace a nuestro Estado— y su determinación sólo a él compete, sin que se vea compelido por ningún otro órgano, ni siquiera por norma alguna de Derecho internacional<sup>19</sup>. Ello explica por qué, pese a la existencia de una proposición

<sup>16</sup> Sobre el particular remitimos a las contribuciones recogidas en el foro sobre el tema en *REDI*, vol. 74, 2022, núm. 2, pp. 431 y ss., así como al homólogo publicado en el *SYBIL*, vol. 26, 2022, pp. 261 y ss.

<sup>17</sup> Como es sabido el imperativo a “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra” es la afirmación del preámbulo de nuestro texto constitucional de la que se nutre la declaración en examen.

<sup>18</sup> En realidad, pluripartidista, pues las fuerzas progresistas que apoyaban al Ejecutivo —obviamente no *Junts*— se alineaban con la decisión.

<sup>19</sup> Como ya señaláramos en otro lugar, así como pueden existir obligaciones de no reconocimiento —las asociadas con la vulneración de las normas imperativas de Derecho internacional— no existen en cambio en principio obligaciones de reconocer, salvo que los Estados las acuerden voluntariamente (Cfr. “El reconocimiento por EEUU de la anexión por Marruecos del Sáhara occidental en perspectiva: Aspectos jurídicos y políticos”, *REEL*, núm. 41, 2021). Respecto al carácter colegiado de la decisión en esta y otras materias de la política exterior, sin perjuicio de la función de liderazgo del presidente del Gobierno, *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli, “Política exterior y europea de España”, en *España. Democracia menguante*, Fundación Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2022, pp. 204-207. De hecho, la deriva “presidencialista” allí denunciada y de la que fue buena muestra el “giro” sobre el Sáhara

no de ley aprobada por el Congreso de los Diputados de España en octubre de 2014 favorable al reconocimiento del Estado palestino, ningún gobierno hasta la fecha hubiera abordado la implementación de la sugerencia allí contenida.

En concreto, el texto aprobado en 2014 había tenido su origen en una Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 16 de octubre de ese mismo año, sobre el reconocimiento del Estado de Palestina<sup>20</sup>,

---

occidental en 2022 se ha visto parcialmente refrenada en esta ocasión como muestra el hecho de que la decisión fuera anunciada por el presidente, aunque refrendada luego por el Consejo de Ministros. Para una detenida aproximación al enfoque “*cesarista*”/“presidencialista” en la política exterior española contemporánea *vid.* JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, “Caesarist practices in foreign policy: The Cases of Iraq and Western Sahara”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, pp. 399-418.

<sup>20</sup> *Cfr.* BOCG. *Congreso de los Diputados*, serie D, núm. 545, de 24 de octubre de 2014, pp. 15-16. En su exposición de motivos —que transcribimos— se detallan las razones que justifican la iniciativa: “El próximo 30 de octubre hará 23 años de la celebración de la Conferencia de Paz de Madrid de 1991. Esa cumbre, en la que estuvieron presentes todos los actores implicados en el proceso, fue una reunión histórica porque, por primera vez en el conflicto, israelíes y palestinos se sentaban en la misma mesa para dialogar. La cumbre también fue un hito para el proceso de la cuestión palestina al fijar los parámetros para todas las futuras negociaciones, que llegaron en 1993 con los Acuerdos de Oslo, que permitieron crear un autogobierno —aunque con limitaciones— para los palestinos. Así nació la Autoridad Nacional Palestina. Más de veinte años después, podemos extraer dos consideraciones importantes. La primera es que la comunidad internacional ha alcanzado un alto grado de consenso sobre cómo alcanzar una paz global, justa y duradera en Oriente Medio. Esta paz debe producirse a través del diálogo y la negociación entre las partes, con el objetivo de lograr la coexistencia de dos Estados, el Estado de Israel y el Estado de Palestina independiente, democrático, con continuidad territorial, soberano y viable, que convivan en paz y seguridad, con fronteras definidas de acuerdo con las vigentes en 1967, con los intercambios de territorios que se acuerden. La segunda consideración, que también es ampliamente compartida por la comunidad internacional, es que se ha extendido la sensación de que el proceso que se inició en Madrid en 1991 ha agotado sus posibilidades. En estas más de dos décadas se ha avanzado poco en el proceso de paz y en la construcción de una vecindad segura. La última ofensiva militar de Israel sobre Gaza del pasado verano, que ha dejado un balance de más de 2.100 personas muertas, en su inmensa mayoría civiles palestinos, incluyendo casi 500 niños y niñas, ha contribuido a generar este sentimiento de frustración, por un lado, ante la incapacidad de lograr una solución definitiva del conflicto y, por otro lado, un sentimiento de indignación ante el desastre humanitario de una magnitud sin precedentes. Existe, por tanto, un cierto consenso sobre la necesidad de ser más innovadores y superar la actual estrategia negociadora del Cuarteto. De hecho, con este ánimo en los últimos años se han dado pasos significativos en el reconocimiento del Estado de Palestina. A finales de 2011, Palestina fue admitida como Estado miembro en la UNESCO y, un año más tarde, en 2012, la Asamblea General de Naciones Unidas concedió a los Territorios Palestinos la condición de Estado «observador». Ambas decisiones, en las que el Gobierno de España ha jugado un papel promotor entre sus socios europeos, han dado a los palestinos renovada legitimidad en su lucha contra la ocupación a la vez que han supuesto una llamada de atención mundial sobre la urgente necesidad de poner fin a un problema que explica en gran medida el clima permanente de inestabilidad y violencia en Oriente Medio. Asimismo, el Congreso de los Diputados ha debatido la cuestión del reconocimiento del Estado de Palestina en distintas ocasiones, lográndose un consenso de todas las fuerzas políticas para, por un lado, instar al Gobierno a apoyar los esfuerzos diplomáticos de la comunidad internacional, y especialmente en el seno de la Unión Europea, con el objetivo de alcanzar, a través del diálogo y la negociación, una paz justa, global y duradera. Y, por otro lado, «apoyar de manera coordinada con la Unión Europea el reconocimiento del Estado palestino, como Estado soberano, contiguo, democrático e independiente que conviva en paz y seguridad con el Estado de Israel» (Resolución número 34 del Debate sobre el Estado de la Nación, aprobada el 30 de junio de 2011). En esta misma línea asistimos al reconocimiento del Estado palestino en países de nuestro entorno europeo. Con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea, reconocieron de hecho el Estado palestino países como Hungría, Polonia y Eslovaquia. En este mismo sentido se acaba de pronunciar el nuevo gobierno sueco, encabezado por el socialdemócrata Stefan

la cual, sustancialmente modificada, tras el oportuno trámite de enmiendas, por la presentada por el mayoritario Grupo parlamentario popular, fue aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados el 18 de noviembre de 2014. En ella se disponía:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Reconocer Palestina como Estado, sujeto de Derecho Internacional, reafirmando la convicción de que la única solución posible para el conflicto es la coexistencia de dos Estados, Israel y Palestina. Este reconocimiento debe ser consecuencia de un proceso de negociación entre las partes que garantice la paz y la seguridad para ambas, el respeto a los derechos de los ciudadanos y la estabilidad regional.

2. Promover de manera coordinada en el seno de la Unión Europea dicho reconocimiento del Estado palestino como Estado soberano, en el marco de una solución definitiva y global al proceso de paz en Oriente Próximo basada en la creación de dos Estados, el israelí y el palestino, coexistiendo en paz, seguridad y prosperidad.

3. Buscar en cualquier actuación en este sentido una acción coordinada en concierto con la Comunidad Internacional y en particular con la Unión Europea, teniendo plenamente en cuenta las legítimas preocupaciones, intereses y aspiraciones del Estado de Israel.

4. Hacer valer la pertenencia de España al Consejo de Seguridad para propiciar dicha solución justa y duradera.»<sup>21</sup>

En todo caso, la iniciativa del parlamento español —tal como se destacaba allí— no fue una maniobra aislada. Bien al contrario, se inscribió en una estrategia desarrollada por más de una decena de Estados de la UE —y del mismo Parlamento europeo— con miras a ejercer presión sobre el conflicto israelo-palestino y forzar fundamentalmente a Israel a reemprender las negociaciones con miras a la creación del Estado palestino<sup>22</sup>. En concreto, entre octubre de 2014 y diciembre de 2015 los parlamentos de Suecia, Reino Unido, Dinamarca, Eslovenia (Comité de Política exterior del Parlamento), Luxemburgo, Portugal, Francia (Asamblea Nacional y Senado), Irlanda (Asamblea y Senado), Bélgica, Italia y Grecia adoptaban resoluciones sobre

---

Lófven, asegurando que «el conflicto entre Israel y Palestina solo puede resolverse con una solución negociada por dos Estados, de acuerdo con las leyes internacionales» y, por ello, «la solución requiere el reconocimiento mutuo y una coexistencia pacífica». Igualmente, el Parlamento Británico, a raíz de una moción promovida por diputados laboristas, ha aprobado que el Gobierno debería proceder a reconocer el Estado de Palestina junto al Estado de Israel, como contribución para asegurar la solución negociada de dos Estados. España debe seguir este camino, manteniendo el liderazgo que ha tenido tradicionalmente en el impulso de una solución al conflicto Palestino-Israelí”.

<sup>21</sup> Cfr. *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie D, núm. 566, de 26 de noviembre de 2014, p. 48.

<sup>22</sup> Cfr. BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “¿Es Palestina un Estado? Reflexiones a la luz del derecho internacional y de la práctica europea sobre los acontecimientos recientes en torno al reconocimiento de un estado palestino”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 65, 2014, p. 10; HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis, LÓPEZ JACOÍSTE, Eugenia, “Las iniciativas europeas de reconocimiento de Palestina como Estado: ¿Estímulo para la paz entre judíos y palestinos?”, *REDI*, vol. 67, núm. 1, 2015, pp. 307-312..

el particular, aunque difiriera el carácter condicional o no de éstas<sup>23</sup>. Además, el Parlamento europeo también adoptaba en diciembre de 2014 una resolución sobre la cuestión<sup>24</sup>.

De hecho, el carácter limitado de esta estrategia quedó meridianamente claro cuando con el paso de los años estas resoluciones —con la única salvedad de Suecia que accedía a reconocer a Palestina el 30 de octubre de 2014<sup>25</sup>— se convertían en papel mojado. Es más, los cambios políticos en los gobiernos de alguno de estos Estados han deparado en momentos recientes posiciones antagónicas respecto de las sustentadas antaño<sup>26</sup>.

#### 4. ¿UN RECONOCIMIENTO PREMATURO?

Algunas de las críticas dirigidas al acto de reconocimiento por parte de España se han fundado en argumentos de orden estrictamente político, sugiriendo fundamentalmente la inoportunidad de realizar este acto en el curso de las hostilidades sobre Gaza desarrolladas en respuesta a los ataques terroristas de Hamás del 7 de octubre de 2023. Desde esta perspectiva se ha cuestionado fundamentalmente la pertinencia de un acto que podía verse como

<sup>23</sup> El carácter excepcional del reconocimiento por las cámaras del parlamento francés se reveló tanto excepcional y suscitó una fuerte controversia en su seno (al respecto *vid.* TRIGEAUD, Laurent, “Les reconnaissances d’Etat devant le parlement français”, en GARCIA, Thierry, (dir.), *La reconnaissance du statut d’Etat à des entités contestées: approches de droit international, regional et interne*, Pedone, París, 2018, pp. 253-267).

<sup>24</sup> *Cfr.* Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2014, sobre el reconocimiento del Estado de Palestina (2014/2964(RSP); texto accesible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2014-0103\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2014-0103_ES.pdf).

<sup>25</sup> Es interesante recordar que la decisión del gobierno sueco buscaba fundamentalmente movilizar en el mismo sentido a otros Estados de la UE (“efecto bola de nieve”) y acentuar el protagonismo de este Estado en un hipotético proceso de paz —tal como pretende ahora la iniciativa española en examen— deparando entonces unos resultados muy limitados y suscitando controversia en el escenario político sueco —de hecho hubo posteriores intentos de revocar el reconocimiento prestado— lo que explica la actual tibieza del país escandinavo en relación con la cuestión (Al respecto *vid.* PERSSON, Anders, “Sweden’s Recognition of Palestine: A Possible Snowball Effect?”, *Palestine-Israel Journal of Politics, Economics & Culture*, vol. 20, 2015, núm. 2/3, pp. 35 y ss.; BADARIN, Emile, “States Recognition in Foreign Policy: The Case of Sweden’s Recognition of Palestine”, *Foreign Policy Analysis*, 2018, pp. 1-20; accesible en [https://www.researchgate.net/profile/Emile-Badarin/publication/330271202\\_States\\_Recognition\\_in\\_Foreign\\_Policy\\_The\\_Case\\_of\\_Sweden’s\\_Recognition\\_of\\_Palestine/links/5da86100299bf1c1e4c98e50/States-Recognition-in-Foreign-Policy-The-Case-of-Sweden-Recognition-of-Palestine.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Emile-Badarin/publication/330271202_States_Recognition_in_Foreign_Policy_The_Case_of_Sweden’s_Recognition_of_Palestine/links/5da86100299bf1c1e4c98e50/States-Recognition-in-Foreign-Policy-The-Case-of-Sweden-Recognition-of-Palestine.pdf); ERIKSSON, Jacob, “Swedish recognition of Palestine: Politics, Law, and Prospects for Peace”, en BICCHI, Federica (ed.), *Europe and the Occupation of Palestinian Territories Since 1967*, Routledge, Londres, 2020; accesible en <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781003088271-7/swedish-recognition-palestine-politics-law-prospects-peace-jacob-eriksson>).

<sup>26</sup> Sin duda, Italia es buen ejemplo de ello. Habiendo votado a favor en la AG en 2012 y habiendo impulsado parlamentariamente el reconocimiento palestino en diciembre de 2015 a partir de 2023 se manifiesta abiertamente en contra del reconocimiento de Palestina y se abstiene en las resoluciones sobre la cuestión. Muestras de estos vaivenes políticos también se advierten en las posiciones de la Hungría de Víctor Orban —que, como es conocido, impulsa medidas contra Palestina tanto internamente como a través de la UE- Estonia o Suecia; de hecho, esta última —pese a haber reconocido a Palestina— se abstuvo en la votación de la reciente resolución ES 10/23 de la AG, de 10 de mayo de 2024, sobre la admisión de Palestina como miembro de las Naciones Unidas.

una retribución a aquéllos<sup>27</sup>. No obstante, otros reproches se han basado en el carácter prematuro que poseería el acto de reconocimiento toda vez que el Estado reconocido carecería de límites internacionalmente reconocidos, el estatus de su capital es también objeto de disputa, la condición de su gobierno es dudosa e incluso su misma población es imprecisa<sup>28</sup>.

Vaya por delante que la noción del “reconocimiento prematuro” fue una figura relevante del Derecho internacional con arreglo a la cual —en consonancia con el principio de no intervención— se establecía la ilicitud de la conducta de un Estado que realizaba un acto de reconocimiento respecto de un supuesto Estado en el en que no concurrían los elementos constitutivos establecidos por nuestro ordenamiento. Ha de advertirse, sin embargo, que la práctica internacional ha tendido paulatinamente a desconocer esta figura en razón de la creciente politización que tiende a rodear a la noción, así como en base a la progresiva relativización de los elementos de la estatalidad en función de las nuevas normas asociadas con el principio de libre determinación. Baste recordar que el propio reconocimiento del Estado de Israel por parte de EEUU se produjo el 14 de mayo de 1948 apenas 11 minutos después de leída su proclamación de independencia y en un momento en que era objeto de un ataque militar en todos los frentes por parte de los Estados árabes<sup>29</sup>; sin embargo, nadie cuestionó en su momento el valor de tal reconocimiento que se vio respaldado posteriormente con la rotunda victoria militar, sancionada con los mencionados armisticios de Rodas de 1949, que —como es sabido— a través de las líneas de demarcación establecidas ampliaron considerablemente la extensión del Estado judío respecto al proyectado en la Resolución 181 (II) AG de noviembre de 1947. Aún más recientemente el “reconocimiento prematuro” fue también perceptible en el curso del conflicto de la antigua Yugoslavia, cuando el 19 de diciembre de 1991 la República Federal de Alemania acordó el reconocimiento a Croacia en un momento en que ésta también se encontraba incurso en el conflicto militar con la aún RFS de Yugoslavia, ocupando el ejército de esta última significativas áreas del territorio del incipiente Estado<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Algo que se ha tratado expresamente de conjurar y de ahí la antevista belicosidad de la declaración española para con esta organización.

<sup>28</sup> En cuanto a las fronteras, al margen de lo ya advertido, ha de señalarse que el Derecho internacional no subordina la existencia de un Estado a disponer de fronteras precisas, ni requiere la ausencia de controversia sobre la capitalidad. La incertidumbre en torno a la población —¿comprende o no a los refugiados de 1948?— es un problema más complejo. En cambio, el carácter soberano, la consiguiente autonomía del Gobierno y su plenitud competencial sí resultarían exigibles. Cierto es que siendo en principio el reconocimiento un acto individual, la apreciación de los requisitos queda al albur de lo que disponga cada concreto Estado (cfr. MAIA, Catherina, “Les positions politiques et les justifications juridiques des Etats au regard de la reconnaissance (ou non reconnaissance de la qualité d’Etat de la Palestine”, en GARCIA, Thierry (dir.), *La Palestine: d’un Etat non membre de l’Organisation des Nations Unies à un Etat souverain?*, Pedone, París, 2016, pp. 127-154).

<sup>29</sup> Cfr. REINSTEIN, Robert J., “Recognition: A Case Study on the Original Understanding of Executive Power”, *University of Richmond Law Review*, vol. 45, 2011, p. 804; accesible en <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol45/iss3/3>.

<sup>30</sup> Los términos “reconocimiento prematuro” fueron empleados expresamente por el Ministro de AAEE francés de la época, R. Dumas, recientemente desaparecido, para reprochar la conducta alemana,



Por otra parte, bajo el influjo del principio de libre determinación, la práctica internacional se ha servido de la institución del reconocimiento de Estados —particularmente a través del denominado “reconocimiento colectivo”—<sup>31</sup> como un arma más en el contexto del proceso descolonizador, desconociendo manifiestamente —o relativizando— las exigencias tradicionalmente asociadas a aquel: el caso de Guinea Bissau en los años 70, Palestina y, en menor medida, el caso saharauí son exponentes de ello. Lo cierto es que desde entonces puede sostenerse que —en el contexto y bajo el impulso del reconocimiento colectivo— la noción del reconocimiento prematuro no juega hoy un papel relevante en el Derecho internacional<sup>32</sup>.

Finalmente, conviene destacar que la asociación tradicional del reconocimiento con la identificación de los elementos constitutivos del Estado se habría visto superada por una nueva caracterización —“sistémica”— de la institución en la que prima la consideración de la capacidad relacional —siquiera potencial— del Estado reconocido sobre aquellos<sup>33</sup>. Desde esta perspectiva, es indudable que el “Estado de Palestina” dispone de un haz de relaciones

---

la cual se había caracterizado por favorecer desde sus inicios las tentativas secesionistas, forzando a sus homólogos europeos (cfr. CRAWFORD, Beverly, “Explaining Defection from International Cooperation: Germany’s Unilateral Recognition of Croatia”, *World Politics*, vol. 4, 1996, pp. 482-521; GRANT, Thomas D., *The Recognition of States. Law and Practice in Debate and Evolution*, Praeger, Westport, 1999, p. 153). De hecho, de la precariedad del Estado croata daba cuenta el hecho de que los territorios de Baranja, Sirmium occidental y Eslavonia oriental solo se integrarían a partir de mediados de enero de 1992 y aún en el caso eslavón la integración plena y definitiva sólo llegaría en 1998. Al respecto *vid.* Croatian Parliament, 15 January — Day of the International Recognition of the Republic of Croatia and the Day of Peaceful Reintegration of the Croatian Danube Region; texto accesible en <https://www.sabor.hr/en/about-parliament/history/important-dates/15-january-day-international-recognition-republic-croatia>.

<sup>31</sup> Aunque el fenómeno de la “colectivización” (*sic*) del reconocimiento arranca de principios del siglo XX —tal como advertiera Sir Hersch LAUTERPACHT en su clásica obra sobre el tema (Cfr. *Recognition in International Law*, Cambridge UP, Cambridge, 1947, pp. 44 y ss.)— en la actualidad el reconocimiento colectivo se circunscribe al ámbito de una organización internacional, se refiere en exclusiva a ella y no sustituye al reconocimiento individual de los Estados —jurídicamente el más relevante— que ni limita ni cercena. De hecho, la Unión Africana ofrece un buen ejemplo de ello al haber reconocido colectiva e implícitamente a la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) al admitirla en el seno de la, entonces, Organización de la Unidad Africana (OUA) en 1981, sin prejuzgar la posición individual de sus miembros. Por ello, no hubo dificultad alguna al facilitar la reincorporación de Marruecos en 2018, manteniendo al mismo tiempo la membresía de la RASD. Por otra parte, el reconocimiento colectivo funge en la práctica como una herramienta eminentemente política que prelude el presumible reconocimiento estatal individual (al respecto *vid.* KYRIS, George, “The Recognition of a Right to Statehood and Palestine”, *Ethnopolitics*, 2024, pp. 1-11; accesible en <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17449057.2024.2362510>).

<sup>32</sup> No ocurriría lo mismo en otras situaciones y pensamos en el caso de Cataluña en octubre de 2017. Allí si hubiera sido posible cuestionar jurídicamente hipotéticos reconocimientos como prematuros (al respecto *vid.* nuestra contribución “*Escolta Món: La dimensió exterior del procés* desde la perspectiva del Derecho internacional y europeo”, *Diálogos jurídicos 2019: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, vol. 4, pp. 121-148). Por cierto, la “cuestión catalana” ha planeado en el episodio que comentamos toda vez que el pasado mayo una diputada israelí sugería que Israel reaccionara contra España reconociendo, entre otras, una Cataluña independiente (Cfr. “Israeli lawmaker proposes recognizing Spanish breakaway regions”, *i24news*, 23 de mayo de 2024; texto accesible en <https://www.i24news.tv/en/news/israel/diplomacy/artc-lawmaker-proposes-recognizing-spanish-breakaway-regions-amid-madrid-s-recognition-of-palestine>).

<sup>33</sup> Cfr. WYLER, Eric, *Théorie et pratique de la reconnaissance d’Etat. Une approche épistémologique du Droit international*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 256-259.



internacionales que superan con creces a las de bastantes Estados miembros de la actual comunidad internacional<sup>34</sup>.

## 5. UN RECONOCIMIENTO EMINENTEMENTE POLÍTICO

Es indudable que el reconocimiento prestado por nuestro Estado tiene unas implicaciones jurídicas muy limitadas. De hecho, la supuesta plenitud de efectos derivados del cambio de estatuto de Palestina en su relación con nuestro Estado respecto de la situación anterior se antoja muy modesto: de hecho, dado que las estrechas e intensas relaciones existentes hasta ahora eran equiparables a las desarrolladas con un Estado, las modificaciones derivadas de la nueva situación se limitarán prácticamente a un simple cambio en las referencias dedicadas al “nuevo Estado” en la lista diplomática<sup>35</sup>. De hecho, ya con anterioridad “Palestina” (*sic*) disfrutaba de una serie de prerrogativas, privilegios e inmunidades diplomáticas derivadas de su condición de ente no estatal reconocido por España y derivadas a su vez de los atribuidos con anterioridad a la oficina de la OLP en Madrid<sup>36</sup>.

Las implicaciones jurídicas limitadas del acto de reconocimiento en todo caso supondrán la necesidad de habilitar formalmente la representación española ante el Estado palestino. En atención a ello, el gobierno español habrá de acordar la designación de un embajador ante Palestina y organizar los servicios correspondientes a la nueva misión diplomática ante ella. Sin embargo, aunque nuestro Estado ha reconocido a Jerusalén oriental como la capital del “nuevo Estado” ¿Significa ello que en el futuro el actual Consulado general de España en Jerusalén devendrá la futura Embajada de España ante Palestina? A tenor de la actitud manifestada por Israel<sup>37</sup>, así como a la luz de la práctica observada por otros Estados con anterioridad no parece que vaya a ser así, sino que es presumible que se adopten medidas de otra naturaleza. En tal sentido, a título de ejemplo Chile ha establecido los servicios de su legación en Ramala —sede de la Autoridad palestina— y ha acordado que Jerusalén oriental sea la “residencia oficial” del embajador<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Relaciones que, además, Palestina ha ahondado en el plano institucional y convencional merced a una bien estudiada ingeniería jurídica sobre la que discurre SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Los enigmas del reconocimiento en la práctica contemporánea”, *REEI*, núm. 43, 2022, pp. 16-17.

<sup>35</sup> La Lista Diplomática del Ministerio de AAEE y Cooperación —actualizada el pasado 17 de mayo de 2024— viene incluyendo desde hace bastantes años a la «misión diplomática de Palestina» (*sic*) —que no Embajada (cfr. <https://www.exteriores.gob.es/es/Ministerio/Protocolo/Documents/2ALISTA.pdf>).

<sup>36</sup> Sobre las relaciones entre España y Palestina en perspectiva histórica *vid.* ÁLVAREZ-OSSORIO, Ignacio, BARRAÑEDA, Isaías, *España y la cuestión palestina*, Catarata, Madrid, 2003.

<sup>37</sup> Recuérdese que, en junio pasado, dentro del elenco de medidas adoptadas por Israel en reacción al reconocimiento español, se incluyó la prohibición de que el Consulado general español en Jerusalén atendiera a la población palestina, lo que motivó una nota verbal de protesta por parte del Ministerio de AAEE español (al respecto *vid.* <https://www.newarab.com/news/spain-says-its-jerusalem-consulate-existed-long-israel>).

<sup>38</sup> Información accesible en <https://www.chile.gob.cl/palestina/sobre-la-embajada/donde-estamos/donde-estamos>. En el caso argentino, la oficina de representación (*sic*) también está en Rama-

## 6. ¿UN RECONOCIMIENTO EFICAZ?

Como ya hemos puesto de manifiesto, el acto de reconocimiento realizado por España se ha inscrito en una maniobra concertada con otros Estados; concretamente, Irlanda y Noruega, con miras a relanzar las negociaciones de cara a la creación del Estado palestino. Sin embargo, como ya destacáramos la estrategia inicial era la de que otros Estados también se implicarían en esta maniobra con miras, indiscutiblemente, a ejercer presión sobre los Estados miembros de la Unión europea que se abstienen o se oponen frontalmente a adoptar tal medida. Incluso no ha de descartarse que la estrategia creyera verse confortada por la comprometida posición sobre la cuestión de los dos Estados mantenida por el Alto representante para la política exterior de la UE, J. Borrell. En paralelo, como es sabido España mantenía un intenso contacto con los Estados árabes, participaba y organizaba foros internacionales sobre el tema, e incluso se postulaba como anfitriona de una futura conferencia de paz —eso sí, en Barcelona— que emulara la celebrada en Madrid en 1991. En suma, en atención a este cúmulo de circunstancias no parece descabellado sugerir que la operación intentaba nuevamente —recuérdese la experiencia sueca en 2014— propiciar un “efecto *bola de nieve*” sobre un conjunto de actores europeos, aprovechando el clima creciente de indignación derivado de las acciones militares israelíes sobre Gaza. De hecho, no por casualidad, en paralelo los Estados árabes arreciaban en la estrategia de acoso a Israel sometiendo de nuevo la cuestión “imposible” de la admisión de Palestina como miembro de las Naciones Unidas.

Sin embargo, por diferentes circunstancias la operación proyectada por el gobierno español ha resultado mucho más limitada de lo previsto. Así, si ha podido contarse con Eslovenia, el cambio de gobierno en Lisboa ha impedido hacerlo con un siempre vacilante Portugal<sup>39</sup>, Malta a su vez se desmarcaba del consenso inicial fraguado en el mes de marzo<sup>40</sup>, en tanto que Bélgica también decidía “enfriar” su participación en la estrategia, de la que se retractaría con posterioridad en términos bastante duros al advertir su Gobierno que esperaba al reconocimiento en un momento en que lo hicieran “las grandes

---

la y no ofrecen datos sobre el domicilio del jefe de misión (<https://repal.cancilleria.gob.ar/es/content/ubicaci%C3%B3n-ya-acceso-0>). Por su parte, la de México tiene su sede en Al-Bireh (Cisjordania) y tampoco ofrece datos sobre el domicilio del embajador (<https://portales.sre.gob.mx/directorio/index.php/oficinas-de-enlace-de-mexico/oficina-de-representacion-de-mexico-en-palestina>). Fuera del círculo iberoamericano, la solución es la misma; así Sudáfrica tiene su representación en Ramala, manteniendo consulados en ella y en la ciudad de Gaza (Cfr. <https://www.123embassy.com/Embassy/26421/South-Africa-in-Ramallah#:~:text=The%20South%20African%20Embassy%20in,Ramallah%20is%20headed%20by%20N.%20W>), la India también mantiene su legación en Ramala (Cfr. <https://roiramallah.gov.in/pages.php?id=14>).

<sup>39</sup> Al respecto *vid.* CUNHA, Patricia, “Portugal wants maximum EU support possible for recognition of Palestine”, *Euractiv*, 23 de mayo de 2024; texto accesible en <https://www.euractiv.com/section/politics/news/portugal-wants-maximum-eu-support-possible-for-recognition-of-palestine>.

<sup>40</sup> “Malta asegura que reconocerá al Estado palestino “cuando llegue el momento adecuado””, 22 de mayo de 2024; accesible en <https://www.swissinfo.ch/spa/malta-asegura-que-reconocer%3%a1-al-estado-palestino-%22cuando-llegue-el-momento-adecuado%22/78292244>.

naciones europeas”, pues “el simbolismo no arregla nada”<sup>41</sup>. Por otra parte, aunque algún otro Estado, en un mero ejercicio retórico, pareciera “flirtear” con la idea —así, el presidente E. Macron en nombre de la R. francesa— lo cierto es que no solo no adoptaba medida alguna al respecto, sino que —bien al contrario— marcaba claramente las distancias respecto a la posición española<sup>42</sup>; cosa que no ha de extrañar dado que formalmente la postura francesa respecto a la cuestión palestina ha quedado ya definida hace muchos años; de hecho, fue el Presidente F. Mitterrand quien en 1988 afirmara que:

“[n]otre pays s’est toujours fondé, dans ses décisions de reconnaissance d’un État, sur le principe de l’effectivité, qui implique l’existence d’un pouvoir responsable et indépendant s’exerçant sur un territoire et une population”<sup>43</sup>.

Lamentablemente y pese al tiempo transcurrido la cuestión del reconocimiento del Estado de Palestina sigue viéndose afectada por 2 problemas que ya destacara hace 34 años un autor con indiscutible autoridad en la materia, J. CRAWFORD: el primero, el sectarismo presente en la inmensa mayoría de las contribuciones realizadas en relación con el tema lo que dificulta un análisis jurídico sosegado de la cuestión; el segundo, es que a falta de liderazgo y habilidad política por parte de los actores más relevantes y ausente el respeto por los derechos de todas las partes en el conflicto, de nada vale la manipu-

<sup>41</sup> Declaraciones del primer ministro A. De Croo recogidas en LANDALE, “Spain, Norway and Ireland...”, *cit.*

<sup>42</sup> El mismo 28 de mayo E. Macron afirmaba “Il n’y a pas de tabou pour la France et je suis totalement prêt à reconnaître un Etat palestinien mais (...) je considère que cette reconnaissance doit arriver à un moment utile, à un moment où elle s’inscrit dans un processus dans lequel les États de la région et Israël se sont engagés et qui permet sur la base d’une réforme de l’Autorité palestinienne de produire un résultat utile. Je ne ferai pas une reconnaissance d’émotion.” (Cfr. declaraciones en el curso de la conferencia de prensa común con el canciller alemán Olaf Scholz en Meseberg, 28 de mayo de 2024; texto accesible en [https://rnc.bfmtv.com/actualites/international/etat-palestinien-macron-favorable-a-une-reconnaissance-a-un-moment-utile-pas-sous-le-coup-de-l-emotion\\_AN-202405280836.html](https://rnc.bfmtv.com/actualites/international/etat-palestinien-macron-favorable-a-une-reconnaissance-a-un-moment-utile-pas-sous-le-coup-de-l-emotion_AN-202405280836.html) y [https://www.bfmtv.com/politique/elysee/macron-favorable-a-la-reconnaissance-d-un-etat-palestinien-mais-pas-sous-le-coup-de-l-emotion\\_AD-202405280816.html](https://www.bfmtv.com/politique/elysee/macron-favorable-a-la-reconnaissance-d-un-etat-palestinien-mais-pas-sous-le-coup-de-l-emotion_AD-202405280816.html)). Días más tarde, en el curso de una entrevista televisada, descartaba que fuera a reconocer de forma inmediata a Palestina pues ese eventual reconocimiento no se puede hacer “basándose en la indignación”. “No tenemos tabús sobre el tema, pero hace falta un proceso. El momento llegará, pero hace falta ese proceso”. Por otra parte, cuestionando el proceder español se preguntaba “¿Creéis que reconocer a Palestina es una manera de presionar al primer ministro Netanyahu? Yo digo que no”, reiterando que París hará ese reconocimiento cuando “sea un elemento que permita la paz y la seguridad en toda la región”. Finalmente advertía que Netanyahu sigue siendo “un interlocutor totalmente legítimo”, a pesar de la solicitud de investigación de crímenes de guerra en Gaza que ha presentado el fiscal de la Corte Penal Internacional. “No hay mandatos de arresto enviados hasta ahora”, precisó (Cfr. “Macron, sobre Palestina: No se reconoce a un Estado basándose en la indignación”, 6 de junio de 2024; texto accesible en <https://www.swissinfo.ch/spa/macron%2c-sobre-palestina%3a-%22no-se-reconoce-a-un-estado-bas%2c%20en-la-indignaci%2c%20b3n%22/79885743>).

<sup>43</sup> Cit. en CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford UP, Oxford, 2007, p. 3. En la misma época, abundando en el criterio de la efectividad, el ministro de AAEE francés justificaba el no reconocimiento del recién proclamado Estado palestino en el hecho de carecer de “un territorio definido” (cfr. MAIA, Catherine, “Les critères de l’obligation de non-reconnaissance du statut d’Etat à des entités contestées”, en GARCIA, Thierry (dir.), *La reconnaissance du statut d’Etat à des entités contestées...*, *cit.*, p. 48).

lación de las categorías jurídicas con uno u otro propósito<sup>44</sup>. Desafortunadamente, en esas seguimos y la declaración española, pese a las desmesuradas expectativas insufladas por sus autores, nada aporta —creemos— para resolver el problema.

Y es que, el tiempo lo ha demostrado, jugar con bolas de nieve en Oriente medio no parece la mejor opción...

---

<sup>44</sup> CRAWFORD, James, "The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?", *EJIL*, vol. 1, 1990, pp. 307 y 313. Años más tarde —con ocasión del reconocimiento de Palestina como Estado no miembro de la ONU— a idéntico diagnóstico llegaba RONEN, Yaël, "Recognition of the State of Palestine: Still Too Much Too Soon?", en CHINKIN, Christine., BAETENS, Freya (eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility — Essays in Honour of James Crawford* Cambridge UP, Cambridge, 2015, pp. 229-246.

**“DESDE EL RÍO HASTA EL MAR”  
(O POR QUÉ EL CONFLICTO DE GAZA PERDURARÁ  
EN EL TIEMPO)**

**“FROM THE RIVER TO THE SEA”  
(OR WHY WILL THE CONFLICT OF GAZA  
LAST OVER TIME)**

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA\*

**Palabras clave:** Acuerdos de Oslo, Carta Fundacional (Hamás), Documento sobre Principios y Objetivos (Hamás, 2017), el concepto de “los dos Estados”, condiciones para un acuerdo de paz.

**Keywords:** Oslo Accords, Founding Charte (Hamás), Document on Principles and Objectives (Hamás, 2017), the concept of the “two States”, conditions for a peace agreement.

**SUMARIO:** 1. HAN PASADO TREINTA AÑOS Y DONDE ESTÁBAMOS ESTAMOS: 1.1. Los Acuerdos de Oslo (1992) abrieron grandes esperanzas. 1.2. Que fueron desgastándose hasta fracasar. 1.3. Barak y Arafat estuvieron muy cerca... 1.4. Pero la llegada al poder de Ariel Sharon, en Israel, y la de Hamás, en Gaza, lo cerró todo, y no permitió que Acuerdo (de Ginebra) alguno acabara con el conflicto. 1.5. Como estábamos, estamos (o peor aún). 2. DE LA “CARTA FUNDACIONAL” DE HAMÁS (1998) AL DOCUMENTO SOBRE SUS PRINCIPIOS GENERALES Y OBJETIVOS (2017). 3. EL CONCEPTO “DE LOS DOS ESTADOS”: SÍ PERO NO... 4. O EL DE LA IMPOSICIÓN DE UN ACUERDO DE PAZ INCLUSO *MANU MILITARI*. 5. CONCLUSIÓN: EL CONFLICTO DE GAZA PERDURARÁ EN EL TIEMPO.

## **1. HAN PASADO TREINTA AÑOS Y DONDE ESTÁBAMOS ESTAMOS**

### **1.1. Los Acuerdos de Oslo (1993) abrieron grandes esperanzas**

Los Acuerdos de Oslo entre Israel y Palestina, que tuvieron su origen en la Conferencia de Paz de Madrid (1991), intentaron poner fin al conflicto entre ambas partes a partir de 1993. La *Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Provisional*, en ellos adoptada, establecía cinco años para negociar un acuerdo de paz permanente y la creación de la Autoridad Nacional Palestina (ANP) como gobierno autónomo provisional<sup>1</sup>.

La firma de los acuerdos alcanzados tuvo lugar en Washington, en presencia del primer ministro israelí, Isaac Rabin, del presidente de la Organización

---

\* Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia (cgutesp@um.es).

Sobre los acuerdos de Oslo y sus trabajos preparatorios *vid.* BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Tercera Parte: la Unión Europea y el conflicto israelo-palestino desde la Conferencia de Madrid hasta la actualidad”, en DE CASTRO RUANO, José Luis (Dir.), *La contribución de la Unión Europea a un Acuerdo definitivo de Paz Israelo-Palestino: Luces y Sombras*, Eurobask (Consejo Vasco del Movimiento Europeo), Bilbao, 2007, pp. 141-264, pp. 142 ss.

de Liberación de Palestina (OLP), Yasir Arafat, y del presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton.

Con los Acuerdos de Oslo, Israel reconoció a la Autoridad Nacional Palestina y la Organización de Liberación de Palestina hizo lo propio con Israel.

Se firmaron también el tratado de paz entre Israel y Jordania (1994), los acuerdos Gaza-Jericó (1994) y los acuerdos Oslo-II (1995), que precisaron la autonomía palestina, y las cumbres sucesivas de Camp David (2000) y Taba (2001).

## 1.2. Que fueron desgastándose hasta fracasar

Pese a los avances, Israel y Palestina nunca llegaron a firmar un tratado de paz permanente. Los Acuerdos de Oslo fueron ferozmente combatidos por extremistas de ambas partes.

Issac Rabin fue asesinado en 1995 por un ultranacionalista israelí. En las elecciones del año siguiente, se impuso Benjamín Netanyahu (actual primer ministro de Israel), que se oponía a los acuerdos de paz y propició su suspensión<sup>1</sup>.

Entretanto, la organización islamista Hamás llevó a cabo diversos actos terroristas en Israel durante esos años.

Pero el principio del fin, probablemente, del proceso de paz fue la visita del líder opositor israelí, Ariel Sharón, al Monte del Templo o Explanada de las Mezquitas en Jerusalén, en el año 2000. Lo que el mundo palestino consideró una provocación, desencadenó la segunda intifada palestina<sup>2</sup>.

A esto se sumó el incumplimiento, por ambas partes, de sus respectivas obligaciones.

Israel se negó a retirar sus fuerzas armadas de los territorios palestinos, acusando, por lo demás, a la Organización de Liberación de Palestina de no emplear todos los medios a su alcance en la lucha contra el terrorismo.

Por su parte, la Autoridad Nacional Palestina empezó a ser considerada por la propia población palestina como una entidad corrupta. Y a esta pérdida de credibilidad contribuyeron su falta de iniciativas para frenar la política israelí sobre los asentamientos<sup>3</sup> y, por si no bastara, su tendencia a la auto-

<sup>1</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 152-156.

<sup>2</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 159-161.

<sup>3</sup> El 19 de julio de 2024, precisamente, la Corte Internacional de Justicia ha declarado, en una opinión consultiva, la ilegalidad que comete Israel por continuar en los territorios ocupados, su deber de abandonarlos y, en concreto, que “the State of Israel is under the obligation to cease immediately all new settlement activities and to evacuate all settlers from the Occupied Palestinian Territory”. *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 2024, ICJ, párrafo 285, punto 5, <https://www.icj-cij.org/sites/de->

cracia. Perdió el control de la Franja de Gaza, que pasó a Hamás. Y, en fin, fueron los sectores más radicales del pueblo palestino los que vieron crecer el número de sus militantes.

Como la Declaración sobre Gaza de los profesores españoles de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales determina:

“Constituye un profundo motivo de preocupación que los Acuerdos de Oslo de 1993 no hayan posibilitado la consecución de una paz imprescindible que garantice tanto la seguridad de Israel como la de Palestina”<sup>4</sup>.

### 1.3. Barak y Arafat estuvieron muy cerca...

La llegada al poder en Israel del laborista Ehud Barak, en las elecciones del 17 de mayo de 1999, permitió que la esperanza en el proceso de paz renaciera.

Semanas antes, el 25 de marzo de 1999, se adoptó la Declaración de Berlín, en la que la Unión Europea apoyaba sin restricciones el derecho del pueblo palestino a su libre determinación así como a “convertirse” en Estado. Por eso, Barak, aprovechando el contexto, puso en marcha sus planes sobre la base de tres pilares:

- Flexibilidad, para poder llegar a acuerdos, con el único límite de que no afectasen a la seguridad de Israel.
- El apoyo y garantía de los Estados Unidos para que las partes pudiesen cerrar acuerdos.
- Y, en fin, la fijación de plazos, de un período de tiempo, que permitiera culminar el proceso con éxito.

Siguiendo estos pasos, el gobierno de Barak fue abordando, por etapas, los complejos aspectos de la negociación y haciendo algunas concesiones (como la retirada de El Líbano). Seguidamente, y de acuerdo con el presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, se convocó la cumbre tripartita de Camp David (11-24 de julio de 2000).

En las negociaciones allí habidas, nunca Israel había hecho tantas y tan importantes concesiones, pero el líder de la Organización de Liberación de Palestina las rechazó<sup>5</sup>.

---

*fault/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf*. También lo hizo, ¿recuerdas lector amigo?, sobre el Muro (o Valla de Seguridad en la terminología del Tribunal Supremo de Israel).

<sup>4</sup> *Declaración de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales sobre la situación en Gaza*, AEPDIRI, 2 de noviembre de 2003, párrafo 5, <https://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/declaracion-gaza>

<sup>5</sup> Vid. BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *op. cit.*, pp. 155 ss., 161 ss.



#### 1.4. Pero la llegada al poder de Ariel Sharon, en Israel, y la de Hamás, en Gaza, lo cerró todo, y no permitió que Acuerdo (de Ginebra) alguno acabara con el conflicto

El fracaso de las negociaciones entre el laborista Barak y Arafat provocó que el conservador Ariel Sharon ganara las elecciones en Israel en 2001. Y la situación se deterioró de manera importante<sup>6</sup>.

Posiblemente por todo ello, la organización extremista Hamás ganó las elecciones legislativas en 2006 y, en 2007, se hizo con el poder (no encuentro otra forma de decirlo) en Gaza. Desde entonces, todo se torció<sup>7</sup>.

Un último (y a mi parecer encomiable) intento no oficial (por decirlo así) promovió el acuerdo de paz de Ginebra (2003)<sup>8</sup>, que no prosperó.

#### 1.5. Como estábamos, estamos (o peor aún)

La lucha entre Israel y Palestina, muy en especial con el gobierno de Hamás en Gaza, no ha cesado.

Me limitaré, únicamente, a recordar tres supuestos de gravedad: en 2008, Israel llevó a cabo, en la Franja de Gaza, la operación “Plomo fundido”, que causó daños y víctimas considerables<sup>9</sup>; en 2014, una nueva invasión israelí de Gaza aportó un conflicto armado de relevancia<sup>10</sup>: finalmente, el 7 de octubre de 2023, Hamás, con un ataque sin precedentes, penetró en Israel, provocando una respuesta militar (seguramente tan esperada como buscada) también sin precedentes (*vid. infra apartado 5*).

El pueblo palestino, pasados ya más de treinta años desde los Acuerdos de Oslo, no parece creer seriamente hoy en la realidad de un Estado propio para un futuro previsible.

<sup>6</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 173 ss., 178 ss.

<sup>7</sup> *Vid. FERRÉ, José María, “Consecuencias de la victoria de Hamás en las elecciones palestinas”, Real Instituto Elcano, Análisis (ARI), núm. 18/2006, 20 de febrero de 2006, pp. 1-7 <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/consecuencias-de-la-victoria-de-hamas-en-las-elecciones-palestinas/>; Vid. BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *op. cit.*, pp. 241 ss., 243 ss.*

<sup>8</sup> *Vid. ALVAREZ-OSSORIO, Ignacio, “El Acuerdo de Ginebra: la culminación del proceso de Oslo”, Papeles, núm. 84, 2003, pp. 73-79, [https://www.fuhem.es/papeles\\_articulo/el-acuerdo-de-ginebra-la-culminacion-del-proceso-de-oslo/](https://www.fuhem.es/papeles_articulo/el-acuerdo-de-ginebra-la-culminacion-del-proceso-de-oslo/); GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Un muro para la ‘hoja de ruta’ y el acuerdo de Ginebra”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, núm. 1, 2004, pp. 151-162; Vid. BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *op. cit.*, pp. 185 ss.*

<sup>9</sup> *Vid. NORTON, Augustus Richard, “The Gaza War: Antecedents and consequences”, Real Instituto Elcano ARI, 3 de febrero de 2009, pp. 1-9, <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari21-2009-norton-gaza-war.pdf>*

<sup>10</sup> *Vid. EMBAJADA DE ISRAEL, “El conflicto de Gaza de 2014. Hechos y aspectos jurídicos”, mayo 2015 <https://embassies.gov.il/madrid/NewsAndEvents/Pages/El-conflicto-de-Gaza-de-2014---Resumen-en-espa%C3%B1ol.aspx>*

Según una encuesta del Centro Palestino de Investigación sobre Políticas y Encuestas hecha pública a finales de 2023<sup>11</sup>, el 64% de la población describe las condiciones actuales como peores que antes de los Acuerdos, y el 63% apoya su abandono. Y por lo que a la Autoridad Nacional Palestina se refiere, prácticamente el 90% de los encuestados cree que hay corrupción en las instituciones de la organización y más del 60% piensa que es una carga para el pueblo palestino.

## 2. DE LA “CARTA FUNDACIONAL” DE HAMÁS (1998) AL DOCUMENTO SOBRE SUS PRINCIPIOS GENERALES Y OBJETIVOS (2017)

Hamás es una organización palestina que dejó muy claro desde el principio cuáles son sus objetivos.

La Carta Fundacional del Movimiento de Resistencia Islámica, conocido como Hamás, fue hecha pública el 18 de agosto de 1988. El Movimiento es una organización islámica fundamentalista, extremista, que opera en los territorios bajo control israelí.

La Carta consiste en un extenso manifiesto de 36 artículos que promueven el principal objetivo del Movimiento: la destrucción del Estado de Israel por medio de la Yihad (Guerra Santa Islámica)<sup>12</sup>:

“El Movimiento de Resistencia Islámico es un movimiento palestino diferenciado. Su lealtad es para Alá, adopta el Islam como forma de vida y se esfuerza por elevar el estandarte de Alá sobre cada pulgada de Palestina”<sup>13</sup>.

Y sobre la destrucción de Israel:

“Israel existirá y continuará existiendo, hasta que el Islam lo destruya, de la misma manera que destruyó a otros en el pasado”<sup>14</sup>

<sup>11</sup> La encuesta se realizó entre el 22 de noviembre y el 2 de diciembre de 2023 a 1.231 personas de Cisjordania y Gaza, con un margen de error de 4 puntos porcentuales. LAUB, Karin, “Encuesta muestra incremento de apoyo a Hamás entre palestinos; casi un 90% desea la dimisión de Abás”, Los Ángeles Times, 13 diciembre de 2023, <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2023-12-13/encuesta-muestra-incremento-de-apoyo-a-hamas-entre-palestinos-casi-90-desea-la-dimision-de-abas>

<sup>12</sup> Sobre el concepto de *yihad*, véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *El Yihad: concepto, evolución y actualidad. Cuadernos de Teología Fundamental*, núm. 4, Instituto Teológico de Murcia OFM, Editorial Espigas, Murcia, 2009; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La concepción del uso de la fuerza en el Derecho Islámico y su compatibilidad con el Derecho Internacional”, en AZNAR GÓMEZ, Mariano José (Coord.) y CARDONA LLORÉNS, Jorge, PUEYO LOSA, Jorge Antonio, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo: en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2012, pp. 643-668; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Jihadist Islam and its Rationale”, *Peace & Security-Paix et Sécurité Internationales (Euromediterranean Journal of International Law and International Relations)*, núm. 6, 2018, pp. 21-46.

<sup>13</sup> Carta Fundacional de Hamás, artículo 6, pp. 9-10, <https://www.catarata.org/media/catarata55/files/sample-150334.pdf>.

<sup>14</sup> Carta Fundacional de Hamás, Principales puntos, Embajada de Israel, Preámbulo [https://embassies.gov.il/madrid/AboutIsrael/AboutIsraelInfo/Documents/Terrorismo\\_Carta\\_Fundacional\\_de\\_Hamás.pdf](https://embassies.gov.il/madrid/AboutIsrael/AboutIsraelInfo/Documents/Terrorismo_Carta_Fundacional_de_Hamás.pdf).

En 2017, Hamás revisó su Carta Fundacional sin que se advirtiera renuncia alguna a sus metas esenciales de 1988<sup>15</sup>:

“Hamás believes that no part of the land of Palestine shall be compromised or conceded, irrespective of the causes, the circumstances and the pressures and no matter how long the occupation lasts. Hamás rejects any alternative to the full and complete liberation of Palestine, from the river to the sea”<sup>16</sup>.

### 3. EL CONCEPTO “DE LOS DOS ESTADOS”: SÍ PERO NO...

Que Israel y el Estado palestino pudieran existir y reconocerse (mutuamente) su derecho a vivir en paz en el marco de las respectivas fronteras, seguros y estables, es el ideal buscado desde hace tantos años, si es que no “el deber-ser”. Pero no es un concepto fácil, teniendo en cuenta la realidad de las cosas, esto es, “el ser”.

Un sector, y no el menos importante del pueblo palestino no lo aceptaba, como hemos tenido oportunidad de comprobar, ni (hoy por hoy) lo acepta. Hay Estados en la zona que son claramente hostiles a Israel y basan buena parte de su política exterior en financiar económica, logística y militarmente a los sectores palestinos más radicales; el último de los ataques de Hamás, origen del conflicto en curso entre dicha organización e Israel, contó con las bendiciones (dejémoslo en eso) de la República Islámica de Irán. Y, en fin, tampoco otras organizaciones islamistas de corte radical como Hezbolá (asimismo alimentada por Irán) soportan la existencia de Israel; ya hubo un conflicto abierto entre esta organización a Israel, y ambas partes (lo piensan muchos) se están preparando para enfrentarse de nuevo..., con todo<sup>17</sup>.

Mientras este contexto permanezca sin cambios significativos, sería injusto negar a Israel su derecho de legítima defensa (sin que ello implique defender su no proporcionalidad, desde luego, pero sabiendo que en el Derecho Internacional de nuestros días se han abierto camino, y siguen haciéndolo,

<sup>15</sup> A esta misma interpretación llegan también otros autores. *Ad ex.* ARAUZ CANTÓN, Bernie, “Análisis semanal 174: El Acuerdo de Reconciliación Hamás-Fatah (2017): Marco legal e implicaciones para Israel (06 de noviembre de 2017)”, Universidad de Costa Rica. Observatorio de la Política Internacional, 2017, pp. 1-9, p. 2, <https://opi.ucr.ac.cr/node/1006>.

<sup>16</sup> En mayo de 2017, Hamás presentó un *Documento de Principios y Políticas Generales* de 42 artículos, frecuentemente denominado como los *Nuevos Estatutos de Hamás* (el texto cit. corresponde al artículo 20 de los mismos). HAMAS, A Document of General Principles and Policies, 2017, <https://www.middleeasteye.net/news/hamas-2017-document-full>

<sup>17</sup> *Vid.* BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *op. cit.*, pp. 252 ss.; WOOD, David, “La cuerda floja estratégica de la campaña de Hezbolá contra Israel”, *Política Exterior/Afkar Ideas*, núm. 71, 2024, <https://www.politicaexterior.com/articulo/la-cuerda-floja-estrategica-de-la-campana-de-hezbola-contra-israel/>; PÉREZ PICHEL, Miguel, “Israel frente al enemigo libanés: en caso de ataque de Hezbolá, todos fuera y cuerpo a tierra”, *El Debate*, 2024, [https://www.eldebate.com/internacional/20240627/israel-frente-enemigo-libanes-caso-ataque-hezbola-todos-fuera-cuerpo-tierra\\_207966.html](https://www.eldebate.com/internacional/20240627/israel-frente-enemigo-libanes-caso-ataque-hezbola-todos-fuera-cuerpo-tierra_207966.html)

aspectos nuevos en el derecho de legítima defensa)<sup>18</sup>, ni propiciar (o confiar en él como en el milagroso “bálsamo de Fierabrás”) el concepto de los dos Estados. Desde una perspectiva así, la reciente decisión del Gobierno de España de proceder al reconocimiento del Estado palestino ha sido un error (máxime cuando simultáneamente ha supuesto romper la política exterior de la Unión Europea en el asunto)<sup>19</sup>.

En 2012, la mayoría de los Estados miembros de la Asamblea General de Naciones Unidas no pudo aceptar a Palestina como Estado miembro de la Organización, limitándose a otorgarle el estatuto de Estado Observador No Miembro. Varias de las explicaciones de voto realizadas apuntaban a razones como las que he referido *supra*. Ocurrió también en el Consejo de Seguridad, en el que la propuesta de admitir a Palestina como Estado miembro no alcanzó la mayoría requerida<sup>20</sup>.

Es cierto que doce años después (2024), en el marco de la violencia generada por el ataque de Hamás en octubre de 2023 y la respuesta de Israel, en curso todavía, el tema se ha replanteado. La Asamblea General concedió, el viernes 10 de mayo de 2024, más derechos a Palestina para su participación en los asuntos de las Naciones Unidas, sin que, no obstante, haya podido aún, empero, adquirir el *status* de miembro de pleno derecho. La concesión de esos derechos se adoptó (143 votos a favor, 9 en contra y 25 abstenciones)<sup>21</sup> en una resolución cronológicamente posterior al veto emitido por Estados Unidos, el 18 de abril en el Consejo de Seguridad, que bloqueó la admisión de Palestina como Estado miembro de pleno derecho de la Organización<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Como su posibilidad ante “amenazas inminentes” o, si se prefiere la terminología del Instituto de Derecho Internacional (IDI), “manifiestamente inminentes”, o como su empleo frente o contra actores no estatales. Sobre el derecho de legítima defensa de Israel se han pronunciado también los profesores Romualdo Bermejo y Antonio Remiro. BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “El conflicto de Gaza tras los ataques de Hamás del 7 de octubre”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 76, núm. 1, 2024, pp. 285-295, pp. 291-293; REMIRO BROTONS, Antonio, “Un pueblo deambula en Gaza”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 76, núm. 1, 2024, pp. 307-328, pp. 308-309. Así como la *Declaración de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales sobre la situación en Gaza*, *op. cit.*, párrafo 7.

<sup>19</sup> Sobre la cuestión del reconocimiento de Palestina como Estado véase, BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “Hacia el reconocimiento de un Estado palestino?: Algunas luces y sombras”, en PUREZA, José Manuel y JUSTE RUIZ, José (Coords.), *Os Estados e a Ordem Internacional Contemporânea (Atas do V Encontro Luso Espanhol de professores de Direito Internacional e Relacoes Internacionais)*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 207-255, (sobre todo pp. 238-255), <https://digitalis.uc.pt/iten/67788>; y en este mismo Foro, véase también la opinión del profesor Javier González Vega.

<sup>20</sup> Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y CERVELL HORTAL, María José, “Sobre el reconocimiento de Palestina por la Asamblea General de Naciones Unidas como Estado Observador no Miembro”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm. 1, 2013, pp. 255-262.

<sup>21</sup> Los países que se opusieron a la ampliación de los derechos de Palestina en Naciones Unidas fueron: Argentina, Estados Unidos, Hungría, Israel, Micronesia, Nauru, Palau, Papúa Nueva Guinea y la República Checa.

<sup>22</sup> S/PV.9609, “Admisión de nuevos miembros”, jueves 18 de abril de 2024, pp. 1-13, <https://documents.un.org/doc/undoc/pro/n24/105/93/pdf/n2410593.pdf>; S/2024/312, “Argelia: Proyecto de resolución”, 18 de abril de 2024, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/107/16/pdf/n2410716.pdf>. (Argelia, proyecto de resolución: “El Consejo de Seguridad, Habiendo examinado la solicitud del Estado de

El embajador adjunto de los Estados Unidos, Robert Wood, declaró ante el Consejo:

“Este voto no refleja nuestra oposición a la creación de un Estado palestino, sino el reconocimiento de que eso solo se conseguirá mediante negociaciones directas entre las partes”<sup>23</sup>.

El borrador original de la resolución adoptada por la Asamblea General fue modificado significativamente para tener en cuenta las preocupaciones de algunos Estados<sup>24</sup>.

Tras la decisión, el 10 de mayo de 2024, de la Asamblea General, el embajador palestino afirmó que la misma era “un voto a favor de la existencia de Palestina (...)”. El embajador israelí, por su parte, sostuvo que el texto concede derechos y privilegios al futuro Estado terrorista de Hamás.

La resolución de la Asamblea General aprobada introduce cambios significativos en el estatuto del Estado de Palestina. Nuevos derechos que suponen un mayor peso diplomático de esta entidad en el seno de la Organización de Naciones Unidas<sup>25</sup>. Dicho lo cual, cabe recordar que el texto adoptado no supone la admisión de Palestina como miembro de pleno derecho de la Organización, dada la inexistencia de la necesaria recomendación en este sentido del Consejo de Seguridad, según dispone la Carta de Naciones Unidas.

Con todo, y en cuanto Estado observador, Palestina no tiene derecho de voto en la Asamblea General ni tampoco a presentar su candidatura a los órganos de Naciones Unidas.

Los nuevos derechos se harán realidad a partir del 79º período de sesiones de la Asamblea General, que comenzará a mediados de septiembre del presente año (2024).

---

Palestina de admisión en las Naciones Unidas [S/2011/592], Recomienda a la Asamblea General que el Estado de Palestina sea admitido como Miembro de las Naciones Unidas”).

<sup>23</sup> S/PV.9609, *op. cit.*, p. 4.

<sup>24</sup> No solo de Estados Unidos, sino también de Rusia y China (según tres diplomáticos occidentales, que hablaron con la condición de mantener el anonimato). Según los diplomáticos, a Rusia y a China, que en todo caso apoyan la plena integración de Palestina en Naciones Unidas, les preocupaba que enumerar la lista de derechos y privilegios detallados en un anexo de la resolución pudiera sentar un precedente para otros posibles miembros de la ONU (con Rusia pensando en Kosovo y China en Taiwán). “La Asamblea General de la ONU pide reconsiderar la integración plena de Palestina como Estado”, *Euronews*, 10 de mayo de 2024, <https://es.euronews.com/2024/05/10/la-asamblea-general-de-la-onu-pide-reconsiderar-la-integracion-plena-de-palestina-como-est>

<sup>25</sup> Entre otros, la resolución concede a Palestina el derecho a ocupar un puesto entre los Estados miembros por orden alfabético, a inscribirse en la lista de oradores en relación con los puntos del orden del día distintos de las cuestiones palestina y de Oriente Próximo, el derecho a hacer declaraciones en nombre de un grupo, el derecho a presentar propuestas y enmiendas y a introducirlas, incluso oralmente, también en nombre de un grupo, el derecho de los miembros de la delegación del Estado de Palestina a ser elegidos miembros de la Mesa del Plano y de las Comisiones Principales de la Asamblea General, o el derecho a participar plena y efectivamente en las conferencias de las Naciones Unidas y en las conferencias y reuniones internacionales convocadas bajo los auspicios de la Asamblea General o, según proceda, bajo los auspicios de otros órganos de las Naciones Unidas.

La resolución de la Asamblea General “recomienda” también al Consejo de Seguridad que reconsidere favorablemente la cuestión de la adhesión de Palestina, de conformidad con el artículo 4 de la Carta de Naciones Unidas y la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 1948<sup>26</sup>.

Ahora, la cuestión del estatuto de Palestina volverá al Consejo de Seguridad para un nuevo examen. Creo más que probable que la consecución del estatuto de Estado miembro de pleno derecho por Palestina sea nuevamente bloqueada por uno de los miembros permanentes del Consejo (Estados Unidos)<sup>27</sup>.

Personalmente, y pese a (todo) lo expuesto, yo no puedo comprender que en un contexto que no ha cambiado (y en el que uno de sus elementos no contempla la posibilidad del Estado de Israel en la zona sino únicamente una Palestina que se extienda “desde el río hasta el mar”)<sup>28</sup> se insista en la viabilidad del concepto “de los dos Estados”. No puedo comprenderlo si Israel no está implicado en el acuerdo que se tome.

La aceptación (sobre la base de la doctrina de “los dos Estados”) del reconocimiento del Estado palestino implica la aceptación como Estado de una entidad que reclama desde sus mismos inicios la desaparición de otro Estado de Oriente Medio. ¿Por qué tenemos necesariamente que considerar razonable (y aceptarlo) que una organización considerada terrorista por diversos gobiernos sea la que marque la pauta?<sup>29</sup> Y creo, sinceramente, que esta argumentación no deja de ser cierta (ni lo es menos) por el hecho de que se emplee también por algunos de los Estados que siguen oponiéndose al reconocimiento de Palestina.

---

<sup>26</sup> Admission of a State to the United Nations (Charter art. 4), Advisory Opinion, *International Court of Justice Report 1948*, pp. 57-119.

<sup>27</sup> Asamblea General: A/RES/ES-10/23, “Admisión de nuevos miembros en las Naciones Unidas”, 10 de mayo de 2024

<sup>28</sup> La expresión “desde el río hasta el mar” fue utilizada por primera vez en 1964 por la Organización de Liberación de Palestina (OLP). Cuando se fundó, ésta pedía la creación de un Estado único, que se extendiera desde el río Jordán hasta el mar Mediterráneo. La OLP rechazó firmemente el plan de división de Palestina aprobado por la ONU en 1947. Desde la Guerra de los Seis Días (1967), la frase fue siendo adoptada por cada vez más organizaciones radicales, como el Frente Popular para la Liberación de Palestina (FPLP) o Hamás. Hamás reivindicó el lema como propio hacia 2012 cuando su líder Khalid Maschal declaró en un discurso, con motivo del 25º aniversario de su fundación, que “Palestina nos pertenece desde el río hasta el mar y desde el sur hasta el norte”. En 2017, esto también se incluyó en la Carta revisada de dicha organización, que sigue pues llamando a la destrucción del Estado de Israel. Y en diciembre de 2022, Hamás volvió a publicar el lema, con un mapa de la región, que mostraba un Estado palestino pero que no incluía a Israel. “Desde el río hasta el mar”, el eslogan de la discordia”, *DW*, 15 de noviembre de 2023, <https://amp.dw.com/es/desde-el-río-hasta-el-mar-disputa-por-el-eslogan-propalestino/a-67412000>.

<sup>29</sup> Véase al respecto GÓMEZ, Jorge, “¿Qué nos pasa con Israel?”, *El Debate*, 24 de junio de 2024, [https://www.eldebate.com/españa/defensa/20240624/pasa-israel\\_207620.html](https://www.eldebate.com/españa/defensa/20240624/pasa-israel_207620.html).

#### 4. O EL DE LA IMPOSICIÓN DE UN ACUERDO DE PAZ INCLUSO *MANU MILITARI*

No creo que merezca la pena insistir en la cuestión. La historia demuestra que el veto, de unos o de otros, en las decisiones del Consejo de Seguridad es una constante en el marco del conflicto de Oriente Medio.

De ahí que la imposición a las partes en él de una solución dada que eventualmente acabe con la disputa no parece viable<sup>30</sup>.

#### 5. CONCLUSIÓN: EL CONFLICTO DE GAZA PERDURARÁ EN EL TIEMPO

El 7 de octubre de 2023, Hamás lanzó un ataque sin precedentes contra Israel. Las operaciones contaron con el apoyo de la Yihad Islámica Palestina, proyectándose sobre distintos puntos del territorio israelí. Su intensidad reveló un cambio estratégico y un salto cualitativo en las capacidades de la organización islamista que domina la Franja. En la decisión de atacar del modo en que lo hizo, Hamás ha podido perseguir un doble propósito: provocar a Israel para dinamitar la normalización de sus relaciones en el mundo árabe y recuperar apoyos de una población local crecientemente descontenta con su modo de gobernar. A su vez, tanto el ataque como la severa respuesta de Israel ayudan a las organizaciones del yihadismo global (Al-Qaeda y el Estado Islámico), que buscarán sacar provecho del sentimiento de ira entre la población palestina y la comunidad musulmana en general, e intentarán movilizar a sus militantes y partidarios contra objetivos judíos en Oriente Medio y más allá, particularmente en Europa<sup>31</sup>.

La respuesta de Israel, aún en curso, fue todo lo contundente que se esperaba (y que, sin duda, buscaban los atacantes)<sup>32</sup>.

La lucha ha sido, es, terrible y ambos bandos han perpetrado actos horrendos, con acusaciones de genocidio incluidas<sup>33</sup>. El último Informe de la

<sup>30</sup> En este sentido, si le he entendido correctamente, se pronuncia también REMIRO BROTONS, Antonio, *op. cit.*, pp. 314-316.

<sup>31</sup> *Vid.* GARCIA-CALVO, Carola y VICENTE, Álvaro, "La operación 'Inundación de al-Aqsa' de Hamás y sus repercusiones en el yihadismo global", *Real Instituto Elcano. Análisis*, ARI 101/2023, 2023, pp. 1-7; BERMEJO GARCÍA, Romualdo y ORDOÑEZ PASCUA, Natalia, "Los problemas surgidos tras el grave conflicto israelí-palestino en Gaza a raíz de los ataques de Hamás de 7 de octubre de 2023", *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, núm. 65, (may/mayo 2024), pp. 187-230; BERMEJO GARCÍA, Romualdo, "El conflicto de Gaza tras los ataques de Hamás del 7 de octubre", *op. cit.*, pp. 285-295.

<sup>32</sup> *Vid.* GARCIA-CALVO, Carola y VICENTE, Álvaro, *op. cit.*; BERMEJO GARCÍA, Romualdo y ORDOÑEZ PASCUA, Natalia, *op. cit.*; BERMEJO GARCÍA, Romualdo, "El conflicto de Gaza tras los ataques de Hamás del 7 de octubre", *op. cit.*

<sup>33</sup> Sobre el tema véase, en este mismo Foro, la contribución del profesor Jiménez García. También la valoración del Informe del fiscal de la Corte Penal internacional realizada por BERMEJO GARCÍA, Romualdo, "El fiscal de la Corte Internacional abre fuego en Gaza sin saber adónde", *Voz Populi*, 7 de junio de 2024, <https://www.vozpopuli.com/opinion/fiscal-corte-internacional-fuego-gaza.html>. E igualmente las aportaciones de SALINAS DE FRÍAS, Ana, "La guerra en Gaza. ¿Puede la lucha contra el



Comisión de Investigación de Naciones Unidas acusa a Hamás de la comisión de diversos crímenes de guerra y a Israel de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad<sup>34</sup>. Como la presidenta de la Comisión, Navi Pillay, declaró tras darse a conocer el Informe:

“Es imperativo que todos los que han cometido crímenes rindan cuentas (...). La única manera de poner fin a los ciclos recurrentes de violencia, incluidas las agresiones y represalias por ambas partes, es garantizar el estricto cumplimiento del derecho internacional”<sup>35</sup>.

Ya es suficiente, sí. Esto debe acabar. Para ello (es mi opinión, desde luego, pero creo firmemente en ella y agradezco y valoro la oportunidad que me da este Foro para expresarla libremente) se necesitarían tres puntos:

- Hamás debe renunciar expresamente a destruir Israel y debe, en consecuencia, reconocer su existencia y derechos como Estado.
- El pueblo palestino debería intentar unirse, fundirse en una sola entidad nacional, Una entidad, un gobierno que se guíase por los mismos objetivos y principios. No parece que el acuerdo de reconciliación de 2017 entre Hamás y Al Fatah lo consiguiera<sup>36</sup>. ¿Lo hará “el acuerdo político de ‘unidad nacional temporal’” firmado por Hamás con 14 facciones palestinas rivales, incluido Fatah (*Declaración de Pekín* del martes 23 de julio de 2024, según medios estatales chinos)?<sup>37</sup>; el tiempo lo dirá.
- Y, en fin, Palestina e Israel deben acordar juntos y recíprocamente el derecho de los dos Estados a existir en el marco de fronteras estables y seguras.

Mientras estas condiciones no se den, el conflicto en Gaza y sobre Gaza entre Israel y Hamás continuará. Lo sé. Estoy convencido de ello. Basta con

---

terrorismo justificar un genocidio?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 76, núm. 1, pp. 329-346; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “Una estrategia judicial para la Franja de Gaza”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 76, núm. 1, pp. 297-305; REMIRO BROTONS, Antonio, *op. cit.*, pp. 316 ss. *Vid.* también al respecto la *Declaración de profesores/as de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales sobre la situación en Gaza*, *op. cit.*, párrafos 8-12-

<sup>34</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL: A/HRC/56/26, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel”, 27 de mayo de 2024, pp. 1-15.

<sup>35</sup> “Una Comisión de Investigación de la ONU acusa a Israel de crímenes de lesa humanidad y a Hamás de crímenes de guerra”, *United Nations News*, 12 de junio de 2024, <https://news.un.org/es/story/2024/06/1530501>.

<sup>36</sup> ARAUZ CANTÓN, Bernie, *op. cit.*, pp. 1-9.

<sup>37</sup> “Hamás y Fatah firman en Pekín un acuerdo para crear un ‘Gobierno de Unidad Nacional’”, *Euronews*, 23 de julio de 2024, <https://es.euronews.com/2024/07/23/hamas-dice-haber-firmado-en-pekín-un-acuerdo-de-unidad-nacional-con-grupos-palestinos-riva>; “Golpe de efecto de Hamás al anunciar en Pekín un acuerdo junto a su rival Fatah de futuro gobierno en Gaza”, *ABC*, 23 de julio de 2024, <https://www.abc.es/internacional/hamas-anuncia-acuerdo-junto-fatah-pekín-unidad-20240723085041-nt.html>

no olvidar las recientes palabras de Yahya Sinwar, uno de los principales dirigentes militares de esta organización<sup>38</sup>.

Y en esta misma línea se sitúa la reciente resolución del Parlamento Israelí oponiéndose, por una muy amplia mayoría, al reconocimiento unilateral del Estado palestino<sup>39</sup>. Aunque era de esperar, por lo demás, la condena de esta resolución por Naciones Unidas y otras instituciones, no deja de sorprender, es desde luego mi caso, que ninguno de quienes la critican se pronuncian acerca de la posición de principio de Hamás sobre el futuro del Estado de Israel... En particular, la Organización de Naciones Unidas condena, sí, pero no explica cómo dos Estados (uno de los cuales aspira, y lo ha hecho público, a la destrucción del otro) podrían vivir en paz (¿cómo se “convive” con quien quiere matarte?)<sup>40</sup>.

Tiene razón el profesor Remiro. Toda:

“La situación de Palestina ya no es un problema es una tragedia y Gaza el punto más catastrófico. Israel solo puede mantener su política mediante el uso continuado de la fuerza (...). Los movimientos radicales palestinos, al empeñarse en no reconocer a Israel ni las fronteras de 1967, se abocan, a su vez, a un callejón cuya única salida conduce a la escalada de un conflicto regional, que les desborda”<sup>41</sup>.

Por mi parte y desde la humildad de quien no es nadie, invoco al Dios Clemente y Misericordioso de las dos partes para que nos perdone a todos.

<sup>38</sup> Para Yahya Sinwar la muerte de civiles son “sacrificios necesarios”, según una investigación de *The Wall Street Journal*, que cita mensajes filtrados. En estas grabaciones, Sinwar cree que ha ganado la partida a Israel y que la espiral de muertes civiles en Gaza jugaría a favor de Hamás, ya que moviliza a la comunidad internacional. Según el *Wall Street Journal*, el líder de Hamás en Gaza sea negado constantemente a la posibilidad de detener los combates como parte de un acuerdo de alto el fuego, aconsejando que se conseguiría más si se seguía permitiendo bombardear Gaza. De hecho, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Antony Blinken, de nuevo en gira por Oriente Medio para tratar de conseguir un acuerdo declaraba: “La única manera de garantizar que no haya más bajas es el alto el fuego y la aceptación de Hamás. Esto es lo que está ahora sobre la mesa y debemos llegar a una respuesta (...) Veremos si Hamás desea poner fin al conflicto o no”. “Una grabación refleja al líder de Hamás en Gaza defendiendo la muerte de civiles palestinos como ‘sacrificios necesarios’”, *El Debate*, 11 de junio de 2024, [https://www.eldebate.com/internacional/20240611/lider-hamas-yahya-sinwar-asegura-muertes-civiles-son-sacrificios-necesarios\\_204484.html](https://www.eldebate.com/internacional/20240611/lider-hamas-yahya-sinwar-asegura-muertes-civiles-son-sacrificios-necesarios_204484.html)

<sup>39</sup> Vid. ad ex. “El Parlamento Israelí aprueba por gran mayoría una resolución que rechaza la creación del Estado palestino”, *Europa Press*, 18 de julio de 2024, <https://www.europapress.es/internacional/noticia-parlamentp-israeli-aprueba-gran-mayoria-resolucion-rechaza-creacion-estado-palestino-2024071862743.html>.

<sup>40</sup> El Secretario General de Naciones Unidas, António Guterres, afirma: “negociar una solución de dos Estados, donde Israel pueda convivir con un Estado palestino ‘independiente, democrático, contiguo, viable y soberano’(...) es el ‘único camino hacia una paz sostenible’”. “Guterres condena la resolución de Parlamento Israelí que rechaza la creación de un Estado Palestino”, *Europa Press*, 18 de julio de 2024, <https://www.europapress.es/internacional/noticia/guterres-condena-resolucion-parlamento-israeli-rechaza-creacion-estado-palestino-20240718210301.html>. La clave, sí, desde luego, está en negociar una solución de dos Estados, en la que uno y otro, ambos, se comprometan a relacionarse pacífica y normalizadamente en el marco de sus respectivas fronteras. Pero no es esto lo que tenemos; lo que la realidad muestra es que (hasta hoy mismo) uno de esos Estados se niega a convivir en paz con el otro; y mientras esto no cambie, no hay solución posible.

<sup>41</sup> REMIRO BROTONS, Antonio, *op. cit.*, p. 328.

# LOS CRÍMENES EN GAZA ANTE LA CPI: LA CALIFICACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y EL RETO DE ATRAVESAR EL UMBRAL DEL GENOCIDIO

## *THE ICC AND THE CRIMES IN GAZA: THE NATURE OF THE CONFLICT AND THE CHALLENGE OF CROSSING THE THRESHOLD OF GENOCIDE*

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA\*

**Palabras clave:** naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado, guerras de liberación nacional, ocupación, crímenes de guerra, genocidio por liderazgo

**Keywords:** Armed conflict of international and non-international character, occupation, wars of national liberation, war crimes, genocide by leadership.

**SUMARIO:** 1. CUESTIONES PRELIMINARES: LAS SOLICITUDES DE ÓRDENES DE ARRESTO POR LOS CRÍMENES EN GAZA Y EL CUESTIONAMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE PALESTINA A LA CPI. 2. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DEL CONFLICTO ARMADO: ¿GUERRA INTERNACIONAL DE LIBERACIÓN NACIONAL O CONFLICTO INTERNO EN TERRITORIO OCUPADO? 3. EL UMBRAL DEL GENOCIDIO Y LA “SOMBRA ALARGADA DEL HOLOCAUSTO”: EL GENOCIDIO DEL GRUPO POR LIDERAZGO.

### **1. CUESTIONES PRELIMINARES: LAS SOLICITUDES DE ÓRDENES DE ARRESTO POR LOS CRÍMENES EN GAZA Y EL CUESTIONAMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE PALESTINA A LA CPI**

De conformidad con los artículos 13 a) y 14.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el 17 de noviembre de 2023, la República de Sudáfrica, junto a otros cuatro Estados (República Popular de Bangladesh, el Estado Plurinacional de Bolivia, la Unión de las Comoras y la República de Yibuti), remitió la situación del Estado de Palestina ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) denunciado la presunta comisión, particularmente en la Franja de Gaza, de crímenes de genocidio (art. 6 ECPI), de lesa humanidad (art.7 ECPI) y de guerra (art.8 ECPI)<sup>1</sup>. El 18 de enero de 2024, Chile y México presentaron una similar remisión expresando su compromiso de cooperar

---

<sup>1</sup> \* Dr. Francisco Jiménez García, Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), francisco.jimenez@urjc.es. Las páginas web fueron revisadas por última vez el 23 de julio de 2024. El presente artículo se enmarca en la actividad investigadora del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional (INTER-CIVITAS), de la Universidad Rey Juan Carlos.

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/ICC-Referral-Palestine-Final-17-November-2023.pdf>.

con la Corte<sup>2</sup>. Al margen de los crímenes de lesa humanidad invocados, en la solicitud presentada por Sudáfrica, se citan los crímenes previstos en el artículo 8.2 a) y b) del Estatuto de Roma, esto es, crímenes de guerra cometidos en el marco de los *conflictos armados internacionales* (infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho Internacional), aunque a continuación se indica que, en virtud de los últimos acontecimientos, también se alegan ante la CPI otros crímenes, como el crimen de genocidio (art.6 ECPI) y crímenes de guerra en cuanto violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los *conflictos armados que no sean de índole internacional*, dentro del marco establecido por el Derecho Internacional (art.8.2 e) ECPI).

El 20 de mayo de 2024, el Fiscal de la CPI, tras recibir el informe del Panel de Expertos en Derecho Internacional convocado por él<sup>3</sup>, presentó solicitudes de órdenes de arresto ante la Sala de Cuestiones Preliminares I contra las siguientes personas, señalando que se podrán presentar nuevas órdenes de detención y que se están promoviendo múltiples líneas de investigación adicionales e interconectadas, incluidas las relativas a las denuncias de violencia sexual durante los ataques del 7 de octubre, y en relación con los bombardeos a gran escala que han causado y siguen causando tantas muertes, lesiones y sufrimientos de civiles en Gaza<sup>4</sup>:

- Yahya Sinwar (Jefe del Movimiento de Resistencia Islámica, “Hamás”, en la Franja de Gaza), Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (*Deif*, Comandante en Jefe del ala militar de Hamás, conocida como Brigadas *Al-Qassam*) e Ismail Haniyeh (Jefe del Buró Político de Hamás), por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de Israel y de Palestina (en la Franja de Gaza) desde al menos el 7 de octubre de 2023<sup>5</sup>. El 9 de septiembre de 2024, la Fiscalía retiró la solicitud de orden de detención contra Ismail Haniyeh tras su asesinato en Teherán el 31 de julio de 2024 (ICC-01/18). Otro tanto ocurrirá con Yahya Sinwar, quien pocos meses después de ser designado líder de Hamas, el 17 de octubre de 2024 resultaba aba-

<sup>2</sup> [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral\\_Chile\\_Mexico.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral_Chile_Mexico.pdf).

<sup>3</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/240520-panel-report-eng.pdf>.

<sup>4</sup> <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>.

<sup>5</sup> Concretamente por los siguientes crímenes previstos en el Estatuto de Roma: exterminio como crimen de lesa humanidad (art.7.1. b); asesinato como crimen de lesa humanidad (art.7.1. a) y homicidio intencional como crimen de guerra (art.8.2.c) i); toma de rehenes como crimen de guerra (art.8.2. c) iii); violación y otros actos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad (art.7.1. g) y también como crímenes de guerra (art.8.2. e) vi) en el contexto de cautividad; tortura como crimen de lesa humanidad (art.7.1. f) y como crimen de guerra (8.2. c) i), en el contexto de cautividad; otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad (art.7.1. k) en el contexto de cautividad; tratos crueles como crimen de guerra (art.8.2.c) i) en el contexto de cautividad; y atentados contra la dignidad personal como crimen de guerra (art.8.2) c) ii) en el contexto de la cautividad.

tido por las Fuerzas de Defensa de Israel según informó el Ministro de Asuntos Exteriores israelí, Israel Katz.

- Benjamin Netanyahu (Primer Ministro de Israel) y Yoav Gallant (Ministro de Defensa de Israel) por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad presuntamente cometidos en el territorio del Estado de Palestina (en la Franja de Gaza) desde al menos el 8 de octubre de 2023<sup>6</sup>.

Estas órdenes de arresto no fueron bien recibidas por algunos sectores<sup>7</sup> que criticaron duramente la actuación del Fiscal al que acusaron de parcialidad en la elección de los miembros del Panel de asesoramiento (calificando tal actuación como una externalización de la “función de revisión” de la Fiscalía); de establecer una insostenible “*equivalencia moral*” entre el gobierno del Estado de Israel y los “terroristas” de Hamás; de *lawfare* y de no respetar el principio de complementariedad<sup>8</sup>. En esta misma dirección, y con una más que presunta intención dilatoria u obstruccionista del proceso, se presentó el 10 de junio de 2024 solicitud de intervención como “*amicus curiae*” del entonces gobierno del Reino Unido (el 5 de julio de 2024, el laborista y abogado de derechos humanos, Keir Starmer, se convertía en nuevo primer ministro inglés) ante la Sala de Cuestiones Preliminares I en virtud de las previsiones del artículo 103.1 de las Reglas del Procedimiento y Prueba. Para este Estado, el procedimiento no podía proseguir sin antes resolver si Palestina puede delegar a la CPI una jurisdicción —que quizás no tenga, según el Reino Uni-

<sup>6</sup> En concreto por los siguientes crímenes del Estatuto de Roma: hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra (art.8.2 b) xxv); causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud (art.8.2 a) iii) o tratos crueles como crimen de guerra (art.8.2.c)i); homicidio intencional como crimen de guerra (arts.8.2. a) i) y 8.2.c.i); dirigir intencionadamente ataques contra una población civil como crimen de guerra (arts. 8.2. b) i) o 8.2. e) i); exterminio y/o el asesinato en contravención de los apartados b) y a) del párrafo 1 del artículo 7, incluso en el contexto de las muertes causadas por inanición, como crimen de lesa humanidad; la persecución como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.h); otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad contrarios al artículo 7 1) k).

<sup>7</sup> Cfr. KERN, Joshua y HERZBERG, Anne, “The OTP’s expert panel in the situation in the State of Palestine: Additional safeguard or hostage to fortune? (7 June, 2024) y ZAMMIT BORDA, Aldo, “Applications for arrest warrants in the situation in Palestine: In defence of the legal process” (2 July, 2024), ambos en *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>8</sup> El propio Fiscal señala en su declaración que desea hacer hincapié en que el principio de complementariedad, que está en el centro del Estatuto de Roma, seguirá siendo evaluado a lo largo del procedimiento. La complementariedad requiere un aplazamiento sólo cuando las autoridades nacionales participen en procesos judiciales independientes e imparciales que no protejan a los sospechosos y no constituyan una farsa. Requiere de investigaciones exhaustivas a todos los niveles que aborden las políticas y acciones subyacentes. Asimismo, insiste en que la Fiscalía y la Corte han de ser claras en demostrar la voluntad de aplicar la ley por igual, pues si se considera que se aplica de forma selectiva, estarían creando las condiciones para su colapso y alojando los lazos que aún las mantienen unidas: las conexiones estabilizadoras entre todas las comunidades e individuos, la red de seguridad a la que recurren todas las víctimas en tiempos de sufrimiento. Según el Fiscal, ahora, más que nunca, se debe demostrar colectivamente que el Derecho Internacional Humanitario, que es la base fundamental de la conducta humana durante los conflictos, se aplica por igual a todas las personas y a todas las situaciones. Así se demostrará, de manera tangible, que la vida de todos los seres humanos tiene el mismo valor.

do— para enjuiciar a nacionales israelíes de conformidad con los Acuerdos de Oslo (ICC-01/18-171-SECRET-Exp).

Según el Reino Unido, esta cuestión quedó pendiente de resolución en la Decisión de 5 de febrero de 2021 de la Sala de Cuestiones Preliminares I<sup>9</sup> y, de acuerdo con el artículo 19, apartado 1, del Estatuto de Roma, la Corte «está obligada a realizar una determinación inicial de competencia para resolver la solicitud de órdenes de detención», de la que «la cuestión de los Acuerdos de Oslo forma parte necesariamente». El 27 de junio de 2024, la Sala autorizaba la presentación de observaciones sobre la intervención requerida (sin que el escrito de solicitud pueda exceder de 10 páginas), así como de las de otros posibles solicitantes, si bien matiza que esta decisión no debe entenderse como una convocatoria abierta de la Sala para que se presenten observaciones *amicus curiae* y que, a fin de limitar el impacto de este procedimiento en la celeridad de la presente etapa del procedimiento, deberán presentarse a más tardar el 12 de julio de 2024<sup>10</sup>, aunque finalmente se amplió el plazo hasta el 26 de julio de 2024<sup>11</sup>. Si bien el Reino Unido optó por no presentar ninguna observación, el plazo se amplió hasta el 6 de agosto pues se remitieron más de 70 solicitudes de intervención por parte de Estados, organizaciones y personas (ICC-01/18-249), planteado algunas de ellas cuestiones no relacionadas con los Acuerdos de Oslo (como el caso de Alemania, que se centró en el principio de complementariedad, ICC-01/18-307 07-08-2024 y ICC-01/18-307-Corr 07-10-2024).

Cabe preguntarnos si los Acuerdos de Oslo cercenan el derecho del Estado palestino a que su situación sea examinada por la *jurisdicción funcional internacional* de la CPI —en virtud de la interpretación realizada de su Estatuto— en la medida en que carece de *jurisdicción nacional* según tales acuerdos; si un Estado puede renunciar a su título de jurisdicción soberana o sólo puede asumir limitaciones al ejercicio de sus competencias judiciales; o si estos acuerdos pueden limitar los derechos procesales reconocidos en el Estatuto de la CPI en virtud de previsiones convencionales previas que no regulan expresamente tal cuestión. En la Opinión Consultiva de 19 de julio de 2024 sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, la CIJ concluye que Israel no puede invocar los Acuerdos de Oslo en contravención del Derecho Internacional Público, en particular, del derecho a la libre determinación de los pueblos, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. Decisión de 5 de febrero de 2021 sobre la jurisdicción territorial de la CPI en Palestina, ICC-01/18-143, párrs. 124-129.

<sup>10</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1808bb469.pdf>.

<sup>11</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1808cb1c5.pdf>.

<sup>12</sup> Cfr. *ICJ Reports 2024*, párrs.102 y 140.

## 2. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DEL CONFLICTO ARMADO: ¿GUERRA INTERNACIONAL DE LIBERACIÓN NACIONAL O CONFLICTO INTERNO EN TERRITORIO OCUPADO?

Al igual que el embajador de Israel el 10 de mayo de 2024, con motivo de la ampliación de los derechos de Palestina como Estado observador de la ONU<sup>13</sup>, trituró sin pudor un ejemplar de la Carta de las Naciones Unidas ante los miembros de la Asamblea General que le otorgó su acta singular de nacimiento estatal, el Gobierno israelí está triturando públicamente y sin complejos no sólo la Franja de Gaza sino también los principios más elementales del Derecho Internacional Humanitario (DIH) mediante la guerra total contra la población palestina de Gaza ante una comunidad internacional políticamente abstraída e inoperante<sup>14</sup>. Para determinar los principios y reglas que rigen en esta guerra, resulta imprescindible la calificación de la naturaleza del conflicto armado en curso. En tal sentido, el Fiscal de la CPI, al igual que hiciera el Panel de Expertos en Derecho Internacional designado, en su solicitud sobre las órdenes de arresto emitidas, llegó a la conclusión de que “los crímenes de guerra alegados en estas solicitudes se cometieron en el contexto de un conflicto armado internacional entre Israel y Palestina, y un conflicto armado no internacional entre Israel y Hamás (junto con otros grupos armados palestinos) que se desarrolla en paralelo”<sup>15</sup>.

En la declaración del Fiscal de la CPI, Karim AA Khan KC, no se presenta una mayor motivación jurídica de esta calificación, mientras que en el informe del Panel de Expertos se argumenta la concurrencia de esta doble clasificación en virtud de dos consideraciones. Respecto al conflicto armado no internacional (CANI), se entiende que Hamás es un grupo armado no estatal altamente organizado y las hostilidades entre Hamás e Israel han sido lo suficientemente intensas como para alcanzar el umbral de un CANI<sup>16</sup>. La conclusión sobre la naturaleza internacional del conflicto armado entre Israel y Palestina se fundamenta sobre las siguientes alternativas: Palestina es un Estado de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho Internacional (*se va, pues, más allá de lo establecido en la Decisión de 5 de febrero de 2021 que reconoció una “jurisdicción y estatalidad funcional” a los efectos del sistema de la CPI*<sup>17</sup>) y un conflicto armado internacional (CAI) surge si un Estado utiliza la fuerza contra un agente no estatal en el territorio de otro

<sup>13</sup> A/RES/ES-10/23.

<sup>14</sup> Sobre el estado de la guerra, cfr: el Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel (A/HRC/56/26) de 27 de mayo de 2024 en el que se incluyen también los crímenes cometidos por Hamás y otros grupos armados palestinos.

<sup>15</sup> Cfr: la Declaración en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>.

<sup>16</sup> La evaluación del Grupo es que este conflicto armado entre Israel y Hamás comenzó, a más tardar, el 7 de octubre de 2023, cuando Hamás y otros grupos armados palestinos lanzaron la *Operación Inundación de Al-Aqsa* contra Israel y esté respondió con su *Operación Espadas de Hierro*.

<sup>17</sup> ICC, No. ICC-01/18, párr. 108.



Estado sin su consentimiento; Palestina e Israel son Altas Partes Contratantes de los Convenios de Ginebra de 1949 y, de conformidad con el texto del artículo 2 común a los Convenios, un conflicto armado entre dos Altas Partes Contratantes es de carácter internacional; existe una ocupación beligerante por parte de Israel de al menos parte del territorio palestino<sup>18</sup>.

Si bien la concurrencia de conflictos armados de distinta naturaleza ha sido reconocida por la CPI en aras a garantizar una mayor y más completa protección de los agentes armados, estatales y no estatales, y de los civiles inmersos en la complejidad de los actuales conflictos internacionalizados<sup>19</sup>, la calificación otorgada por el Fiscal mediante esta dualidad nebulosa plantea particulares problemas, pues, tanto si Palestina es un Estado como si es un territorio ocupado resulta difícil comprender cómo la lucha de Israel contra Hamás puede ser considerada un CANI que es definido, en el propio Estatuto de Roma, como aquellos “que tienen lugar en el *territorio de un Estado* cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”. Según esta interpretación y salvo los crímenes ocurridos en territorio israelí, las actuaciones militares de Israel en Gaza contra Hamás se estarían cometiendo en territorio israelí en contravención de la normativa internacional que, en ningún caso, admite que los territorios ocupados sean considerados como propios de la potencia ocupante<sup>20</sup>, y difícilmente podríamos reconducir las respuestas contra los ataques cometidos por Hamás a “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos” (Art. 8.2 f) ECPI).

La principal consecuencia de tal clasificación afecta tanto a la calificación de los crímenes invocados como al alcance de los cargos que han sido o pudieran ser sometidos ante la CPI. En primer lugar, nos encontramos ante la duplicidad (y confusión) de la calificación penal de un mismo acto en virtud del destinatario: crimen de guerra *internacional* cuando se dirige intencional y directamente un ataque contra la población civil palestina en Gaza considerada aislada e independientemente de Hamás (art.8.2 a) y b) ECPI), o como crimen de guerra *no internacional*, los ataques intencionados contra la población civil gazatí para acabar con miembros e infraestructuras de Hamás que se encuentran confundidos y ubicadas entre esa población (art.8 2 c) y e) ECPI)<sup>21</sup>. Por otra parte, tal clasificación supone la exclusión de la investi-

<sup>18</sup> Acerca de un análisis sobre esta triple alternativa, véase, COHEN Amichai y SHANY, Yuval: “The Prosecutor’s uphill legal battle?: The Netanyahu and Gallant ICC arrest warrant requests”, *Just Security*, 25 de mayo de 2024: <https://www.justsecurity.org/96135/the-prosecutors-uphill-legal-battle-the-netanyahu-and-gallant-icc-arrest-warrant-requests/>.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario*, OMM-PRESS, Madrid, 2023, p.164.

<sup>20</sup> Art.4 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra.

<sup>21</sup> El apartado c) del art.8.2 ECPI se refiere al caso de conflicto armado que no sea de índole internacional en relación con las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

gación de importantes crímenes de guerra que se han cometido en Gaza, así como la exclusión de la condición de combatientes (y, en su caso, del otorgamiento del estatuto de prisioneros de guerra) a los integrantes de las milicias de resistencia que luchan contra las fuerzas armadas de Israel. De nuevo, se impondría una discriminación entre las fuerzas armadas de un Estado y las milicias de los movimientos de liberación nacional que serían consideradas como facciones internas o terroristas que libran una guerra civil revolucionaria contra la metrópoli y no contra una potencia ocupante que mantiene una *colonización rampante* en el marco de una *fragmentación estratégica* de la población y el territorio palestino<sup>22</sup>. Esta injustificada asimilación o identificación entre movimientos de liberación nacional y terroristas no sólo ha impedido la adopción de una convención general contra el terrorismo internacional<sup>23</sup>, sino que nos retrotrae a la situación colonial anterior a la aprobación del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>24</sup>.

En relación con los crímenes excluidos, se exceptuaría de la investigación y, en su caso, del procesamiento uno de los más graves crímenes de guerra que ha sido denunciado en todos los informes elaborados sobre la situación en Gaza: hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro. De hecho, en la orden de arresto contra los dirigentes israelíes sólo se cita este crimen invocando el artículo 8(2)(b)(xxv) ECPI que se refiere a los conflictos armados de carácter internacional. Incomprensiblemente, el Estatuto de Roma no incluyó inicialmente este crimen para el supuesto de los conflictos armados no internacionales o internos, anomalía que fue subsanada en 2019 mediante la aprobación de una enmienda que, por el momento, sólo ha sido asumida por 16 Estados, entre los que no se encuentra Palestina<sup>25</sup>. Por lo tanto, el crimen de guerra de inanición solo cubriría el pretendido conflicto armado internacional con Palestina, pero no el conflicto armado específico contra Hamás en Gaza a pesar de las declaraciones del Ministro de Defensa israelí, Yoav Gallant, ordenando el “asedio completo” de la Franja de Gaza el 9 de octubre de 2023 para acabar con Hamás. En sus

---

de 12 de agosto de 1949 y el apartado e) del mismo artículo, a las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.

<sup>22</sup> Términos empleados por el Juez Leonardo BRANT en su Declaración a la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, *ICJ Reports 2024*, párrs. 11 y 13.

<sup>23</sup> Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *op.cit.*, pp.187-188.

<sup>24</sup> WRANGE, Pål, “Wars of national liberation and the disruption of hegemony in 1974”, *European Society of International Law (ESIL) 2018 Annual Conference (Manchester)*. Puede consultarse en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3364016> o DOI: [10.2139/ssrn.3364016](https://doi.org/10.2139/ssrn.3364016).

<sup>25</sup> Por el momento, sólo 16 Estados han aceptado esta enmienda, entre los que tampoco se encuentra España ni ninguno de los Estados que remitieron la situación ante la CPI. Véase: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.394.2020-Eng.pdf>. y [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-g&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-g&chapter=18&clang=_en).

palabras, “estamos imponiendo un asedio total a Gaza (...) ni electricidad, ni comida, ni agua, ni gas, todo cerrado”.

Al margen del debate sobre la estatalidad de Palestina, el tema de la calificación de la naturaleza del conflicto armado quedaría resuelto acudiendo al derecho de autodeterminación de los pueblos y al estatuto jurídico de territorio ocupado. Si mantenemos que el pueblo de Palestina tiene derecho a la autodeterminación y que Gaza es un territorio ocupado en contravención del tal derecho se puede afirmar que se trata, en todo caso, de un conflicto armado internacional en cuanto guerra de liberación nacional<sup>26</sup>. El derecho a la autodeterminación es un derecho colectivo reconocido internacionalmente a los pueblos en la Resolución 1514 (XXV) de 1960, conocida como la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales o Declaración sobre la descolonización, y en la Resolución 2625 (XXV) de 1970 que contiene la Declaración sobre 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 y que es entendida como una interpretación auténtica de la Carta. Se trata de un derecho colectivo reconocido a los movimientos de resistencia contra la ocupación colonial o extranjera, lo que incluiría a Hamás tanto como movimiento de resistencia como gobierno *de facto* en Gaza desde 2006. Como ha declarado un experto sobre Gaza y el genocidio, Enzo Traverso: “Hoy, los palestinos ven a Hamás como una fuerza armada que resiste a la ocupación. No nos corresponde a nosotros decir quién forma parte de la resistencia palestina, basándonos en nuestras simpatías o inclinaciones ideológicas. No tengo ninguna simpatía por Hamás, pero su pertenencia a la resistencia palestina es un hecho indiscutible. Y sólo reconociendo este hecho podremos encontrar una solución”<sup>27</sup>.

La Resolución 2625 (XXV) declara que todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación, a la libertad y a la independencia. Además, en los *actos que realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza* con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Las resoluciones 2105 (XX) de 1965, 2649 (XXV), de 1970, 2787

<sup>26</sup> Acerca de las guerras de liberación nacional y el Derecho Internacional Humanitario, cfr. ABISAAB, Georges, “Wars of national liberation in the Geneva Conventions and Protocols”, *The Hague Academy Collected Courses/Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Vol.165, DOI: 10.1163/1875-8096\_pp1rdc\_A9789024726271\_03; CASSESE, Antonio, “Wars of national liberation and Humanitarian Law”, en Paola Gaeta y Salvatore Zappalà (eds), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2008, DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199232918.003.0004; VAGTS, Detlev F., y MERON, Theodor, “The Geneva Conventions of 1949 and wars of national liberation”, en Detlev F. Vagts y otros (eds), *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Oxford, 2013, DOI:10.1093/acprof:oso/9780199680252.003.0016.

<sup>27</sup> “La guerra de Gaza empaña la memoria del Holocausto (III)”, *Conversación sobre la Historia*, 10 de noviembre de 2023: <https://conversacionsobrehistoria.info/2023/11/10/enzo-traverso-la-guerra-de-gaza-empaña-la-memoria-del-holocausto-iii/>. Del mismo autor, *Gaza ante la Historia*, Akal, Madrid, 2024.

(XXVI) de 1971 y 3070 (XXVIII) de 1973 de la Asamblea General, adoptadas por una amplia mayoría, han confirmado la legalidad y legitimidad de la lucha de los pueblos por librarse de la dominación colonial extranjera y de la subyugación foránea por todos los medios posibles, incluida la lucha armada. Finalmente, el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I de 1977 amplía la aplicación de las normas reguladoras del conflicto armado internacional a situaciones tales como los “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a su libre determinación”. Según Araceli Mangas Martín, un pueblo con derecho a la autodeterminación según el Derecho internacional “está legitimado para defenderse mediante la fuerza contra el Estado con el mismo derecho y con el mismo régimen jurídico que el Estado cuando hace frente al ataque armado de otro Estado agresor, o que un pueblo resiste una ocupación extranjera en el sentido del art. 2 común de los Convenios de Ginebra”<sup>28</sup>. Obviamente, tal derecho ha de ejercerse de conformidad con el DIH y los actos contrarios podrán ser calificados de crímenes de guerra o, en su caso, de lesa humanidad.

En las resoluciones 78/192 y 78/170 aprobadas por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2023 y en la resolución 55/30 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 5 de abril de 2024, se reafirma el derecho inalienable, permanente e incondicional del pueblo palestino a la libre determinación, incluidos su derecho a vivir en libertad, justicia y dignidad y su derecho a un Estado de Palestina independiente y se recuerda la conclusión de la Corte Internacional de Justicia, formulada en su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de que Israel, la Potencia ocupante, menoscaba gravemente el derecho del pueblo palestino a la libre determinación que es un derecho *erga omnes*. Derecho inalienable y sin alternativas que ha sido calificado recientemente por la CIJ como *norma imperativa* de Derecho Internacional<sup>29</sup>, esto es, norma de *ius cogens*. Según la Corte, la ocupación no puede utilizarse de manera que deje indefinidamente a la población ocupada en un estado de suspensión e incertidumbre, negándole su derecho a la libre determinación e integrando partes de su territorio en el propio territorio de la Potencia ocupante. La Corte considera que la existencia del derecho del pueblo palestino a la libre determinación en *todo* el territorio no puede estar sujeta a condiciones por parte de la Potencia ocupante, habida cuenta de su carácter de derecho inalienable<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli, “La calificación de las guerras de liberación como conflictos armados internacionales: Consecuencias para el Derecho Internacional Humanitario”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1990-1991, p.16.

<sup>29</sup> Cfr. ICJ, *Reports 2024*, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, párr. 233.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 257 y párrs. 261-262.

En cuanto a la calificación como territorio ocupado de la Franja de Gaza, desde las instancias internacionales está ampliamente admitida aun cuando existan las naturales divergencias doctrinales<sup>31</sup>. En el reciente Informe de 2023 de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel se reitera que “que el Territorio Palestino Ocupado, incluidas Jerusalén Oriental y Gaza, y el Golán sirio ocupado están actualmente bajo la ocupación *beligerante* de Israel, Estado al que se aplican tanto el derecho internacional humanitario como el derecho internacional de los derechos humanos”. La Comisión insiste en que esos dos marcos jurídicos son aplicables, a pesar de que el Gobierno de Israel justifique su conducta como defensa contra el “terrorismo”<sup>32</sup>. La misma jurisprudencia israelí reconoce la situación de ocupación y la naturaleza internacional del conflicto. En el asunto del *Comité Público Contra la Tortura en Israel v. Israel* de 2006, un panel de jueces que incluía al juez Aharon Barak, actualmente juez *ad hoc* en la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Sudáfrica contra Israel*, dictaminó que el conflicto armado entre lo que llamaron “organizaciones terroristas” en “Judea, Samaria y la Franja de Gaza” implicaba un “conflicto de carácter internacional”, reconociendo el principio de distinción entre combatientes y civiles y rechazando la opinión según la cual el Derecho Internacional asume una tercera categoría de “combatientes ilegales”<sup>33</sup>.

Si bien el supuesto más evidente de ocupación es la presencia militar de la potencia ocupante en el territorio, pueden darse distintos grados o modalidades de ocupación. Se puede mantener el régimen de la ocupación y sus consecuencias jurídicas cuando la potencia ocupante no tiene un control efectivo sobre determinados acontecimientos acaecidos en el territorio ocupado. En la Sentencia sobre el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, *Reparación*, de 9 de febrero de 2022, se indica que el Estado ocupante está obligado a reparar todos los ilícitos cometidos en el territorio ocupado incluso si las personas o agentes que participaron en esos actos eran miembros de grupos armados no estatales o miembros de terceros Estados sobre los que no ejercía un “control efectivo”<sup>34</sup>. Por otra parte, también se ha sostenido que cuando se controla efectivamente los elementos esenciales del territorio hay ocupación sin que se requiera la presencia militar sobre el terreno, pues el artículo 42 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y de 1907 relativos a las leyes y costumbres de

<sup>31</sup> BERMEJO, Romualdo y LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia, “El régimen jurídico de la ocupación a la luz de algunos casos recientes, especialmente el de la Franja de Gaza”, *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, N° 51 (October/Octubre 2019), pp.255-297, DOI: 10.31439/UNISCI-65.

<sup>32</sup> A/78/198, de 5 de septiembre de 2023, párr. 5. El énfasis es añadido.

<sup>33</sup> <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-193738/> Véase también, KRETZMER, David, “The law of belligerent occupation in the Supreme Court of Israel”, *International Review of the Red Cross*, 885 Vol. 94, Spring 2012. Puede consultarse en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2657530>.

<sup>34</sup> *ICJ Report 2022*, párrs.78-79, 95 y 275.

la guerra terrestre sólo se refiere al supuesto de que el territorio “se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo”, precisando que “la ocupación no se extiende más que a los territorios en que dicha autoridad se halla establecida, y con medios de ser ejercitada”<sup>35</sup>.

En el caso de Gaza, el control por aire, mar y tierra por parte de Israel resulta incontestable, aunque no exista una presencia militar sobre el territorio de la Franja. A este control debe añadirse el que se ejerce sobre el suministro de infraestructura civil, incluidos el agua y la electricidad, como el relativo a las funciones gubernamentales fundamentales, incluida la gestión del registro de la población palestina. Si bien el ejército de Israel no se encuentra en territorio gazatí, la situación descrita permite que se pueda proceder a la ocupación inmediata del territorio tal y como ha ocurrido tras el 7 de octubre de 2024. Como ha recordado el Estado de Belice en el procedimiento consultivo ante la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, en tal situación, basta con que las fuerzas extranjeras “puedan asumir en cualquier momento el control físico de cualquier parte del país”, que la Potencia ocupante esté “en condiciones de sustituir la autoridad de las autoridades ocupadas por la suya propia” y que tenga “la capacidad de enviar tropas dentro de un plazo razonable para hacer sentir la autoridad de la potencia ocupante”. Israel se encuentra en tal situación con respecto a Gaza. A través de su “retirada” de Gaza en 2005, Israel simplemente ha cambiado los medios por los cuales ejerce control sobre este territorio: ha pasado de ejercer el control a través de su presencia en Gaza a ejercer el control, entre otras medidas, rodeando físicamente Gaza y confinando a su pueblo, e imponiendo ese confinamiento mediante la violencia<sup>36</sup>.

Por otra parte, tal situación de “cortar el césped” periódicamente por parte de Israel sobre la Franja, se ha venido produciendo de forma continuada

---

<sup>35</sup> En el Informe de 21 de enero de 2008 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, John Dugard, se indica que “la prueba para determinar si un territorio se considera ocupado con arreglo al derecho internacional es el control efectivo y no la presencia física permanente de las fuerzas militares de la Potencia ocupante en el territorio en cuestión. Si nos atenemos a esa prueba, es evidente que Israel sigue siendo la Potencia ocupante dado que los adelantos tecnológicos han hecho posible que pueda ejercer su control sobre la población de Gaza sin mantener una presencia militar permanente”, A/HRC/7/17, p. 8.

<sup>36</sup> Cfr. Intervención oral de 20 de febrero de 2024, CR 2024/6, p.18 y Declaración escrita presentada el 25 de julio de 2023, pp.16-17 y párrs. 27-30 y 56 (e). Véase también la declaración escrita de la Liga de Estados Árabes de 20 de julio de 2023, párr: 61 y el Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel presentado en el Consejo de Derechos Humanos 2022 que mantiene la misma conclusión describiendo tal situación como una ocupación a perpetuidad (A/HRC/50/21 2022, párr: 16). Asimismo, el Estudio “La legalidad de la ocupación del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental” del Comité para el Ejercicio de los Derechos Inalienables del Pueblo Palestino de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2023 (<https://www.un.org/unispal/document/estudio-la-legalidad-de-la-ocupacion-del-territorio-palestino-ocupado-incluida-jerusalen-oriental/>).



desde la retirada israelí en 2005. En el Informe anteriormente indicado se afirmaba que:

“Las fuerzas de seguridad israelíes efectuaron al menos cinco operaciones militares a gran escala (2006, entre 2008 y 2009, 2012, 2014 y 2021) mediante incursiones terrestres o bombardeos con artillería pesada y ataques con misiles aire-superficie en una de las zonas más densamente pobladas del mundo. Las fuerzas de seguridad israelíes también han llevado a cabo campañas de ataques aéreos dirigidos con el objetivo de matar a personas concretas relacionadas con Hamás y la Yihad Islámica Palestina (en 2012, 2019, 2022 y 2023, entre otros). Se han producido estallidos periódicos de violencia en las fronteras terrestres y marítimas de Gaza, incluso durante las protestas de la Gran Marcha del Retorno de 2018 a lo largo de la valla perimetral. Estas incursiones y ataques están directamente relacionados con el contexto más amplio de la ocupación israelí y el bloqueo de Gaza (...) La estrategia israelí de realizar repetidas incursiones en Gaza para debilitar a los grupos armados palestinos ha sido mencionada usando la expresión “cortar el césped” por algunos funcionarios israelíes. Las autoridades israelíes justifican habitualmente las operaciones en Gaza alegando motivos de seguridad y la necesidad de defender a Israel de las salvas de cohetes lanzadas por grupos armados palestinos. Los funcionarios israelíes también han admitido cada vez más el uso de ataques preventivos con fines disuasorios, en las operaciones de 2022 y 2023 inclusive”<sup>37</sup>.

Incluso para algunos autores, la ocupación podría haber terminado con la retirada de las fuerzas armadas israelíes de Gaza en 2005. Sin embargo, las reglas del derecho de ocupación se volverían a aplicar tan pronto como las fuerzas invasoras entraran en contacto con la población civil extranjera, siempre que el Estado invasor ejerciera suficiente control sobre los individuos para poder cumplir con sus obligaciones. Otra opinión, más restrictiva, entiende que la ocupación podría haber terminado después de 2005 y reanudarse sólo cuando y donde las fuerzas armadas israelíes ejercieran ese control territorial efectivo que implicaría la presencia física de las fuerzas militares israelíes, la falta de consentimiento del Estado de Palestina y la

<sup>37</sup> A/78/198, párrs. 48-49 y 53. Tal situación ha sido puesta de manifiesto en distintos informes. Sobre la conducción de actividades militares en Gaza entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009 (*Operación Plomo Fundido*), en el Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (2009) se describe con sumo detalle las operaciones militares marítimas y aéreas que facilitaron la invasión terrestre israelí de Gaza en un breve periodo de tiempo. Según se indica en el Informe, la previsión de los 630 blancos que debían atacar las fuerzas armadas, ya que pertenecían a sospechosos de Hamás o eran parte de lo que Israel consideraba la infraestructura de Hamás, se alcanzó en su totalidad al final del cuarto día de las operaciones aéreas en la primera semana. En este informe se recuerda que la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, consideró que la transferencia de facultades y responsabilidades por Israel, con arreglo a distintos acuerdos concertados con la Organización de Liberación de Palestina (OLP) “no hizo nada” que alterara la naturaleza de Israel como Potencia ocupante (*ICJ Reports, 2004*, párrs. 76-78). Cfr. A/HRC/12/48, pp.83-87 y p.71.



capacidad de las fuerzas israelíes para ejercer autoridad sobre el territorio en lugar de las autoridades locales, es decir, Hamás<sup>38</sup>.

La calificación de territorio ocupado ha sido reiteradamente confirmada por las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Entre las últimas, cabe destacar la Resolución A/ES-10/L.2, aprobada el 27 de octubre de 2023 por la Asamblea General en sesión de emergencia especial, vía Resolución 377 (V) “Unión pro paz”, en la que se pide “que se anule la orden de Israel, la Potencia ocupante, de que los civiles palestinos y el personal de las Naciones Unidas, así como los trabajadores humanitarios y médicos, evacúen todas las zonas de la Franja de Gaza situadas al norte de Wadi Gaza y se reubiquen en el sur de Gaza”, recordando que los civiles están protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y deben recibir asistencia humanitaria dondequiera que se encuentren. Igualmente, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 2720 (2023) de 22 de diciembre, incide en que la Franja de Gaza constituye una parte integral del territorio ocupado en 1967 y reitera la aspiración a la solución biestatal, según la cual la Franja de Gaza forma parte del Estado palestino. Incluso podríamos mencionar cómo el propio Israel en su comunicación de 7 de octubre de 2023 al Consejo de Seguridad en relación con el inicio de su operación militar “*Espadas de Hierro*”, no ha invocado expresamente el derecho a la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sino un derecho más acorde con su condición de potencia ocupante como es el derecho a proteger a su población y garantizar su soberanía. A tal efecto, ha declarado que “el Estado de Israel tomará todas las medidas necesarias para proteger a sus ciudadanos y defender su soberanía de los continuos ataques terroristas que perpetran Hamás y otras organizaciones terroristas y cuyo punto de origen es la Franja de Gaza. No nos quedaremos de brazos cruzados mientras se ataca y se asesina a los israelíes”<sup>39</sup>.

Finalmente, la CIJ, en el asunto consultivo sobre la *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, ha asumido el criterio del *control efectivo* frente a la necesidad de la presencia militar. La presencia militar física en el territorio ocupado no es indispensable para el ejercicio por un Estado de un control efectivo, siempre que el Estado de que se trate tenga la capacidad de hacer valer su autoridad, incluso haciendo sentir su presencia física dentro de un plazo razonable<sup>40</sup>. Para la CIJ, la presencia mantenida por Israel en el territorio palestino ocupado, en violación de la norma que prohíbe la adqui-

<sup>38</sup> Cfr. VAN STEENBERGHE, Raphael y HEMPTINNE, Jérôme de, “ICC Prosecutor’s application for arrest warrant against Israeli leaders: The war crime of starvation and its contextual element”, (June 4, 2024) y QUIGLEY, John B, “Karim Khan’s Dubious characterization of the Gaza hostilities” (May 28, 2024) en *EJIL Talk Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>39</sup> <https://digitallibrary.un.org/record/4023713?ln=es&v=pdf>

<sup>40</sup> *ICJ Reports 2024*, párr. 91.

sición de territorios por la fuerza y del derecho a la autodeterminación del pueblo palestino, constituye un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo que entraña su responsabilidad internacional<sup>41</sup>. El carácter continuado de la ocupación convertido en un vehículo para lograr la anexión de territorios desvirtúa, además, cualquier justificación de legítima defensa o de *medidas de seguridad permanente* invocadas por la potencia ocupante que, en su caso, deberían tener un propósito defensivo y temporal<sup>42</sup>.

### 3. EL UMBRAL DEL GENOCIDIO Y LA “SOMBRA ALARGADA DEL HOLOCAUSTO”: EL GENOCIDIO DEL GRUPO POR LIDERAZGO

“El genocidio es un proceso, no un acto” se dice en “Anatomía de un Genocidio”, Informe de la Relatora Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en los Territorios Palestinos Ocupados desde 1967, Francesca Albanese<sup>43</sup>. En el Informe se indica que, ante la imposibilidad de erradicar a Hamás, el ejército israelí ha hecho cómplice a la población gazatí y ha convertido en objetivos militares las estructuras civiles (iglesias, mezquitas, instalaciones de Naciones Unidas, escuelas, universidades, hospitales y ambulancias) en las que se cobijan o buscan amparo, para justificar su aniquilación<sup>44</sup>. También se ha afirmado que, tras la devastación material de Gaza, comenzó la eliminación de la intelectualidad palestina: académicos, médicos, técnicos, periodistas, intelectuales y poetas<sup>45</sup>.

Por el momento, en la solicitud de las órdenes de arresto, el Fiscal de la CPI no hace alusión al crimen de genocidio aun cuando fuera incluido en la solicitud remitida por Sudáfrica y otros Estados y pueda ser incorporado en un momento posterior del proceso mediante la ampliación de cargos (art.61.9 ECPI). El tabú de condenar al gobierno del pueblo judío de Israel, objeto del Holocausto y de la política de solución final que dieron precisamente origen a la Convención contra el genocidio de 1948, sigue pesando demasiado para probar la intencionalidad (*mens rea*) genocida en otros supuestos de extermi-

<sup>41</sup> *Ibidem*, párr.267.

<sup>42</sup> Cfr. Declaración conjunta de los jueces NOLTE y CLEVELAND a la Opinión Consultiva previamente citada. Por su parte, la Juez Hilary CHARLESWORTH destaca en su Declaración que el alcance territorial (todo el territorio palestino) y temporal (más de 57 años) de la ocupación israelí también socava la tesis de que esta ocupación está justificada por motivos de legítima defensa. El Derecho Internacional no establece, ni podría establecer, límites territoriales y temporales categóricos al uso de la fuerza en legítima defensa, incluso en forma de ocupación, límites que se determinarán caso por caso por los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Con arreglo a esos requisitos, cabe prever que las operaciones selectivas, incluida la ocupación, se lleven a cabo en el territorio desde el que se origina el ataque armado y durante todo el tiempo que se produzca. Sin embargo, cuanto más tiempo pasa, menos plausible es que se esté produciendo, o de hecho siga ocurriendo, un ataque armado; y menos plausible es que la continuación de la ocupación de todo un territorio extranjero sea una medida necesaria y proporcionada en respuesta al derecho a la legítima defensa. Cfr. párr. 27.

<sup>43</sup> A/HRC/55/73, párr. 8.

<sup>44</sup> *Ibidem*. párr. 62.

<sup>45</sup> Enzo Traverso, “La masacre de Gaza está socavando la cultura democrática”, 7 de abril de 2024 en <https://www.sinpermiso.info/textos/la-masacre-de-gaza-esta-socavando-la-cultura-democratica>.

nios. Se ha comentado que todo genocidio se pretende analizar bajo el *test* del Holocausto nazi lo que impide superar el umbral establecido en el mismo<sup>46</sup>. Recientemente, en la Declaración conjunta de 15 de noviembre de 2023 en el caso de *Gambia c. Myanmar*, Canadá, los Países Bajos, el Reino Unido, Alemania, Francia y Dinamarca advirtieron en su solicitud de intervención ante la CIJ contra “hacer que el umbral para inferir la intención genocida sea tan difícil de alcanzar que los hallazgos de genocidio sean casi imposibles”<sup>47</sup>. En el mismo sentido se pronunciaba España en su declaración de intervención, vía artículo 63 del Estatuto de la CIJ, presentada el 28 de junio de 2024 en el asunto del *genocidio palestino* incoado por Sudáfrica<sup>48</sup>.

Ante los distintos procesos judiciales abiertos para dirimir las diferentes responsabilidades por los crímenes cometidos en Gaza tras los atroces atentados de 7 de octubre de 2023, ¿podemos mantener que el Estado de Israel sea *plausiblemente* juzgado por genocidio, proceso que requiere de unas reglas de atribución de responsabilidad particularmente estrictas e impone la regla probatoria de la única inferencia posible<sup>49</sup>, y no lo sean los responsables gubernamentales o militares que ordenan los ataques masivos e indiscriminados contra la población civil palestina? La Corte Penal Internacional se creó con la intención de levantar el velo de la soberanía de los Estados, acabando con sus inmunidades (art.27 ECPI), y de enjuiciar a los verdaderos artífices de las atrocidades cometidas. Era necesaria la personificación o individualización de la responsabilidad internacional como vía para potenciar el “efecto moral”, así como la plenitud del ordenamiento internacional pues, como ya se pronunció el Tribunal Militar de Núremberg, los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas.

Sobre esta cuestión no podemos pasar por alto los distintos informes de las Naciones Unidas que resaltan bien directamente la comisión de un genocidio<sup>50</sup>, bien la existencia de un exterminio premeditado y castigo colectivo contra la población palestina que podría ser calificado de genocida<sup>51</sup>. Esto es, cabe preguntarnos si ha llegado el momento de pasar de las calificaciones de exterminio o *apartheid* asumidas en los distintos informes de la ONU a la calificación de genocidio en el actual y devastador conflicto armado en Gaza. La CIJ, en su reciente Opinión Consultiva de 19 de julio de 2024, ha considerado que el régimen de restricciones integrales impuestas por Israel a los palesti-

<sup>46</sup> KENNY, Córman y TRAVIS, Farr, “The International Criminal Court’s opportunity to correct the erroneous interpretation of the *mens rea* for genocide”, *Human Rights Quarterly*, vol. 46, 2024-1, p. 25-66, en particular, p. 47. DOI: 10.1353/hrq.2024.a918539.

<sup>47</sup> Cfr. párr. 51 de la Declaración conjunta: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20231115-wri-01-00-en.pdf>

<sup>48</sup> Cfr. párr. 24 de la Declaración de España: <https://icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240628-int-01-00-en.pdf>

<sup>49</sup> MILANOVIĆ, Marko, “State responsibility for genocide”, *European Journal of International Law*, 2006-3, pp. 553-604, DOI: 10.1093/ejil/chl019.

<sup>50</sup> A/HRC/55/73.

<sup>51</sup> A/HRC/56/26.

nos en el territorio ocupado constituye una discriminación sistémica basada, entre otras razones, en la raza, la religión o el origen étnico, que separa “física y jurídicamente” a los palestinos, en violación de la normativa internacional de derechos humanos, incluido el artículo 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial que hace referencia a la segregación y el *apartheid*<sup>52</sup>. Acabar con Hamás está significando acabar con la población palestina gazatí pues Israel ha abolido *de facto e intencionalmente* la distinción entre combatientes y población civil, entre bienes de carácter civil y objetivos militares. El propio Gobierno israelí ha reconocido tal situación al declarar que: “No terminaremos la guerra en Gaza hasta eliminar a Hamás a cualquier precio”. Al mismo tiempo, el portavoz del ejército de Israel, Daniel Hagari, indicaba que la erradicación de Hamás en la Gaza invadida es una misión harto difícil, si no imposible. Hagari se refería a las milicias islamistas palestinas no tanto como una organización paramilitar, sino como un aglutinante ideológico y político del Estado palestino<sup>53</sup>.

La CIJ ha entendido que existe plausibilidad en la comisión de actos de genocidio contra el pueblo palestino fundamentándose en las dimensiones extraordinarias de la destrucción y muerte en Gaza<sup>54</sup>, incluido el desplazamiento de casi el 85% de la población gazatí (una nueva y ominosa *Nakba*<sup>55</sup>), así como en las declaraciones relevantes y reiteradas de sus dirigentes políticos y militares. De la aseveración del Ministro de Defensa israelí sobre que Gaza no volverá a ser lo que era antes, que en su objetivo de acabar con Hamás, eliminaría todo y llegaría a todos los lugares, si no en un día, en una semana o incluso en meses<sup>56</sup>; hasta la invocación por parte del Primer Ministro, Benjamín Netanyahu, del bíblico mandato aniquilador contra Amalek que supone erradicar y destruir de la faz de la tierra todo lo que tiene el enemigo sin apiadarse de hombres, mujeres o niños, incluso lactantes<sup>57</sup>. En sep-

<sup>52</sup> Cfr. *ICJ Reports 2024, Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, párrs. 223-229.

<sup>53</sup> “Netanyahu exige acabar con Hamás a cualquier precio, pero los militares creen que es una misión imposible”, *Público*, 20 de junio de 2024, Información de Juan Antonio Sanz.

<sup>54</sup> En ese momento, la CIJ hacía referencia a que 25.700 palestinos muertos, más de 63.000 heridos, más de 360.000 viviendas destruidas o parcialmente dañadas y aproximadamente 1,7 millones de personas habían sido desplazadas internamente lo que supone más del 75% de la población. A 17 de junio de 2024 y según datos facilitados por UNRWA, al menos 38.664 personas han sido asesinadas —alrededor del 70% son niños, niñas y mujeres—, 89.097 han resultado heridas y hasta 1,9 millones de personas (o nueve de cada diez personas) en toda la franja de Gaza están desplazadas internamente, incluidas personas que han sido desplazadas hasta 10 veces. Cfr. <https://unrwa.es/actualidad/noticias/informe-actualizado-de-la-situacion-en-gaza-17-de-julio-de-2024/>.

<sup>55</sup> PONS RAFOLS, Xavier, “La guerra en Gaza y el conflicto palestino-israelí: un punto de inflexión en medio de un ciclo sin fin de violencia”, *Peace & Security-Paix et Sécurité Internationales*, vol. 12, 2024, p. 5.

<sup>56</sup> Cfr. *ICJ Reports 2024, Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica c. Israel)*, Orden de 26 de enero de 2024 sobre medidas provisionales, párrs. 41-55.

<sup>57</sup> Mencionado por Sudáfrica en su intervención oral ante la CIJ. Cfr. *ICJ, Aplicación de la Convención de la prevención y sanción del crimen de genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica c. Israel)*, CR

tiembre de 2023, Netanyahu mostró a la Asamblea General de las Naciones Unidas un mapa que representa el “nuevo Oriente Medio” que incorpora todo el Territorio Palestino Ocupado al Estado de Israel<sup>58</sup>. En 1940, Joseph Weitz, jefe del Departamento de Colonización Judía declaró: “No hay sitio para ambos pueblos juntos en este país. La única solución es Palestina sin árabes. Y no hay otra manera que transferirlos a todos: no debe quedar ni un pueblo, ni una tribu<sup>59</sup>”; mientras que en 2024, el Ministro de Asuntos Exteriores Israeí —ante la reunión del Consejo de la UE de asuntos exteriores, al que fue invitado— desarrolló la idea ya anunciada siete años atrás de construir una isla artificial dependiente en su suministros básicos de Israel, donde ubicar al conjunto de la población palestina, liberando así al completo el territorio del antiguo mandato palestino repartido<sup>60</sup>.

En el procedimiento contra el presidente sudanés *Al Bashir*, al discutir sobre el *dolus specialis* (*mens rea*: intención específica de destruir a un grupo o parte del grupo protegido) requerido para el genocidio, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI hizo una distinción entre la intención genocida y la intención persecutoria. Citando la Sentencia sobre el *Genocidio bosnio* de la CIJ de 2007 (*Bosnia-Herzegovina c. Serbia-y-Montenegro*), precisó que se debe establecer una distinción clara entre la destrucción física y la estricta disolución de un grupo, lo que no significa que la práctica de la limpieza étnica nunca puede dar lugar a la comisión del delito de genocidio<sup>61</sup>. En este punto, la pregunta es si el objetivo del exterminio llevado a cabo por Israel es la eliminación de Hamás y otras milicias palestinas y sus actividades armadas (incluidas las terroristas) o, por el contrario, se pretende acabar con el liderazgo político y social que Hamás y estos grupos no estatales representan en su lucha por la libre determinación del pueblo palestino y acabar, al mismo tiempo, con la identidad nacional, étnica, religiosa y política del grupo que reconoce y se identifica con tal liderazgo.

Si bien, como se ha destacado jurisprudencialmente, los motivos y la intención no tienen por qué coincidir (ni confundirse) en la identificación del crimen de genocidio<sup>62</sup>, en ocasiones muestran un extremo paralelismo, en particular cuando las motivaciones son militares, pues al fin y al cabo es to-

2024/1, pp.31-42. “Ahora ve y derrota a Amalec. Conságralo al exterminio con todo lo que posee y no lo perdones, mata a hombres y mujeres, niños y pequeños, vacas y ovejas, camellos y asnos”.

<sup>58</sup> Cfr. Declaración del Presidente de la CIJ, Juez SALAM, a la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental*, *ICJ Reports 2024*, párr. 28.

<sup>59</sup> A/HRC/55/73, párr. 10.

<sup>60</sup> Citado por SALINAS DE FRÍA, Ana en “La guerra en Gaza ¿puede la lucha contra el terrorismo justificar un genocidio?”, *Revista Española de Derecho Internacional* 76, 2024-1, p. 351, DOI: 10.36151/REDI.76.1.16.

<sup>61</sup> Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 4 de marzo de 2009, *Fiscal c. Omar Al Bashir*, caso No. ICC-02/05-01/09-3, párrs. 144-145.

<sup>62</sup> TPIR, asuntos *Kayishema y Ruzindana*, ICTR-95-1. Sentencia Apelación de 1 de junio 2001, párr. 161 y *Niyitegeka.*, ICTR-96-14, Sentencia Apelación de 9 de julio de 2004, párr. 52.

talmente concebible que un perpetrador mate a miembros del grupo porque desea destruirlo como tal, mientras que al mismo tiempo considera al grupo, colectivamente, como un enemigo militar a aniquilar<sup>63</sup>. Respecto a la Franja de Gaza, se ha indicado que la Corte deberá examinar exhaustivamente la totalidad de las pruebas, teniendo en cuenta el hecho de que las consideraciones militares pueden ser la base de la intención genocida o coexistir con ella en el mismo nivel. En el primer caso, lo que importa es la intención genocida. En el segundo, la labor de la Corte consistirá en sopesar las pruebas para garantizar que la coexistencia al mismo nivel de la intención genocida y la motivación militar sea “la única inferencia razonable” en el caso de la CIJ o el “motivo más que razonable” para el enjuiciamiento penal de los hechos por parte de la CPI<sup>64</sup>.

En el asunto *Sikirica y otros*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideró, con referencia al asunto *Jelisić*, convincente la conclusión acerca de que la intención genocida requerida puede inferirse de la destrucción intencionada de un número limitado de personas seleccionadas por el impacto que su desaparición tendría en la supervivencia del grupo como tal. Lo importante en este caso, es la selección de un número selecto de personas que, debido a sus especiales cualidades de liderazgo dentro del grupo en su conjunto, son de tal importancia que su victimización en el sentido del crimen de genocidio afectaría a la supervivencia del grupo como tal. La Sala caracterizó la identificación de esas personas como objetivos del ataque, bien sea en función de sus deberes oficiales, bien en razón a su personalidad, en la medida en que tienen la cualidad especial de dirigir las acciones u opiniones del grupo en cuestión<sup>65</sup>. En el caso de Gaza, Israel ha demostrado, y publicitado como grandes logros alcanzados, que tecnológicamente puede acabar con los líderes de Hamas sin causar bajas civiles significativas, sin embargo, ha preferido el exterminio de la población gazatí que sustenta el liderazgo de Hamás o que sustentará otro liderazgo similar (*genocidio del grupo por liderazgo*).

La intencionalidad específica o dolo especial puede establecerse mediante pruebas directas, por ejemplo, declaraciones de altos mandos o documentos oficiales, o inferirse del *contexto de pautas manifiestas de conducta* (art.6 de los Elementos de los Crímenes). Según la jurisprudencia penal internacional, entre los indicadores que pueden revelar un mayor nivel de intención similar a la “intención genocida” están los métodos utilizados para llevar a cabo el proyecto de “depuración étnica”, como “la escala masiva del efecto de la destrucción”, el número de víctimas seleccionadas sólo porque pertenecían a un grupo en

<sup>63</sup> BEHRENS, Paul, “Genocide and the question of motives”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, p.519 DOI:10.1093/jicj/mqs038.

<sup>64</sup> Cfr. MOUSTAFA ESSAWY, Rana, “The attainability of the evidentiary standard for genocidal intent in Gaza”, May 3, 2024, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>65</sup> Sentencia de 3 de septiembre de 2001, TPIY, *Fiscal c. Sikirica y otros*, caso No. IT-95-8-T, párrs. 77-78.



particular, o los medios utilizados para llevar a cabo la destrucción de un grupo como pueden ser los casos de violación sistemática, a veces con la intención de transmitir una nueva identidad al niño; la destrucción de iglesias, mezquitas u otros símbolos que simbolicen la presencia secular de un grupo; o sembrar el miedo y el terror para desmembrar al grupo<sup>66</sup>. En la conocida decisión *Akaye-su*, la Sala del Tribunal Penal Internacional para Ruanda estimó que es posible deducir la intención genocida de *presunciones de hecho*. A tal efecto, se indicó que la intención genocida inherente a un acto particular imputado podía deducirse a partir del contexto general de la perpetración de otros actos sistemáticamente dirigidos contra ese mismo grupo, ya sea por un mismo autor o por autores diferentes. Múltiples factores, como la magnitud de las atrocidades cometidas, su carácter general en una región o en un país, o más aún, el hecho de atacar deliberada y sistemáticamente a las víctimas por su pertenencia a un grupo determinado, excluyendo al mismo tiempo a los miembros de otros grupos, pueden permitir a la Sala inferir la intención genocida<sup>67</sup>.

En el caso del genocidio cometido por el Estado, la CIJ ha exigido que de tales pautas de conducta se debe inferir que la única intención razonable es la genocida (la prueba indirecta debe ser tal que la existencia de una *intención especial genocida sea la única o razonable inferencia posible*<sup>68</sup>), aun cuando se ha requerido a este Tribunal de La Haya la necesidad de rebajar la exigencia de tal estándar por un enfoque más equilibrado. En su declaración de intervención en el asunto de *Sudáfrica c. Israel* e invocando la Sentencia de 2015 sobre el caso del *genocidio de Croacia c. Serbia*, España ha defendido que hay que evitar un enfoque que haría “imposible llegar a conclusiones por vía de inferencia” por lo que, al determinar si la intención específica puede inferirse o no de la conducta, se deben sopesar las pruebas y filtrar las inferencias que no sean razonables. Dicho de otro modo, el criterio de la “única inferencia razonable” se debe aplicar únicamente entre explicaciones alternativas que se ha constatado que están razonablemente respaldadas por las pruebas. Al evaluar si se puede inferir una intención específica, se debe evaluar la evidencia disponible de manera integral y holística<sup>69</sup>. En el marco de la justicia penal internacional, tal conducta debe superar el *test del motivo razonable o el criterio de más allá de la duda razonable* según el momento procesal en el que nos encontremos.

<sup>66</sup> *Fiscal c. Karadžić y Mladić*, casos Nos.: IT-95-5-R61 y IT-95-18-R61, Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, párr. 94. Véase sobre esta cuestión, KNOOPS, Geert-Jan Alexander, “*Mens rea* and genocide” en *Mens Rea at the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, 2016, pp. 93-110, en concreto, pp.99-100; y Ambos, Kai, “Karadzic’s genocidal intent as the “only reasonable inference”?”, April,1, 2016, *Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de septiembre de 1998, *Fiscal c. Jean-Paul Akayesu*, caso No. ICTR-96-4-T, párr. 523.

<sup>68</sup> *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia- Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports 2007 (I)*, pp. 196-197, párr. 373; *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Croacia c. Serbia)* Sentencia de 3 de febrero de 2015, párrs. 145-148.

<sup>69</sup> <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240628-int-01-00-en.pdf>



El artículo 58.1 ECPI, en fase de investigación, se refiere a la existencia de un motivo razonable para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. El umbral probatorio de “motivo razonable para creer” en esta fase procesal debe distinguirse del umbral requerido para la confirmación de los cargos (“motivos fundados para creer”, art. 61.7 ECPI) y del umbral para una declaración de culpabilidad (“más allá de toda duda razonable” art. 66.3 ECPI).

En el asunto *Al Bashir*, la Sala de Apelaciones de la CPI entendió que el criterio de la “única conclusión razonable” de la existencia de genocidio por pruebas indirectas exigido por la Sala de Cuestiones Preliminares para autorizar la orden de arresto resultaba erróneo al establecer un criterio superior y más exigente al previsto en el artículo 58.1 ECPI. En concreto, la Sala de Cuestiones Preliminares aplicó, en esa fase del procedimiento, la prueba genocida “más allá de toda duda razonable”, lo que constituía un error de derecho. Exigir que la existencia de intención genocida sea la única conclusión razonable equivale a exigir que el Fiscal refute todas las otras conclusiones razonables y elimine toda duda razonable. Si la única conclusión razonable sobre la base de las pruebas es la existencia de intención genocida, entonces no se puede decir que esa conclusión establezca meramente un “motivo razonable para creer”<sup>70</sup>.

A la espera del avance de los procesos judiciales abiertos tanto en la CIJ como en la CPI, los anteriores criterios expuestos podrían quedar subsumidos en las conclusiones del Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, e Israel publicado el 27 de mayo de 2024. En él se afirma que las autoridades israelíes presentaron consistentemente sus objetivos militares como la destrucción total de Hamás, la liberación de rehenes israelíes y la prevención de futuras amenazas al Estado de Israel emanadas de la Franja de Gaza. Sin embargo, sus acciones y las consecuencias de sus acciones indican otras motivaciones, incluyendo venganza y castigo colectivo. Las declaraciones hechas por funcionarios israelíes reflejan una política y práctica de infligir destrucción generalizada, matar a un gran número de civiles y realizar traslados forzados. Para la Comisión tales declaraciones *equivalían a incitación y podrían constituir otros graves crímenes internacionales*. Las declaraciones estaban dirigidas a deshumanizar sistemáticamente a los palestinos, particularmente a los hombres y niños palestinos, y llamaban al castigo colectivo<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Situación en Darfur (Sudán), caso *Fiscal c. Omar Hassan Ahmad al Bashir*, Sentencia de 3 de febrero de 2010, No. ICC-02/05-01/09 OA, párrs. 29-42. Sobre este asunto, véase KREß, Claus, “The ICC’s first encounter with the crime of genocide. The case against *Al Bashir*”, en Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of The International Criminal Court*, 2015, Oxford University Press, London, pp.669-704.

<sup>71</sup> Cfr. A/HRC/56/26, párr. 101. Los informes de distintas comisiones de investigación fueron sumamente relevantes para demostrar plausiblemente la intención genocida al menos en fase de excepciones preliminares sobre la competencia de la CIJ en el asunto sobre la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Gambia c. Myanmar)*, *Excepciones preliminares*, Sentencia de 22 de julio de 2022, párrs. 65-77.

### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA RELATIVA A DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES / *PRACTICE OF SPAIN RELATING TO INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS*

Coordinada por  
Helena TORROJA MATEU y José Luis IRIARTE ÁNGEL

#### LA DATA ACT: ¿UN NUEVO MOTOR ECONOMICO PARA EUROPA?

#### *DATA ACT: A NEW ECONOMIC DRIVER FOR EUROPE?*

Julián LOZANO HERNÁNDEZ\*

**Palabras clave:** Unión Europea, datos, gobernanza.

**Keywords:** European Union, data, governance.

**SUMARIO:** 1. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS. 2. EL REGLAMENTO DE GOBERNANZA DE DATOS. 2.1 La reutilización de determinadas categorías de datos protegidos del sector público. 2.2 La figura de los proveedores de servicios de intermediación de datos. 2.3 La cesión altruista de datos. 3. EL REGLAMENTO DE DATOS. LA LEY DE DATOS (“DATA ACT”). 4. CONCLUSIONES.

#### 1. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS

A lo largo del último año se ha hablado mucho de Inteligencia Artificial (“IA”) y, en particular, en el mundo jurídico del recientemente aprobado Re-

---

\* Abogado y Director Asesoría Jurídica del Grupo Artech. Doctor en Derecho con mención internacional por la Universidad de Deusto. [julian.lozano@artech.com](mailto:julian.lozano@artech.com). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 18 de noviembre de 2024.

glamento en el Consejo de la Unión Europea<sup>1</sup>. Y es lógico porque, sin duda, se trata de una norma que supone un gran avance, no sólo a nivel europeo sino mundial, en la regulación de una materia tan compleja y que conlleva riesgos de diverso tipo a los que la norma trata de regular.

Pero esta norma no nace aislada, sino que lo hace dentro de un ecosistema legal de regulación digital<sup>2</sup> definido en la Estrategia Europea de Datos (“Estrategia”)<sup>3</sup> elaborada por la Comisión y que tiene como objetivo situar a Europa en una situación de vanguardia mundial con relación al uso de los datos generados por los particulares y las empresas al utilizar productos y servicios. Esta Estrategia reconoce que somos una economía dirigida por los datos (*data driven economy*) y que estos son parte fundamental del presente y del futuro de Europa como sociedad al ser el activo básico para el desarrollo de una sociedad digital y fundamentales en el funcionamiento de nuevas tecnologías como el *blockchain* o la IA. Por ello, es necesario que la UE cuente con empresas competitivas e innovadoras en estas nuevas tecnologías para lo que se precisa permitir un uso adecuado de los datos como activos y facilitar su transmisión segura. Y, dentro de esa reflexión, era evidente que Europa estaba siendo una generosa vaca que estaba siendo exprimida, fundamentalmente, por grandes empresas norteamericanas y que la pasividad de las autoridades europeas estaba provocando un doble efecto<sup>4</sup>: por un lado, desprotección jurídica de los particulares y las empresas europeas<sup>5</sup>; por otro

<sup>1</sup> Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento (UE) núm. 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

<sup>2</sup> Que incluye, por ejemplo, algunas normas ya aprobadas como el paquete de normas de servicios digitales dirigido a garantizar su carácter abierto de manera que se reduzcan las conductas desleales y formado por el Reglamento de Servicios Digitales (Reglamento (UE) núm. 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, *DOUE*, L277, de 27 de octubre de 2022) y el Reglamento de Mercados Digitales (Reglamento (UE) núm. 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828, *DOUE*, L265, de 12 de octubre de 2022). Junto a las ya aprobadas, se está en proceso de aprobación las relativas a, entre otras, temas tan relevantes como la identidad digital europea, todas ellas siempre con carácter de Reglamento con el objeto de producir un cuerpo legislativo armonizado directamente aplicable a todos los Estados sin necesidad de transposición en la legislación nacional.

<sup>3</sup> Véase <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/strategy-data>

<sup>4</sup> Antes de esta Estrategia, la UE ya se había preocupado por el uso de los datos, pero lo había hecho fundamentalmente desde la perspectiva de protección de los titulares de los datos personales con el Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DOUE*, L119, de 4 de mayo de 2016 (“RGPD”) que propició que la UE fuese el ejemplo a seguir en esta materia por multitud de jurisdicciones en el mundo, algo que se espera vuelva a ocurrir con los nuevos Reglamentos relacionados con el uso de los datos personales y no personales.

<sup>5</sup> Es importante recordar que toda la normativa digital, y no sólo la específica de los datos digitales, tiene que ajustarse a “nuestros valores y leyes europeas” (léase, valores democráticos y respeto a los derechos fundamentales de las personas) en conformidad con la declaración interinstitucional de la

lado, infrautilización y falta de aprovechamiento económico de esa nueva economía<sup>6</sup>.

Para superar estas limitaciones nace esta Estrategia que tiene como horizonte el año 2030<sup>7</sup> en el que se pretende, en base a diferentes iniciativas legislativas a nivel europeo<sup>8</sup>, crear un mercado y una economía basada en los datos en un mercado único europeo donde los datos puedan fluir libremente entre diferentes sectores y Estados miembros (aunque siempre sujetos al RGPD, en el caso de los personales, y las demás normas de protección que puedan ser de aplicación, como las de ciberseguridad), a semejanza de otras libertades básicas de la Unión.

En ejecución de la Estrategia, la Comisión está siguiendo unos pasos lógicos en la creación de un marco armonizado de legislación y ha regulado, en primer lugar, los procesos y estructuras necesarios para facilitar el intercambio de datos por empresas, particulares y el sector público por medio de unos requisitos básicos para la gobernanza de datos que faciliten la creación de un mercado único europeo (con el Reglamento de Gobernanza de Datos) y, a continuación, redactando la norma que fomenta la reutilización de datos y que, adicionalmente, tiene como objetivo conseguir que estos sean de mayor calidad, estableciéndose quién puede crear valor a partir de los datos y bajo qué condiciones (con el Reglamento de Datos).

Adicionalmente, la Estrategia tiene también como eje la generación de espacios comunes europeos de datos (*European data spaces*) en ámbitos específicos definidos como estratégicos (p.ej., salud, movilidad, financiero, agrícola, energía sostenible) en los que participen tanto entes públicos como privados

---

Comisión Europea de 26 de enero de 2022 en relación con los derechos digitales y principios que guían la década digital europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, COM(2022) 27 final), véase <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>

<sup>6</sup> La misma Comisión estimaba en 301.000 millones de euros (2.4% del PIB de la UE) el valor de la economía digital en 2018 pero en 829.000 millones su valor en 2025, véase [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es), apartado “Cifras previstas para 2025”.

<sup>7</sup> Véase COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade, COM/2021/118 final. Esta estrategia nace de una decisión política previa donde se establecieron seis prioridades políticas hasta el año 2024, siendo una de ellas la de digitalización expresada en la denominada “Una Europa adaptada a la era digital”, pero la misma ha rebasado ese marco plurianual extendiéndolo hasta 2030, véase [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024_es)

<sup>8</sup> En realidad, junto a las iniciativas legislativas existen otras de otro tipo como, por ejemplo, una inversión de dos mil millones de euros para un proyecto europeo de alto impacto con el objetivo de desarrollar infraestructuras de procesamiento de datos, herramientas para compartir datos, o arquitecturas y mecanismos de gobernanza para el intercambio de datos. Igualmente, y en relación con los servicios en la nube (*cloud computing*), existe el objetivo de asegurar a los mismos un acceso más seguro, justo y competitivo.

pero que sean de interés público, con el objetivo declarado de que se interconecten entre ellos para que los datos puedan explotarse de manera cruzada<sup>9</sup>.

Un aspecto común y muy importante a tener en cuenta en esta nueva regulación es que se refiere tanto a datos personales como no personales pero siempre en su representación digital, no en papel o cualquier otro medio de soporte, ya que se definen los datos como toda representación digital de actos, hechos o información, así como cualquier compilación de los mismos incluso si es en formato sonoro, visual o audiovisual<sup>10</sup>. Se trata por tanto de un nuevo activo “digital” pero que, dada su complejidad, no ha sido regulado todavía en todos sus aspectos jurídicos (p.ej., la propiedad, que entra en conflicto con leyes nacionales)

A continuación, vamos a analizar brevemente ambos Reglamentos por su esperado importante impacto económico ya que se espera que de ellos surja un nuevo y potente motor de innovación al estimar la Comisión que, una vez eliminadas las trabas que provocan la infrautilización de los datos, se generen 270.000 millones de euros de PIB adicional para los Estados miembros de la Unión de aquí a 2028<sup>11</sup> y la Unión Europea se convierta en líder mundial de la nueva economía dirigida por datos.

## 2. EL REGLAMENTO DE GOBERNANZA DE DATOS

El Reglamento de Gobernanza de Datos<sup>12</sup> (más conocido como *Data Governance Act* o DGA), aplicable desde el 24 de septiembre de 2023, tiene como objetivo crear un mercado europeo reglado de intercambio de datos de calidad en línea con los valores y principios de la UE por lo que está basado en los principios de transparencia y confianza.

Para conseguir este objetivo, la DGA regula tres medidas diferentes: una primera destinada a fomentar la circulación, intercambio y disponibilidad de los datos para la reutilización de determinadas categorías de datos protegidos del sector público; una segunda consistente en fijar las bases para el intercambio de datos para lo que es preciso regular la figura de los servicios de intermediación de datos; y una tercera consistente en la cesión altruista de datos en toda la Unión Europea. Brevemente vamos a analizar cada una de estas medidas.

<sup>9</sup> En este sentido, se está trabajando en una Propuesta de Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (comúnmente conocido como “EEDS”), COM/2022/197 final.

<sup>10</sup> Artículo 2.1 tanto del Reglamento de Gobernanza de Datos como del Reglamento de Datos, *vid infra*.

<sup>11</sup> Véase nota 6 *ut supra*, apartado “Ley Europea de Datos”.

<sup>12</sup> Reglamento (UE) núm. 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, *DOUE*, L152, de 3 de junio de 2022.

## 2.1. La reutilización de determinadas categorías de datos protegidos del sector público<sup>13</sup>

La DGA complementa la Directiva de Datos Abiertos<sup>14</sup> (conocida en inglés como *Open Data Directive*) que desde 2019 ya regulaba la reutilización de datos del sector público pero excluía<sup>15</sup> aquellas categorías de datos especialmente protegidos (personales) o sujetos a derechos de terceros (p.ej., secretos comerciales, o afectados por derechos de propiedad intelectual) y que ahora pasan a ser el objeto de regulación de la DGA al considerarse que de ellos se puede extraer una gran cantidad de conocimiento cumpliendo con ciertas reglas establecidas en la norma para mantener su naturaleza protegida:

- a) las autoridades públicas que sean competentes para permitir o denegar la reutilización de los datos, deben hacer públicas las condiciones (incluido el cobro de tasas) para permitir dicha reutilización que, en todo caso, deben ser transparentes, no discriminatorias, no exclusivas, proporcionadas y objetivas, sin que restrinjan la competencia<sup>16</sup>;
- b) solo caben los acuerdos exclusivos para la reutilización de los datos del sector público<sup>17</sup> cuando estén justificados y sean necesarios para prestar servicios o para suministrar productos que sean, en ambos casos, de interés general y no sea posible de otra manera, pero siendo en todo caso dichos acuerdos de duración limitada: 30 meses en el supuesto de contratos indefinidos ya existentes<sup>18</sup> y 12 meses en el supuesto de contratos nuevos<sup>19</sup>;
- c) las autoridades públicas están obligadas a preservar la naturaleza de los datos que van a ser reutilizados y para ello se establecen ciertos requisitos<sup>20</sup>, como (a) anonimización de cualquier dato personal y la modificación, agregación o cualquier otro tratamiento necesario de aquellos datos que contengan información comercial confidencial (como secretos empresariales o derechos de propiedad intelectual); y (b) proporcionar un entorno de tratamiento seguro y controlado por el mismo organismo público, para su acceso tanto a distancia como físicamente.

Para promover y supervisar el cumplimiento de estas reglas por el sector público, el Reglamento obliga a cada Estado miembro a designar uno o va-

<sup>13</sup> Capítulo II de la DGA.

<sup>14</sup> Directiva (UE) núm. 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, *DOUE*, L172, de 26 de junio de 2019.

<sup>15</sup> Artículo 2 de la *Open Data Directive*.

<sup>16</sup> Artículos 4, 5 y 6 de la DGA.

<sup>17</sup> Artículo 4.2 de la DGA.

<sup>18</sup> Considerando 14 de la DGA.

<sup>19</sup> Artículo 4.4 de la DGA.

<sup>20</sup> Artículo 5.3 de la DGA.

rios organismos competentes<sup>21</sup> y a crear un punto de acceso único con un registro electrónico de los datos del sector público<sup>22</sup>.

## 2.2. La figura de los proveedores de servicios de intermediación de datos<sup>23</sup>

La DGA tiene como medida principal el fijar las reglas para que nazca y se desarrolle el intercambio de datos como nuevo modelo de negocio al establecerse “relaciones comerciales”<sup>24</sup> entre el “titular de los datos”<sup>25</sup> y el “usuario de datos”<sup>26</sup>. Para fomentar este mercado europeo de datos se regula la figura de los servicios de intermediación de datos a los que pueden acudir las partes para el intercambio de datos y que deben estar registrados previamente ante una autoridad nacional<sup>27</sup>. Y se hace porque se quiere establecer un entorno seguro, de confianza, con reglas claras supervisadas por una autoridad nacional pero dentro de un marco armónico de reglas europeo de forma que se garantice la seguridad, disponibilidad, integridad, intercambio, utilización y reutilización de los datos compartidos entre los titulares de esos datos y los usuarios que quieran adquirirlos<sup>28</sup>.

La normativa prevé<sup>29</sup> tres tipologías distintas de prestadores de servicios de intermediación de datos:

- a) prestadores de servicios de intermediación entre los “titulares de datos” y los potenciales “usuarios de datos”, tanto de forma bilateral como multilateral, o incluso por medio de bases de datos;

<sup>21</sup> Artículos 13 y 14 de la DGA.

<sup>22</sup> Artículo 8 de la DGA.

<sup>23</sup> Capítulo III de la DGA.

<sup>24</sup> Artículo 2.11 de la DGA, que define el servicio de intermediación de datos.

<sup>25</sup> Artículo 2.8 de la DGA: “toda persona jurídica, incluidos los organismos del sector público y organizaciones internacionales, o persona física que no sea el interesado con respecto a los datos específicos en cuestión, que, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional aplicable, tenga derecho a conceder acceso a determinados datos personales o no personales o a compartirlos”.

<sup>26</sup> Artículo 2.9 de la DGA: “toda persona física o jurídica que tenga acceso legítimo a determinados datos personales o no personales y el derecho, incluido el que le otorga el Reglamento (UE) 2016/679 en el caso de los datos personales, a usarlos con fines comerciales o no comerciales”. Es decir, que no necesariamente tiene que ser el interesado respecto a los datos específicos en cuestión quien tenga la facultad de disposición y explotación sobre los datos.

<sup>27</sup> Artículo 11 de la DGA.

<sup>28</sup> Por ejemplo, no está permitida la utilización de los datos como intermediarios para fines distintos de su puesta a disposición de los usuarios de datos, se debe diferenciar la actividad de intercambio de datos de cualquier otra operación comercial que realicen no pudiéndose utilizar los datos para fines personales o comerciales (por ejemplo, consultoría o agregación de datos), o los datos se deben intercambiar en el mismo formato que se reciban excepto por adaptaciones necesarios para mejorar su interoperabilidad.

<sup>29</sup> Artículo 10 de la DGA.



- b) prestadores de servicios de intermediación entre los “interesados”<sup>30</sup> que deseen facilitar sus datos personales o las personas físicas que deseen facilitar datos no personales y los potenciales “usuarios de datos”. Es decir, se trata de monetizar los datos de las personas físicas, algo totalmente novedoso en la Unión;
- c) prestadores de servicios de cooperativas de datos<sup>31</sup>, cuyo objetivo principal será prestar asistencia a sus miembros en el ejercicio de los derechos de estos con respecto a determinados datos, así como negociar las condiciones contractuales para el tratamiento de datos en nombre de sus miembros antes de conceder permiso para su tratamiento.

### 2.3. La cesión altruista de datos<sup>32</sup>

La tercera gran medida de la DGA es la regulación del mercado de cesión voluntaria y altruista de datos con el objeto de promover la investigación y otros fines de interés general y no comercial tal y como se definan en el Derecho nacional<sup>33</sup>. Para ello, la DGA replica el esquema del mercado no altruista con los lógicos ajustes y requisitos adicionales más estrictos por las especiales características de este mercado. Por ello, las “organizaciones de datos con fines altruistas<sup>34</sup>” se deben, inscribir en un registro Estatal con base en un formulario europeo de consentimiento modulado en función del sector de actividad, no pueden solicitar contraprestación a cambio de su actividad (más allá de los costes incurridos en facilitar sus datos), no deben tener ánimo de lucro y deben de ser jurídicamente independientes de cualquier entidad que tenga fines lucrativos<sup>35</sup>.

Adicionalmente, la DGA establece medidas de salvaguardia para luchar contra las transferencias internacionales de datos ilícitas en las tres áreas mencionadas anteriormente<sup>36</sup>. Estas medidas siguen la regulación del RGPD en relación con los datos personales, e incluyen la potencial adopción de decisiones de adecuación para aquellos países de fuera de la UE que ofrecen garantías adecuadas para el uso de los datos, o, en su ausencia, el establecimiento de cláusulas contractuales tipo.

---

<sup>30</sup> El artículo 2.7 de la DGA establece que este concepto se corresponde con el del RGPD, es decir, se trata de personas físicas.

<sup>31</sup> Artículo 2.15 de la DGA.

<sup>32</sup> Capítulo IV de la DGA.

<sup>33</sup> El artículo 2.16 de la DGA da algunos ejemplos: la asistencia sanitaria, la lucha contra el cambio climático, la mejora de la movilidad, la facilitación del desarrollo, elaboración y difusión de estadísticas oficiales, la mejora de la prestación de servicios públicos, la elaboración de políticas públicas o la investigación científica de interés general.

<sup>34</sup> Así se las denomina en el Capítulo IV de la DGA que regula esta materia.

<sup>35</sup> Artículos 18, 19 y 25 de la DGA.

<sup>36</sup> Artículo 31 de la DGA.

Por último, cabe mencionar que la DGA prevé la creación de un grupo de expertos, el Consejo Europeo de Innovación de Datos (*European Data Innovation Board* o CEID)<sup>37</sup>, para asesorar y asistir a la Comisión, fundamentalmente, en establecer prácticas coherentes en la ejecución y desarrollo de la DGA en la Unión correspondiéndole, entre otras tareas<sup>38</sup>, (i) la mejora de la interoperabilidad de los servicios de intermediación de datos, (ii) el desarrollo una práctica coherente de altruismo de datos para toda la UE, y (iii) el desarrollo de directrices coherentes para el establecimiento de requisitos de ciberseguridad en el intercambio y almacenamiento de datos.

### 3. EL REGLAMENTO DE DATOS: LA LEY DE DATOS (“DATA ACT”)

En un contexto económico basado cada vez más en la creación de datos (personales o no personales) en el uso de productos y servicios tanto por las empresas como por los particulares (especialmente aquellos relacionados con el Internet de las Cosas)<sup>39</sup>, la Data Act<sup>40</sup> tiene como objetivo propiciar la creación de una nueva actividad económica sostenible en el tiempo en base a esos datos. Para ello, la Data Act fomenta el aumento de la cantidad de datos de calidad disponibles y su circulación y reutilización (de manera ilimitada, sin perder calidad) entre diferentes actores y sectores en el mercado único europeo de manera que, esos datos generados por productos y servicios del IoT, puedan ser utilizados para el desarrollo de la investigación y las empresas tecnológicas. En línea con lo anterior, se dedica un Capítulo entero a eliminar obstáculos para facilitar la portabilidad de un proveedor de servicios de tratamiento de datos<sup>41</sup>, con especial mención a los proveedores de servicios en la nube (*cloud switching*) dado lo problemático que supone actualmente realizar este cambio de proveedor.

Para conseguir estos objetivos, la Data Act impone a los fabricantes de productos conectados y a los proveedores de servicios relacionados que quieran desarrollar su actividad en la Unión Europea (y ello independientemente de su lugar de establecimiento)<sup>42</sup> una serie de obligaciones novedosas. Así, establece las normas sobre quién y cómo puede acceder a qué datos y con qué fines puede transferir y utilizar esos datos relativos al rendimiento, uso

---

<sup>37</sup> Artículo 29 de la DGA.

<sup>38</sup> Artículo 30 de la DGA.

<sup>39</sup> Del inglés *Internet of Things* o *IoT*.

<sup>40</sup> Reglamento (UE) núm. 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 *DOUE*, Serie L, de 22 de diciembre de 2023 (Reglamento de Datos), pero más conocido como Data Act (o Ley de Datos en castellano). Entró en vigor el pasado 11 de enero y es ya aplicable desde el 12 de septiembre de 2025, excepto por determinadas obligaciones de acceso a los datos de productos conectados y servicios relacionados, que serán aplicables 32 meses después de su entrada en vigor.

<sup>41</sup> Capítulo VI, artículos 23 a 31 de la Data Act.

<sup>42</sup> Artículo 3.a) de la Data Act.

y entorno del *IoT*, incluidos los metadatos asociados necesarios para interpretar y utilizar dichos datos<sup>43</sup>, siendo aplicable a los titulares de datos<sup>44</sup> y terceros que traten datos personales y no personales de los usuarios<sup>45</sup> de la UE (sean empresas o particulares). De este modo, se establecen una serie de obligaciones generales de información y transparencia específicas a las que los titulares de datos deberán dar cumplimiento<sup>46</sup>, siendo necesario el consentimiento informado del usuario para cualquier modificación del contrato. Porque, no olvidemos, el artículo 4.13 de la Data Act establece que el titular de datos debe acordar el uso de los datos sobre la base de un contrato con el usuario, por lo que lo lógico es que esta sea la vía principal para proporcionar dicha información que el titular de datos y el usuario deben suscribir entre sí, normalmente a través de contratos de adhesión o de la actualización de los términos y condiciones aplicables.

En este sentido y antes de celebrar un contrato de compraventa, alquiler o arrendamiento de un producto conectado, el titular de datos tiene unas obligaciones de información mínima a proporcionar al usuario como son<sup>47</sup>, entre otras cuestiones, el tipo, formato y volumen estimado de datos que puede generar el producto, si el producto conectado es capaz de generar datos de forma continua y en tiempo real, la capacidad de almacenamiento de los datos y el modo de acceso a los mismos.

De forma similar y antes de celebrar un contrato de prestación de un servicio relacionado, el titular de datos también deberá proporcionar al usuario la información sobre distintos aspectos como son<sup>48</sup>, entre otras cuestiones, el carácter, el volumen estimado y la frecuencia de recopilación de los datos del producto que se espera obtenga el posible titular de datos así como del servicio relacionado, los medios de comunicación con el titular, información sobre el derecho de acceso o de reclamación de que dispone el usuario, así como detalles sobre la duración del contrato y las cláusulas de resolución unilateral existentes.

Por su parte y en cuanto a las obligaciones de transparencia se trata de informar de forma adecuada, entre otras cuestiones, acerca de las finalida-

---

<sup>43</sup> Capítulo II, artículos 3 a 7.

<sup>44</sup> Artículo 2.13 de la Data Act: “titular de datos: una persona física o jurídica que tiene el derecho o la obligación, con arreglo al presente Reglamento, al Derecho de la Unión aplicable o a la normativa nacional adoptada de conformidad con el Derecho de la Unión, de utilizar y poner a disposición datos, incluidos, cuando se haya pactado contractualmente, los datos del producto o los datos de servicios relacionados que haya extraído o generado durante la prestación de un servicio relacionado”.

<sup>45</sup> Artículo 2.12 de la Data Act: “usuario de datos: una persona física o jurídica que posee un producto conectado o a la que se le han transferido por contrato derechos temporales de uso de dicho producto conectado, o que recibe servicios relacionados”. Como vemos, esta definición y la de la nota precedente no son idénticas a las de la DGA.

<sup>46</sup> Artículo 3 de la Data Act.

<sup>47</sup> Artículo 3.2 de la Data Act.

<sup>48</sup> Artículo 3.3 de la Data Act.

des para las que pretenda utilizar los datos<sup>49</sup>. Tales finalidades pueden incluir desarrollar o mejorar el funcionamiento del producto conectado o de los servicios relacionados, desarrollar nuevos productos o servicios, o agregar datos con el fin de poner a disposición de terceros los datos derivados resultantes, pero siempre que dichos datos derivados no permitan la identificación de los datos específicos transmitidos al titular de datos desde el producto conectado, ni permitan a un tercero derivarlos del conjunto de datos<sup>50</sup>. Y ello porque se prohíbe<sup>51</sup> a los titulares usar los datos para obtener información sobre la situación económica, los activos y los métodos de producción del usuario, o socavar la posición comercial de dicho usuario en los mercados en los que este opere.

Más allá de la información que indicábamos con anterioridad, dicho contrato también permitirá a las partes acordar condiciones para cubrir otras situaciones particulares<sup>52</sup>. A modo de ejemplo cabe mencionar la forma en que los usuarios podrán ejercitar sus derechos de acceso y portabilidad, así como los términos concretos en los que se dará cumplimiento a la interoperabilidad exigida en la Data Act de manera que se puedan poner a disposición de terceros los datos con fines comerciales o no comerciales distintos del cumplimiento del contrato entre el titular de datos y el usuario.

Porque no olvidemos que con esta regulación se trata, en suma, de permitir a los usuarios de dispositivos conectados acceder a los datos generados por ellos mismos o “ponerlos a disposición” de un tercero (con algunas excepciones como en el caso de los guardianes de acceso<sup>53</sup>) que el usuario designe a cambio de una remuneración razonable entre el titular de los datos y el destinatario de datos<sup>54</sup> por los costes derivados de esa puesta a disposición más un margen<sup>55</sup>. Es este concepto de “puesta a disposición” de los datos generados por los usuarios (en favor de ellos mismos, de un tercero destinatario de los datos o de algún organismo o entidad pública) la medida más relevante de la Data Act por su importante impacto en la actividad económica, y donde toma toda su razón de ser la previa regulación en la DGA de la figura del “servicio de intermediación de datos”, ya que es quien se encargará de facilitar al usuario la fácil monetización de sus datos.

---

<sup>49</sup> Artículo 3.3.c) de la Data Act.

<sup>50</sup> Considerando 25 de la Data Act.

<sup>51</sup> Artículo 4.13 de la Data Act.

<sup>52</sup> Artículos 4, 5 y 8 de la Data Act.

<sup>53</sup> Artículo 5.3 de la Data Act

<sup>54</sup> Artículo 2.14 de la Data Act: “destinatario de datos: una persona física o jurídica que actúa con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, distinta del usuario de un producto conectado o servicio relacionado, a disposición de la cual el titular de datos pone los datos, incluso un tercero previa solicitud del usuario al titular de datos o de conformidad con una obligación legal en virtud del Derecho de la Unión o de la normativa nacional adoptada de conformidad con el Derecho de la Unión”.

<sup>55</sup> Artículo 9 de la Data Act.

Ahora bien, para poder cumplir con los objetivos de la Data Act es necesario que los productos estén correctamente diseñados, por lo que en la misma se establecen obligaciones de diseño de los productos (y de sus servicios relacionados) de manera que los datos generados puedan ser accesibles directamente para el usuario con facilidad y seguridad y puedan ser transmitidos a terceros manteniendo su calidad<sup>56</sup>. Esta puesta a disposición de los datos a terceros la identifica la Data Act como susceptible de limitar la libertad de empresa y la libertad contractual del diseñador o fabricante del producto (o servicio relacionado), pero la Comisión lo justifica por la protección a los consumidores y la promoción de sus intereses económicos<sup>57</sup> frente al control exclusivo de esos datos por parte del diseñador o fabricante que genera dependencia y obstaculiza la entrada de nuevos actores en el mercado que pueden ofrecer los mismos servicios a mejor precio, se generen nuevos servicios digitales de valor añadido o se mejoren las condiciones de postventa o reparación del producto.

De igual modo, el legislador europeo reconoce que existe un riesgo jurídico en el derecho de acceso de terceros a los datos por lo que, a la vez, se preocupa de garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial y de los secretos empresariales de los fabricantes y titulares de datos, así como de aquellos datos que puedan exponer a las empresas a vulnerabilidades (p.ej., datos que puedan generar incidentes de ciberseguridad). En este sentido, se establece que los secretos comerciales sólo se desvelarán a terceros bajo medidas específicas que garanticen su confidencialidad<sup>58</sup>, o una prohibición al usuario de usar los datos solicitados para desarrollar un producto competidor del que proceden los datos, compartir los datos con un tercero con esa intención, o utilizar dichos datos para obtener información sobre la situación económica, los activos y los métodos de producción del fabricante o, en su caso, del titular de datos<sup>59</sup>.

Otro riesgo detectado (pero esta vez, de la mera lectura de la Data Act) es el de sus incoherencias con relación al RGPD, y ello porque las definiciones entre ambos Reglamentos no son siempre uniformes en relación con las obligaciones de información en los derechos de acceso y de portabilidad, muy notoriamente en el caso del “titular de los datos” o el de “usuarios” donde, en particular, la Data Act establece disposiciones para los usuarios independientemente de que sean o no interesados mientras que el RGPD, si el usuario no es interesado, se requiere una base legal válida del RGPD para el intercambio de datos. Ello conlleva problemas prácticos a la hora de definir adecuadamente en los contratos las figuras jurídicas que intervienen en los medios, porque el Considerando 7 de la Ley es claro: “ninguna disposición del presente Reglamento debe aplicarse o interpretarse de manera que se reduzca

---

<sup>56</sup> Artículo 3.1 de la Data Act.

<sup>57</sup> Considerandos 28 y 40 de la Data Act.

<sup>58</sup> Artículos 4.6 y 5.9 de la Data Act.

<sup>59</sup> Artículo 4.10 de la Data Act.

o limite el derecho a la protección de los datos personales o el derecho a la intimidad y la confidencialidad de las comunicaciones”<sup>60</sup>.

Adicionalmente, la Data Act contiene otras importantes y novedosas reglas como, p.ej., listar cláusulas que siempre se consideran abusivas<sup>61</sup> y otras que se presumen abusivas<sup>62</sup> entre empresas en relación con el uso y acceso a los datos. Otras importantes medidas contempladas son la obligación de facilitar a organismos públicos y determinadas autoridades la puesta a disposición de datos en manos del sector privado cuando ello sea necesario en determinadas necesidades excepcionales<sup>63</sup> (p. ej. fenómenos naturales catastróficos o incendios forestales), o las muy relevantes restricciones a las transferencias internacionales de datos no personales<sup>64</sup> que, sin alcanzar las impuestas por el RGPD, se establecen para impedir el acceso y la transferencia por parte de las administraciones públicas de terceros países de datos no personales que se encuentren en la Unión, cuando dicha transferencia o acceso entran en conflicto con el derecho de la Unión o el nacional de sus Estados miembros.

Adicionalmente a las anteriores y de modo similar a lo establecido en la DGA, se otorga al CEID las tareas de coordinación y aplicación de la norma<sup>65</sup>.

En definitiva, se pretende fomentar ese uso cruzado de los datos, para lo que la misma Comisión ha dado ejemplos varios prácticos de lo que se pretende: navegación en tiempo real para evitar el tráfico de coches o notificación de retrasos en trenes<sup>66</sup>, utilización de los datos de los parques eólicos para optimizar el uso de la energía eléctrica o de los sensores de los motores para garantizar su funcionamiento eficiente. Pero podemos ir más allá y pensar nosotros mismos en ejemplos como, p.ej. la contratación por una explotación agrícola de una empresa para que recopile y analice de manera conjunta los datos de todos los equipos de diferentes fabricantes que usa en su actividad, sean los tractores, los aspersores, los sensores de humedad, o las máquinas que manipulan sus productos cultivados, de manera que pueda conseguir una mayor eficiencia en su producción.

Sin duda, el estudio cruzado de estos datos por empresas especializadas dará lugar tanto a ahorros económicos como a mejoras en la producción, con lo que la norma habrá conseguido sus objetivos tanto de innovación como económicos.

---

<sup>60</sup> Esto tiene una consecuencia importante, ya que, en el caso de conjuntos de datos mixtos que comprendan tanto datos personales como no personales, el RGPD será plenamente aplicable.

<sup>61</sup> Artículo 13.4 de la Data Act.

<sup>62</sup> Artículo 13.5 de la Data Act.

<sup>63</sup> Artículo 14 de la Data Act.

<sup>64</sup> Artículo 32 de la Data Act.

<sup>65</sup> Artículo 42 de la Data Act.

<sup>66</sup> Lo que ha sido estimado, respectivamente, en el caso del tráfico rodado en un ahorro de hasta 730 millones de horas que representan hasta 20.000 millones de euros de costes laborales, y en el caso del tren en 27 millones de horas que representan hasta 740 millones de euros de costes laborales.

#### 4. CONCLUSIONES

La Data Act es, sin duda, una regulación de amplio alcance que en los próximos meses iremos viendo si realmente puede llegar a generar el impacto económico esperado. Para ello, será esencial saber si el régimen legal establecido para la figura del intermediario de datos es lo suficientemente atractivo para los operadores privados, pero ello estará íntimamente relacionado al buen funcionamiento del sistema de cesión y reutilización de datos protegidos que permita a las partes interesadas tener un control efectivo sobre sus datos para ponerlos a disposición de terceros. En este sentido, habrá que prestar atención a posibles incompatibilidades o incoherencias con otras normas europeas de datos, en particular con algunos aspectos del RGPD como son las reglas de acceso y de portabilidad, porque la existencia de posibles dudas legales sobre la capacidad o no de reutilizar ciertos datos puede lastrar enormemente la puesta en marcha del mercado europeo. Y, no menos importante, la extraña incoherencia entre la DGA y la Data Act en sus respectivas definiciones de los actores principales, titular de datos y usuario de datos.

Por ello, este es el momento en que las empresas deberían de plantearse cómo les afecta, tanto por el lado de que necesiten revisar los requisitos de diseño de sus productos conectados o servicios relacionados, y/o por la necesidad de revisar sus contratos con terceros que utilizan sus datos teniendo en mente esta nueva normativa. En este sentido, las empresas deberían, primero, identificar y clasificar los datos que generen, posean o utilicen en función de su naturaleza (personales, no personales, etc.), origen (público, privado, etc) y régimen jurídico (confidencialidad, IP, etc); en segundo lugar, establecer reglas sobre la gobernanza de los datos (derechos y obligaciones de las partes, criterios y condiciones de acceso, intercambio y reutilización de los datos, etc); en tercer lugar, garantizar la privacidad de los datos; en cuarto lugar, establecer medidas técnicas que garanticen la calidad de los datos, su intercambio, su portabilidad y su trazabilidad, así como medidas para prevenir problemas de seguridad con ellos; y en quinto lugar, pero no menos importante, cumplir con todas las obligaciones de cooperación, información y notificación con las autoridades competentes y con todos los actores implicados.

Por último, es de esperar que, dado que a nivel internacional se carece de una normativa de referencia en materia digital, seguramente ocurra que, al igual que aconteció con el RGPD en materia de protección de datos personales, la nueva normativa pase a convertirse en el nuevo estándar global para la cesión y reutilización de datos digitales. Y para ello, sin duda, un aliciente muy importante será, como hemos visto, la extraterritorialidad de la normativa europea.





LA CELEBRACIÓN POR ESPAÑA Y POR LA UNIÓN EUROPEA DEL ACUERDO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR RELATIVO A LA CONSERVACIÓN Y EL USO SOSTENIBLE DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA MARINA DE LAS ZONAS SITUADAS FUERA DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

*THE CONCLUSION BY SPAIN AND BY THE EUROPEAN UNION OF THE AGREEMENT UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA ON THE CONSERVATION AND SUSTAINABLE USE OF MARINE BIOLOGICAL DIVERSITY OF AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION*

Pilar POZO SERRANO\*

**Palabras clave:** acuerdo mixto, acuerdo BBNJ, celebración de tratados

**Keywords:** mixed agreement, BBNJ Treaty, conclusion of treaties

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. ADOPCIÓN DEL ACUERDO Y CONTENIDO ESENCIAL. 2.1. Vicisitudes en la adopción del Acuerdo. 2.2. Objeto y contenido del Acuerdo. 2.3. Disposiciones relativas a la participación de organizaciones regionales de integración económica. 3. CELEBRACIÓN DEL ACUERDO POR ESPAÑA Y POR LA UNIÓN EUROPEA: PREVISIONES PARA SU APLICACIÓN. 3.1. La tramitación del Acuerdo en España: algunas particularidades. 3.2. La celebración del Acuerdo por la Unión Europea y los mecanismos de coordinación entre UE y EM para su aplicación

## 1. INTRODUCCIÓN

El 19 de junio de 2023 fue adoptado por consenso el Acuerdo en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (en lo sucesivo, el Acuerdo). La complejidad de las materias incluidas en el ámbito de la negociación y las profundas divergencias entre los países desarrollados y los países en desarrollo respecto a numerosos aspectos habían requerido un prolongado proceso

---

\* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia (pilar.pozo@uv.es). La autora fue miembro de la delegación española que participó en el cuarto y quinto período de sesiones de la Conferencia Intergubernamental. El trabajo refleja exclusivamente las opiniones de la autora. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 30 de julio de 2024.

negociador. La adopción del texto por consenso representaba un logro notable en un contexto internacional marcado por la grave crisis abierta tras la agresión rusa a Ucrania, en febrero de 2022.

La Unión Europea (UE) y sus Estados miembros (EM) participaron en el proceso de negociación del Acuerdo con una sola voz. Al igual que la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982, el Acuerdo es de naturaleza mixta, lo que requirió una estrecha coordinación de las posiciones de los Estados miembros de la UE y de la Unión durante las negociaciones.

De conformidad con lo establecido en su art. 65, el Acuerdo quedó abierto a la firma de los Estados y organizaciones regionales de integración económica (ORIE) desde el 20 de septiembre de 2023 hasta el 20 de septiembre de 2025. La apertura del Acuerdo a la firma se hizo coincidir con la denominada Semana de Alto Nivel de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la que los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros acuden a Nueva York para participar en el debate general de la Asamblea, con el fin de otorgar mayor visibilidad al Acuerdo e impulsar una rápida entrada en vigor. Los representantes de España y de la UE firmaron el Acuerdo el mismo día de apertura a la firma<sup>2</sup>. La Decisión del Consejo relativa a la firma del Acuerdo<sup>3</sup> autorizó al Presidente del Consejo a nombrar las personas que debían firmarlo en nombre de la Unión. Era práctica habitual del Consejo designar como signatarios a un representante del Estado miembro que ostentaba la presidencia rotatoria del Consejo y a un representante de la Comisión. Durante el segundo semestre de 2023 correspondía a España ejercer la presidencia rotatoria del Consejo, lo que posibilitó que el Presidente del Gobierno español pusiera su firma en el Acuerdo en dos ocasiones: una como representante del Reino de España, y otra como representante de la Unión, acompañada ésta última por la firma de la Presidenta de la Comisión. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que introdujo modificaciones en el ámbito de la representación exterior de la Unión, la Comisión había cuestionado la legalidad de la práctica del Consejo descrita y reclamó la competencia para designar al signatario de los Acuerdos internacionales en virtud de las competencias que le atribuía el art. 17.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) en materia de representación exterior. Esta interpretación

---

<sup>2</sup> La mayoría de los Estados miembros también firmaron el acuerdo el día de apertura a la firma, los restantes EM lo harían pocos días después. A fecha **de 5 de noviembre de 2024**, el Acuerdo cuenta con **105** firmantes y ha sido ratificado por **14** Estados (información disponible en la página oficial de la colección de Tratados de las Naciones Unidas).

<sup>3</sup> Decisión (UE) 2023/1974 del Consejo de 18 de septiembre de 2023 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, *DOUE*, L 235, de 25/09/2023.

de la Comisión se ha visto respaldada por el Tribunal de Justicia de la UE, en una sentencia pronunciada 9 de abril de 2024<sup>4</sup>.

La decisión del Consejo mediante la que se autorizó la firma del Acuerdo y la decisión posterior por la que se acordó su celebración<sup>5</sup> traslucen una compleja labor de coordinación entre la UE y sus Estados Miembros, que también será necesaria para la preparación de la entrada en vigor del Acuerdo, así como para su posterior interpretación y aplicación. En este sentido, la práctica española relativa al Acuerdo será indisociable de la de la Unión y sus EM. Este trabajo tiene por objeto ofrecer una visión del proceso de conclusión del Acuerdo por parte de España y de la Unión Europea, con el objeto de analizar las singularidades de algunos de sus elementos, así como determinados problemas jurídicos suscitados a lo largo del proceso. Con carácter previo, se expondrá sintéticamente el contexto y algunas peculiaridades de la fase final de la negociación del Acuerdo dentro de la Conferencia intergubernamental sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (en lo sucesivo, la Conferencia intergubernamental).

## 2. ADOPCIÓN DEL ACUERDO Y CONTENIDO ESENCIAL.

### 2.1. Vicisitudes en la adopción del Acuerdo

La Asamblea General de la ONU convocó la Conferencia intergubernamental mediante la resolución 72/249, de 24 de diciembre de 2017<sup>6</sup>. La Conferencia estaba abierta a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, de los miembros de los organismos especializados y de las partes en la Convención<sup>7</sup>. La Unión Europea es parte en la Convención de las

---

<sup>4</sup> Sentencia de 9 de abril de 2024, *Comisión/ Consejo (Firma de Acuerdos Internacionales)*, C-551/21, EU:C:2024:281. La Gran Sala, llegó a la conclusión de que “en el supuesto de que el Consejo haya autorizado la firma de un acuerdo internacional que, como en el caso de autos, no esté comprendido en el ámbito de la PESC o en el de «los demás casos previstos por los Tratados», corresponde a la Comisión, en virtud del artículo 17 TUE, apartado 1, sexta frase, proceder a la propia firma de dicho acuerdo” (párr. 81). Previamente, la sentencia había desechado la tesis del Consejo según la cual el nombramiento del signatario de un Acuerdo en virtud del art. 218.5 TFUE entraría dentro de “los demás casos previstos en los Tratados” a los que se refiere el art. 17.1, sexta frase, como excepción a la competencia de la Comisión relativa a la representación exterior de la Unión (párr. 79).

<sup>5</sup> Decisión (UE) 2024/1830 del Consejo, de 17 de junio de 2024, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, *DOUE L*, 2024/1830, de 19 de julio de 2024.

<sup>6</sup> Asamblea General, A/RES/72/249, “Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional”, 19 de enero de 2018, párr. 1.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párr. 8.

Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982, y tanto la Unión como los Estados miembros tienen competencias en los ámbitos cubiertos por las negociaciones del Acuerdo, por lo que la Unión Europea participó en las negociaciones junto con sus EM.

La Conferencia intergubernamental concluyó la fase de las negociaciones y alcanzó el acuerdo sobre el texto en inglés durante la continuación del quinto período de sesiones, del 20 de febrero al 3 de marzo de 2023. El desarrollo de negociaciones en paralelo sobre diferentes elementos del Acuerdo por parte de grupos reducidos para su discusión y eventual aprobación posterior por el plenario, así como el ritmo acelerado del último día de la negociación, el 3 de marzo (prolongado de hecho hasta la noche del día 4), no había permitido una revisión final del documento ni que el texto estuviera disponible en los seis idiomas oficiales de la ONU. En esas condiciones no era posible proceder a la adopción formal del texto. La redacción del proyecto de Acuerdo, sin embargo, había terminado y así lo anunció la Presidenta de la Conferencia el 4 de marzo<sup>8</sup>. El mandato negociador de la Conferencia se entendía agotado de modo que la nueva reanudación del quinto período de sesiones, del 19 al 20 de junio de 2023, únicamente tendría por objeto proceder la adopción del Acuerdo. La Conferencia acordó establecer un grupo de trabajo oficioso de composición abierta para la revisión del texto. El grupo de trabajo tenía por mandato realizar correcciones de carácter técnico, asegurar la uniformidad de la terminología empleada a lo largo del texto y la concordancia entre las seis versiones lingüísticas del Acuerdo. La Conferencia excluyó de forma explícita la posibilidad de reabrir la discusión sobre cuestiones de fondo en el grupo de trabajo<sup>9</sup>.

Pese a que la posición sumamente crítica mantenida por la Federación rusa a lo largo de las negociaciones hacía temer que no fuera posible la adopción del texto por consenso<sup>10</sup>, el 19 de junio, durante el quinto período de sesiones reanudado de la Conferencia intergubernamental, el texto fue adoptado por consenso. Paradójicamente, la Federación rusa se desvinculó de ese consenso durante las posteriores intervenciones de las delegaciones. Rusia explicó que no se había opuesto a la adopción del texto mediante consenso por consideración hacia los países en desarrollo, pero que consideraba inaceptable el Acuerdo por las razones que expuso ante el plenario. La aprobación del Informe final de la Conferencia, cuestión habitualmente de trámite, se vio dificultada por la exigencia rusa de incluir en él su declaración y los

---

<sup>8</sup> Asamblea General, A/CONF.232/2023/5, Informe de la conferencia intergubernamental sobre un instrumento jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad marina de las zonas situadas fuera de las jurisdicciones nacionales, 30 de junio de 2023, párr. 19.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 20.

<sup>10</sup> La resolución 72/249 de la Asamblea General establecía el consenso como método preferente para la adopción del Acuerdo, en su defecto, tras constatar la Presidencia que el consenso no había sido posible, se debía acudir a la adopción por mayoría de dos tercios de los representantes presentes y votantes (A/RES/72/249, 19 de enero de 2018, párr. 19).

motivos por los que se había disociado del consenso. Finalmente se alcanzó una solución de compromiso, en virtud de la cual el texto del Informe final de la Conferencia refleja la posición rusa disociándose del Acuerdo y la motivación invocada por la Federación rusa se hace constar en una nota a pie de página<sup>11</sup>.

## 2.2. Objeto y contenido del Acuerdo

El objetivo general del Acuerdo, según dispone su art. 2, es “asegurar la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, en el presente y a largo plazo, mediante la implementación efectiva de las disposiciones pertinentes de la Convención y una mayor cooperación y coordinación internacionales”. Con este fin, y conforme al mandato aprobado por la Asamblea General, el Acuerdo aborda la regulación de los recursos genéticos marinos, incluidas las cuestiones relativas a la participación en los beneficios; la creación de mecanismos de gestión por áreas, incluidas las áreas marinas protegidas, dirigidos a la conservación y el uso sostenible de áreas que requieren protección; la realización de evaluaciones de impacto ambiental y la creación de capacidad y transferencia de tecnología marina con el fin facilitar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo por los Estados partes en desarrollo. Aunque no es un tratado que tenga por objeto la gestión de los recursos pesqueros, algunas de sus disposiciones, como las relativas a la creación de mecanismos de gestión basados en áreas o de áreas marinas protegidas, pueden tener repercusiones en ese ámbito<sup>12</sup>.

La aplicación del Acuerdo queda encomendada a diferentes órganos. Entre ellos ocupa un lugar central la Conferencia de las Partes (COP), a la que compete, entre otras funciones, la aprobación del presupuesto y la adopción de decisiones relativas a la aplicación del Acuerdo<sup>13</sup>. Junto a la COP, el Acuerdo crea un Órgano Científico y Técnico, una secretaría y un Mecanismo de intercambio de información, otorgando a la Conferencia de las Partes la facultad de establecer los órganos subsidiarios que estime necesarios<sup>14</sup>. El complejo sistema de financiación articulado en el Acuerdo incluye tanto aportaciones obligatorias de las Partes como voluntarias<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> A/CONF.232/2023/5, 30 de junio de 2023, párr. 29 y nota al pie 1. Para un resumen del desarrollo de la sesión, véase *Earth Negotiations Bulletin*, vol. 25, n. 252, 23 de junio de 2023.

<sup>12</sup> Véase las definiciones de “mecanismo de gestión basado en áreas” y de “área marina protegida” contenidas en el art. 1, apartados 1 y 9, respectivamente. El establecimiento de este tipo de medidas es competencia de la Conferencia de las Partes, que deberá respetar las competencias de las organizaciones e instrumentos ya existentes, lo que exigirá una labor de cooperación y coordinación con las organizaciones e instrumentos mencionados (Art. 22 del Acuerdo).

<sup>13</sup> Art. 47.6.a) y 47.6.e) del Acuerdo.

<sup>14</sup> Art. 47.6.d) del Acuerdo.

<sup>15</sup> Art. 52 del Acuerdo.

### 2.3. Disposiciones relativas a la participación de organizaciones internacionales

La eventual participación en el Acuerdo de organizaciones regionales de integración económica y de sus Estados miembros plantea una serie de problemas jurídicos que el Acuerdo reguló utilizando fórmulas similares a las empleadas en otros tratados multilaterales<sup>16</sup>. Así, el art. 68. 3 establece que, a efectos del cómputo de los instrumentos necesarios para la entrada en vigor, los instrumentos depositados por las ORIE no se considerarán adicionales a los depositados por sus Estados miembros. En lo referente al derecho de voto, el art. 64.2 dispone que cuando las ORIE Partes ejerzan su derecho de voto en los ámbitos de su competencia, les corresponderá un número de votos igual al número de sus EM Partes en el Acuerdo y que el voto de las ORIE y de sus EM es mutuamente excluyente, de modo que si un Estado miembro ejerce el voto no podrá hacerlo la organización, y a la inversa.

El art. 67 aborda la división de competencias entre las ORIE y sus EM a los efectos del Acuerdo. El primer apartado regula la responsabilidad que corresponde a la organización y los Estados miembros que sean partes en el Acuerdo en lo referente a su cumplimiento. Conforme a esta disposición, en caso de que únicamente fuera Parte en el Acuerdo la organización regional, ésta sería responsable del cumplimiento íntegro del Acuerdo. En el supuesto de que tanto la organización como uno o más de sus Estados miembros fueran Partes en el Acuerdo tendrían que especificar sus responsabilidades respectivas a efectos del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo, quedando excluida la posibilidad de ejercicio simultáneo de los derechos contemplados en el Acuerdo por la organización y sus Estados miembros. El segundo apartado del art. 67 exige que las organizaciones que vayan a convertirse en Partes en el Acuerdo determinen, en los instrumentos depositados a tal efecto, los ámbitos regulados en el Acuerdo que entran dentro de sus competencias y que notifiquen cualquier modificación del alcance de su competencia al depositario<sup>17</sup>.

El Acuerdo no permite la formulación de reservas ni excepciones, salvo las expresamente autorizadas (art. 70). Entre éstas cabe citar la establecida

---

<sup>16</sup> Cabe mencionar, entre otros, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 22 de marzo de 1989 (arts. 22-24), la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de 9 de mayo de 1992 (art. 22), el Convenio sobre la diversidad biológica, de 5 de junio de 1992 (arts. 31 y 34), la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (art. 67 y 68) y el Convenio de Minamata sobre el mercurio, de 10 de octubre de 2013 (art. 28 y 30).

<sup>17</sup> El Anexo IX a la CNUDM, relativo a la participación de organizaciones internacionales, exigió que tanto las organizaciones internacionales como sus EM incluyeran una declaración en los instrumentos de manifestación del consentimiento en quedar vinculados por la Convención que especificara las materias reguladas por la CNUDM respecto de las que los EM habían cedido la competencia a la organización (art. 5). Estas declaraciones servirían para determinar al responsable del caso de incumplimiento de la Convención (art. 6).



en el art. 10.1, que autoriza las excepciones formuladas por escrito con el fin de evitar la aplicación retroactiva del Acuerdo a la utilización de los recursos genéticos marinos recolectados, o de la información digital sobre secuencias generada, antes de su entrada en vigor.

La entrada en vigor del Acuerdo se producirá 120 días después de la fecha de depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión (art. 68.1). El Secretario General de las Naciones Unidas deberá convocar la primera Conferencia de las Partes en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Acuerdo (art. 47.2). Las tareas encomendadas por el Acuerdo a esta primera Conferencia de las Partes son numerosas y complejas<sup>18</sup>. En respuesta al interés expresado por diversas delegaciones, la Asamblea General, mediante la resolución 78/272, de 24 de abril de 2024, estableció una comisión preparatoria con la finalidad de preparar la entrada en vigor del Acuerdo y la celebración de la primera Conferencia de las Partes<sup>19</sup>, que celebró una primera reunión de organización del 24 al 26 de junio de 2024<sup>20</sup>.

### **3. CELEBRACIÓN DEL ACUERDO POR ESPAÑA Y POR LA UNIÓN EUROPEA: PREVISIONES PARA SU APLICACIÓN**

#### **3.1. La tramitación del Acuerdo en España: algunas particularidades**

Desde la perspectiva de la conclusión del Acuerdo por España, un primer elemento digno de mención es que, en la fecha de la apertura a la firma, el Gobierno español se encontraba en funciones. Conforme a lo establecido en el art. 21 de la Ley 50/1997, el Gobierno en funciones debe limitar “su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas”<sup>21</sup>. En el presente caso, la firma del Acuerdo tenía efectos de autenticación, es decir, de establecer como auténtico y definitivo el texto del Acuerdo, no de

---

<sup>18</sup> Entre otras tareas, cabe mencionar la aprobación de su reglamento y el de sus órganos subsidiarios, así como la reglamentación financiera que regulará su financiación, la de la secretaría y la de sus órganos subsidiarios (art. 47.4) y la elaboración de las disposiciones necesarias para el funcionamiento del Mecanismo de Financiación mediante acuerdo con el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (art. 52.10).

<sup>19</sup> Asamblea General, A/RES/78/272, Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, 29 de abril de 2024.

<sup>20</sup> Asamblea General, A/AC.296/2024/4, Comisión Preparatoria para la entrada en vigor del Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional y la celebración de la primera reunión de la Conferencia de las Partes en el Acuerdo, Declaración formulada por la Copresidenta de la Comisión Preparatoria en la clausura de la reunión de organización, 1 de julio de 2024.

<sup>21</sup> *BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

manifestación del consentimiento en quedar vinculado por el tratado. A partir de la firma, el Estado debe abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado, pero el tratado solo obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, desde el momento de la entrada en vigor (art. 26 CVDT). El Tribunal Supremo ha interpretado que “el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse”<sup>22</sup>. Existen precedentes de autorización de firma de un tratado internacional, a efectos de autenticación, realizados por un gobierno en funciones, cuya legalidad no ha sido cuestionada<sup>23</sup>. En el presente caso, la firma del Acuerdo tampoco ha suscitado controversia.

El Consejo de Ministros de 9 de julio de 2024 acordó la remisión a las Cortes Generales del Acuerdo, a los efectos de obtener la autorización para la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Acuerdo<sup>24</sup>. Para evitar la aplicación del Acuerdo a la utilización de los recursos genéticos marinos o de la información digital sobre secuencias recolectados y generada, respectivamente, antes de la entrada en vigor del Acuerdo, España deberá realizar una declaración expresa en ese sentido en el momento de la manifestación del consentimiento<sup>25</sup>.

### **3.2. La celebración del Acuerdo por la Unión Europea y los mecanismos de coordinación entre UE y EM para su aplicación**

En lo que respecta a la Unión Europea, el Consejo acordó la aprobación del Acuerdo mediante la Decisión 2024/1830, de 17 de junio de 2024<sup>26</sup>. El

---

<sup>22</sup> Tribunal Supremo, STS (Sala de lo contencioso), de 2 de diciembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:8303, FJ 9.

<sup>23</sup> A título de ejemplo, España firmó el Protocolo al Tratado del Atlántico Norte relativo a la adhesión de la República de Montenegro, el 19 de mayo de 2016 (Instrumento de ratificación del Protocolo al Tratado del Atlántico Norte sobre la adhesión de Montenegro, hecho en Bruselas el 19 de mayo de 2016, BOE núm. 135, de 7 de junio de 2017).

<sup>24</sup> Referencia del Consejo de Ministros de 9 de julio de 2024 (disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/index.aspx>)

<sup>25</sup> Aunque el Acuerdo establece que la declaración se puede realizar en el momento de la firma o de la ratificación, de conformidad con el art. 21.1 de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, España debería unir la excepción a la manifestación del consentimiento.

<sup>26</sup> Decisión (UE) 2024/1830 del Consejo, de 17 de junio de 2024, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, *DOUE*, L, 2024/1830, de 19 de julio de 2024, art. 1. Mediante la Decisión 2024/1830 del Consejo también se aprobó la declaración de competencia de la UE, exigida por el art. 67. 2 del Acuerdo y la excepción relativa a la no retroactividad conforme a lo establecido en los art. 10.1 y 70 del Acuerdo (art. 2 y 3 de la Decisión)

instrumento de aprobación en nombre de la Unión será depositado por la persona o personas que designe el presidente del Consejo<sup>27</sup>. En cuanto a la fecha en la que la Unión manifestará el consentimiento en quedar vinculada por el Acuerdo, el preámbulo de la Decisión recuerda el compromiso de la UE y de los EM con la rápida ratificación y aplicación del Acuerdo y consigna la aspiración de la UE y los EM de ratificar el Acuerdo antes de la próxima Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Océanos<sup>28</sup>, que se celebrará en Niza, en junio de 2025. Estas disposiciones reflejan el interés en mostrar la unidad de acción entre UE y EM, así como la necesidad de proceder con la máxima coordinación.

Se ha apuntado que las relaciones entre los EM y UE en la celebración de acuerdos mixtos son susceptibles de plantear algunos de los problemas más complejos del Derecho de la Unión<sup>29</sup>, en la medida en que las materias que cubren entran en diferentes ámbitos de competencia. Son cuestiones cuyo análisis excedería el objeto y límites del presente trabajo<sup>30</sup>. En todo caso, la interpretación y aplicación del Acuerdo exigirán una estrecha coordinación entre los Estados miembros y la Unión, habida cuenta de la conexión entre las diferentes materias reguladas por el Acuerdo y de los diferentes ámbitos competenciales bajo los que recaen. De hecho, la coordinación entre los Estados miembros y la Unión ha estado presente a lo largo de toda la negociación del Acuerdo, desde la etapa del Comité Preparatorio previo a la convocatoria de la Conferencia intergubernamental<sup>31</sup>. Las decisiones mediante las que el Consejo autorizó a la Comisión a participar en las negociaciones del Comité

<sup>27</sup> *Ibidem*, art. 4.

<sup>28</sup> *Ibidem*, disposiciones preambulares 3 y 4.

<sup>29</sup> En este sentido, KOUTRAKOS, Panos, "Confronting the Complexities of Mixed Agreements-Opinion 1/19 on the Istanbul Convention", *European Law Review*, vol.47, núm. 2, pp. 247-263, que cita las conclusiones presentadas por el Abogado General Hogan en el procedimiento de dictamen 1/19.

<sup>30</sup> Existe una bibliografía relativamente abundante al respecto. Permiten obtener una visión de conjunto, entre otros, los análisis de GOSALBO BONO, Ricardo, "Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 231-320; CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, "On 'Facultative' Mixity: Some Views from the North Side of the Rue de la Loi", en CHAMON, Merijn y GOVAERE, Inge (eds.) *EU External Relations Post-Lisbon: The Law and Practice of Facultative Mixity*, Brill, 2020, pp. 229-250; BOELAERT, Sonja, "Mixity versus Unity: a View from the Other Side of the Rue de la Loi", *Ibidem*, pp. 251-271.

<sup>31</sup> Mediante la Decisión (UE) 2016/455, de 22 de marzo de 2016, el Consejo autorizó a la Comisión a negociar "en nombre de la Unión y sobre las cuestiones que sean competencia de la Unión y respecto de las cuales la Unión haya adoptado normas", sobre los elementos que debía reunir el borrador del futuro Acuerdo en las reuniones del Comité Preparatorio (Decisión (UE) 2016/455 del Consejo, de 22 de marzo de 2016, *DOUE*, L 79, de 30 de marzo de 2016, p. 32-33. Finalizada la labor del Comité Preparatorio y tras la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental por la Asamblea General, mediante decisión de 19 de marzo de 2018, el Consejo autorizó a la Comisión a negociar en nombre de la Unión Europea el futuro Acuerdo. Las divergencias entre la redacción del texto propuesto por la Comisión y la Decisión finalmente adoptada por el Consejo ponen de manifiesto las diferentes concepciones sobre el alcance y el ejercicio de las competencias en materia de acción exterior sustentadas por la Comisión y por el Consejo y EM. Para un análisis detallado del proceso, véase FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, "Competencia exterior medioambiental de la Unión Europea y desarrollo progresivo del Derecho Internacional en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 47, 2019, pp. 111-158.

Preparatorio y en la negociación del Acuerdo señalan que la Comisión debe llevar a cabo dichas negociaciones en consulta con un comité especial, el previsto en artículo 218.4 del TFUE, y designan a tales efectos al Grupo de trabajo sobre el Derecho del Mar (COMAR)<sup>32</sup>. Aunque la Decisión 2024/1830 del Consejo no determina el grupo de trabajo que debe servir como foro de la coordinación, la naturaleza del Acuerdo y las materias cubiertas hacen que este grupo de trabajo, COMAR, sea probablemente el más idóneo para seguir desarrollando esa función de coordinación.

La Decisión 2024/1830 del Consejo evidencia la voluntad de mantener la diferenciación de los ámbitos competenciales de la UE y de los EM. Esta voluntad se hace presente en algunas de sus disposiciones<sup>33</sup> y, fundamentalmente, en la declaración de competencia aprobada por la Decisión<sup>34</sup>. Por exigencia del art. 67 del Acuerdo, la UE y los EM debían determinar las responsabilidades que respectivamente les incumben en cuanto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo. La Declaración de competencia formulada por la Unión para el Acuerdo<sup>35</sup> contrasta en varios aspectos con las declaraciones formuladas hasta el momento. Como ya se ha señalado, la delimitación de los ámbitos competenciales de la UE y los Estados miembros requerida por el Acuerdo, comprendía dos elementos estrechamente relacionados: por un lado, la determinación de las responsabilidades respectivas de UE y EM en lo referente a la aplicación del acuerdo y, por otro, la declaración del alcance de la competencia de la UE en relación con las materias reguladas por el Acuerdo.

La Declaración comienza con el segundo aspecto, el alcance de las competencias de la UE. Para ello, tras indicar las clases de competencias contempladas en los Tratados constitutivos y los principios aplicables a su ejercicio que resultan relevantes a los efectos del Acuerdo<sup>36</sup>, la Declaración especifica los ámbitos materiales del Acuerdo sobre los que la UE tiene atribuidas competencias. Se trata, en primer lugar, de la competencia de la UE para celebrar tratados internacionales en el ámbito del medio ambiente y cumplir las obligaciones de ellos derivadas, una competencia compartida con los EM<sup>37</sup>. La Declaración desglosa algunos de los criterios por los que se rige el ejercicio

---

<sup>32</sup> Decisión (UE) 2016/455 del Consejo, art. 3. El mandato del Grupo de trabajo sobre el Derecho del Mar fue establecido por el Anexo III de la Decisión 98/392/CE del Consejo, de 23 de marzo de 1998, relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención (*DOCE*, L 179, de 23 de junio de 1998).

<sup>33</sup> Decisión (UE) 2024/1830 del Consejo, de 17 de junio de 2024, disposiciones preambulares 8 y 9, y el art. 1.2.

<sup>34</sup> *Ibidem*, art. 2.

<sup>35</sup> Declaración de competencia de la Unión Europea formulada de conformidad con el artículo 67, apartado 2, del Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, *DOUE*, L, 2024/1832, de 19 de julio de 2024.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 3.

<sup>37</sup> *Ibidem*, párr. 4.

de competencias compartidas con un nivel de detalle que no se encuentra en otras declaraciones<sup>38</sup>. Se especifica que la Unión tendrá competencia exclusiva respecto de las materias regidas por el Acuerdo sobre las que la UE ha adoptado normas, “únicamente en la medida en que las disposiciones del Acuerdo o las decisiones de la Conferencia de las Partes en el Acuerdo puedan afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas en el sentido del artículo 3, apartado 2, del TFUE”<sup>39</sup>. Frente a una interpretación extensiva de las competencias de la Unión, la Declaración añade que la celebración de Acuerdo por la UE no debe interpretarse como un uso de la facultad de la Unión de ejercer su competencia externa respecto a materias reguladas por el Acuerdo que son de competencia compartida en la medida en que la Unión aún no haya ejercido internamente dicha competencia. La Declaración precisa asimismo que, en el ámbito de las competencias compartidas, los EM conservan su competencia en la medida en que la Unión no la haya ejercido a nivel interno<sup>40</sup>. Por consiguiente, concluye este apartado de la Declaración, la determinación del alcance de la competencia de la Unión en este ámbito exigirá un análisis pormenorizado de las relaciones entre el Acuerdo y las disposiciones de las medidas pertinentes del Derecho de la Unión que deberá realizarse caso por caso<sup>41</sup>. En segundo lugar, la Declaración indica que la UE y sus EM disponen de competencias paralelas en las áreas de la investigación y el desarrollo tecnológico y de la de la cooperación al desarrollo. En estos ámbitos, “el ejercicio de la competencia paralela de la Unión no podrá tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya”<sup>42</sup>. En tercer lugar, la Declaración apunta que la UE dispone de competencia exclusiva en materia de conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común, en virtud del artículo 3.1.d) del TFUE<sup>43</sup>. Como es habitual en las declaraciones de competencia, se hace referencia al carácter dinámico y evolutivo del ámbito de aplicación y del ejercicio de las competencias de la

---

<sup>38</sup> En este sentido, la Declaración realizada para el Acuerdo se aproximaría a la Declaración de competencias de la Comunidad Europea respecto de las materias de que tratan la CNUDM de 10 de diciembre de 1982 y el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 28 de julio de 1994 (véase el texto en *DOUE*, L 179, de 23 de junio de 1998), aunque no llega al nivel de detalle de esta última ni incluye un listado de las normas adoptadas por la UE en los diferentes ámbitos. Se han apuntado diferentes motivos para explicar la tendencia a adoptar fórmulas más genéricas en las declaraciones de competencias, entre ellas, la evolución constante a que está sujeto el alcance de las competencias de la Unión. Sobre este particular, véase FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, “Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto del oso pardo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 29, 2013, pp. 1-27.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*. Consideraciones también presentes en la octava disposición del preámbulo de la Decisión (UE) 2024/1830.

<sup>41</sup> Declaración de competencia, párr. 4.

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>43</sup> *Ibidem*, párr. 6.

UE y se asume el compromiso de notificar al depositario las modificaciones relevantes<sup>44</sup>.

Por lo que se refiere a la determinación de las responsabilidades respectivas de UE y EM en cuanto al cumplimiento del Acuerdo, la Declaración establece que “el ámbito de competencia de la Unión —al que corresponda la medida— dependerá de una evaluación interna del principal objetivo o componente de la medida que deba adoptarse en el marco del Acuerdo, así como de los objetivos y componentes más específicos de la posición que haya de determinar la Unión”<sup>45</sup>. En cuanto al modo en que se efectuará este proceso de evaluación, el preámbulo de la Decisión (UE) 2024/1830 hace referencia al código de conducta elaborado por el Consejo, los EM y la Comisión, que establece “disposiciones internas entre la Unión y sus Estados miembros que reflejan sus respectivas responsabilidades en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos en virtud del Acuerdo, que será aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Decisión. Estas disposiciones tienen debidamente en cuenta los intereses legítimos de la Unión y de sus Estados miembros en sus respectivos ámbitos de competencia, respetando debidamente sus derechos y obligaciones en virtud de la CNUDM”<sup>46</sup>. La Declaración de competencias también difiere en este aspecto de las fórmulas habitualmente utilizadas, que suelen limitarse a afirmar que la Unión es responsable del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el tratado pertinente que estén contempladas en normas vigentes del Derecho de la Unión<sup>47</sup>.

Las características del Acuerdo convertirán su aplicación en una tarea compleja para todas las Partes. Tanto España como la Unión Europea y los demás Estados miembros han manifestado su intención de convertirse en partes en el Acuerdo y de actuar de una manera coordinada. En este sentido, la Decisión 2024/1830 del Consejo articula los criterios para determinar el ámbito de competencias al que corresponden las diferentes medidas que deban adoptarse en virtud del Acuerdo. Ante la pluralidad de materias reguladas por el Acuerdo y la estrecha relación que puede existir entre medidas de aplicación correspondientes a diferentes ámbitos competenciales, se ha optado por que la determinación del alcance de la competencia de la UE se efectúe caso por caso, excluyendo de entrada posibles automatismos.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, párr. 4 *in fine*, y párr. 10.

<sup>45</sup> *Ibidem*, párr. 8.

<sup>46</sup> Decisión (UE) 2024/1830 del Consejo, considerando (10); Declaración de competencia de la Unión 2024/1831, párr. 8.

<sup>47</sup> Véase, a título de ejemplo, la Declaración de la Comunidad Europea en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 34 del Convenio sobre la Diversidad Biológica aprobada por la Decisión del Consejo 2002/628/CE, de 25 de junio de 2002, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad, *DOUE*, L 201, de 31 de julio de 2002.

DE NUEVO SOBRE EL VALOR DE LOS DICTÁMENES  
DE LOS COMITÉS DE DERECHOS HUMANOS COMO  
PRESUPUESTO HABILITANTE PARA RECLAMAR  
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO:  
COMENTARIO A LA STS 1597/2023 DE 29 DE NOVIEMBRE

*ONCE AGAIN ON THE VALUE OF THE DECISIONS  
OF HUMAN RIGHTS COMMITTEES AS AN ENABLING  
PRESUPPOSITION FOR CLAIMING THE STATE'S  
PATRIMONIAL LIABILITY: COMMENTARY ON THE  
SENTENCE OF THE SPANISH SUPREME COURT 1597/2023  
OF NOVEMBER 29*

Beatriz VÁZQUEZ RODRÍGUEZ\*

**Palabras clave:** responsabilidad patrimonial del Estado, tratados internacionales, Tribunal Supremo, dictámenes de los comités de derechos humanos.

**Keywords:** state liability, international treaties, Supreme Court, human rights committees' decisions.

**SUMARIO:** 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. EL ASUNTO Y EL DICTAMEN DEL COMITÉ. 3. EL RECORRIDO JUDICIAL. 3.1. El comienzo: La SAN 5467/2022 (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 2/2022, de 17 de noviembre de 2022. 3.2. El nudo: La STS 1597/2023 (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta), de 29 de noviembre de 2023. 3.3. El desenlace: La SAN (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), de 24 de abril de 2024. 3.4. Una valoración de la STS 1597/2023 a la luz de las SSTs 1263/2018 y 786/2023: ¿cabe interpretación conforme? 3.5. Otra dimensión: el cumplimiento de los dictámenes y las resoluciones judiciales firmes. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La práctica reciente de nuestros tribunales pone de relieve interpretaciones ambiguas en torno a los efectos jurídicos de los dictámenes emanados de los órganos de control de los tratados de derechos humanos, cuestión que tampoco encuentra una respuesta uniforme en la doctrina<sup>1</sup>. Es sabido que con carác-

---

\* Profesora Contratada Doctora (acreditada a Prof<sup>a</sup> Titular), Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo, ([vazquezbeatriz@uniovi.es](mailto:vazquezbeatriz@uniovi.es)).

<sup>1</sup> Según algunos, al acogerse voluntariamente al procedimiento de denuncias individuales, los Estados parte aceptan implícitamente respetar los dictámenes de los comités respetando así el principio de confianza legítima (estoppel) y el relativo al cumplimiento de buena fe de las obligaciones; estas normas internacionales son de rango jerárquico superior a las nacionales y sirven de criterio interpretativo en materia de derechos fundamentales según el art. 10.2 CE (véanse FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, "La obligación del Estado de reconocer y aceptar los efectos jurí-



ter general se ha negado el valor jurídico vinculante de estos dictámenes hasta que la STS 1263/2018, de 17 de julio<sup>2</sup> afrontó la problemática del cauce para hacer efectivas las recomendaciones de esos dictámenes. En la búsqueda de soluciones, de un lado, se ha intentado dotar de efectividad a estos dictámenes a través de un recurso de revisión equiparando por tanto el valor de estos con las sentencias del TEDH, una puerta que sin embargo el TS ha cerrado definitivamente toda vez que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico solo atribuye a las sentencias de aquel tribunal internacional la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme<sup>3</sup>.

---

dicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (ed.), *Los efectos jurídicos en España de las Decisiones de los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 237-278; ESTEVE MOLTÓ, José Elías, “Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de Derecho internacional público”, *AEDI*, vol. 35, 2019, pp. 679-743; CARDONA LLORENS, Jorge, “The legal value of the views and interim measures adopted by united nations treaty bodies (a response to the opinions of E. Jiménez Pineda, C. Jiménez Sánchez and B. Vázquez Rodríguez)”, *SYBIL*, n° 23, 2019, pp. 146-165; CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema español”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 47, 2022; MONTESINOS PADILLA, Carmen; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Strategies for Compliance with Non-Binding International Decisions: The Spanish Case”, *RQDI*, vol. 87, 202, pp. 87-113). Este argumento es refutado por otros cuando afirman “la intención de los Estados parte manifestada en el texto de los Tratados no fue la de establecer Tribunales, sino Comités sin el poder de adoptar decisiones obligatorias, siendo por tanto meras decisiones con recomendaciones (VAN ALEBEEK, Rosanne y NOLLKAEMPER, André, “The legal status of decisions of Human Rights Treaty bodies in national law” en KELLER, Helen y UFLSTEIN, Geir (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 356-413; UFLSTEIN, Geir, “Individual complaints” en KELLER, Helen y UFLSTEIN, Geir (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 73-115; IZQUIERDO SANS, Cristina, “Los efectos de las decisiones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España”, *Blog de la Facultad de Derecho*, UAM, 14 abril, 2021). También se han mostrado reticencias atendiendo en muchos casos a la composición y al nombramiento de sus miembros de estos órganos técnicos de naturaleza independiente, entendiendo que calificar este tipo de dictámenes como “obligatorios/vinculantes/ no refleja adecuadamente la naturaleza de estos instrumentos” puesto que “puede tener como consecuencias el equipararlos con las sentencias y otras decisiones judiciales dictadas por tribunales internacionales. Una equiparación que no puede sostenerse en términos de derecho internacional y que ha sido expresamente rechazada por nuestro TC”, (ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos: Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *REDI*, vol. 71, n° 1, 2019, pp. 241-250).

<sup>2</sup> STS (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta), 1263/2018, de 17 de julio de 2018, Roj: STS 2747/2018, ECLI:ES:TS:2018:2747. Sobre este asunto pueden verse: GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n° 2, 2018, pp. 836-851; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina, “Human rights committees. Their nature and legal relevance in Spain”, *SYBIL* n° 23, 2019, pp. 104-128; JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, “A commentary on the supreme court’s judgment of 17 July 2018 (sts 1263/2018) and its supposed impact for a legally binding value of the decisions adopted by the committee on the elimination of discrimination against women (cedaw)”, *SYBIL*, n° 23, 2019, pp. 129-145; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz, “La efectividad de los dictámenes adoptados por los comités de derechos humanos en la práctica española reciente”, en ALONSO IBÁÑEZ, Rosario (dir.), *Las relaciones entre el derecho y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, Thompson Reuters, Madrid, 2022, pp. 367-386.

<sup>3</sup> VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz, “La STS (Sala Especial) 1/2020, de 12 de febrero: ¿es el recurso de revisión una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por los Comités de Dere-

De otro lado, se ha acudido también a la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la inactividad del Estado para reparar una lesión declarada en uno de los dictámenes de aquellos comités, como se hizo por primera vez en la ya citada STS 1263/2018, de 17 de julio en el asunto Ángela González Carreño. Sin embargo, tal y como ponen de relieve los casos más recientes juzgados por el TS, este cauce tampoco está exento de dificultades.

En efecto, en la STS 786/2023, de 13 de junio, el TS estimó que las decisiones de los Comités no tienen carácter vinculante, pero ello no significa que no produzcan ninguna consecuencia jurídica pues son “indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos (...) De igual modo que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa”<sup>4</sup>, añadiendo que si bien no constituyen por sí mismos un título de imputación suficiente “sirven para avalar, siempre junto a las demás circunstancias del caso, la determinación de la lesión de un derecho fundamental que puede haber causado un daño imputable a la Administración”<sup>5</sup>, lo que implica que “para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial han de examinarse, en todo caso, los requisitos propios de esta institución a cuya concurrencia se anuda esta responsabilidad patrimonial”<sup>6</sup>.

Por su parte, la STS 1597/2023 de 29 de noviembre de 2023<sup>7</sup>, objeto de este comentario, parece retomar la senda iniciada por el mismo tribunal en el asunto Ángela González Carreño, al considerar que los dictámenes de estos comités pueden ser un presupuesto habilitante para generar responsabilidad del Estado, devolviendo los autos a la AN para dictar sentencia sobre el fondo; en ella, la AN ha estimado que no se cumplen los elementos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración según lo establecido en la legislación española.

## 2. EL ASUNTO Y EL DICTAMEN DEL COMITÉ

Se trataba de un joven leonés con síndrome de Down que asistía a un colegio público de educación primaria y que, al iniciar el cuarto curso, su tutor sugirió a sus progenitores su traslado a un centro de educación especial por problemas de adaptación escolar. En mayo de 2011, los padres del joven denunciaron ante la Fiscalía de Menores de León una presunta situación de maltrato y discriminación sufridos por su hijo durante dos cursos escolares, sin embargo, la denuncia fue archivada al no apreciarse infracción penal en la actuación de los responsables del centro educativo. En junio de 2011 la Dirección Provincial de Educación

chos Humanos?”, *REDI*, vol. 73, n° 1, 2021, pp. 353-359.

<sup>4</sup> STS (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta), 786/2023, de 13 de junio de 2023, Roj: STS 2842/2023, ECLI:ES:TS:2023:2842, fundamento jurídico quinto.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, fundamento jurídico octavo.

<sup>7</sup> STS (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta), 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023, Roj: STS 5520/2023, ECLI:ES:TS:2023:5520, fundamento de derecho sexto.

autorizó la matrícula del joven en un centro educativo especial, decisión que fue impugnada por sus padres ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de León, argumentando que la resolución era contraria a los art. 14 y 27 de la Constitución Española (CE) y solicitando el reconocimiento del derecho de su hijo a ser escolarizado en un centro público ordinario.

En julio de 2012 el juzgado desestimó el recurso, indicando que la decisión no violaba los citados derechos constitucionales puesto que el chico no se encontraba en igualdad de condiciones con otros niños sin discapacidad. La decisión fue apelada por sus padres ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, alegando que la sentencia de instancia había ignorado los abusos sufridos por Rubén y la obligación de la Administración de realizar ajustes razonables en el colegio para atender las necesidades de su hijo. En marzo de 2013 el Tribunal desestimó el recurso, confirmando la inexistencia de violación de los derechos del joven y aseverando que no constituía discriminación su escolarización en un centro especial dado el retraso significativo en su desarrollo educativo y cognitivo. Un mes después, los progenitores interpusieron recurso de amparo ante el TC por la supuesta violación del derecho a la educación y a la igualdad, pero fue inadmitido al considerar que no se había violado ningún derecho fundamental. Los padres interpusieron una segunda denuncia ante Fiscalía que resultó nuevamente archivada, siendo así que meses después fue el propio Ministerio público quien formuló denuncia frente a estos por abandono de familia al no llevar a su hijo al centro educativo especial, pero en abril de 2015 el juzgado absolvió a los padres de ese cargo.

Agotados los recursos internos, en septiembre de 2014 los padres del joven interpusieron una demanda ante el TEDH, solicitando una declaración de violación de sus derechos y una indemnización por daños morales. Sin embargo, la demanda también se inadmitió. Finalmente, en mayo de 2017 el joven y su padre presentaron una comunicación ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). En su denuncia ante este Comité, sus autores argumentaron que el joven había sido víctima de la violación de los artículos 7 (niños con discapacidad), 13 (acceso a la justicia), 15 (protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 17 (protección de la integridad de la persona), 23 (respeto del hogar y la familia) y 24 (educación) leídos conjuntamente con el artículo 4 (obligaciones generales) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>8</sup>, destacando la importancia de su derecho a una educación inclusiva, así como el impacto negativo de las decisiones administrativas y el trato recibido en su entorno escolar. Además, consideraron que el Estado español no había tomado medidas adecuadas para garantizar los derechos del joven.

---

<sup>8</sup> Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación en *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

A la vista de los hechos y teniendo en cuenta las observaciones realizadas por el Estado español, en su dictamen de 30 de septiembre de 2020 el Comité constató un incumplimiento sistemático y grave de obligaciones de todas las disposiciones invocadas de la citada Convención a excepción del art. 13. En base a esas infracciones, el CDPD formuló una serie de recomendaciones al Estado, consistentes en la obligación de proporcionar a los autores “una reparación efectiva, incluido el reembolso de cualesquiera costas judiciales en que hayan incurrido, junto con una indemnización; la garantía de que el joven fuera incluido en un programa de formación profesional “efectivamente” inclusivo; la obligación de llevar a cabo investigaciones sobre las alegaciones de malos tratos y discriminación; el reconocimiento público de la violación de los derechos del interesado a una educación inclusiva sin discriminación y de los derechos de sus padres al haber sido acusados penalmente por un delito de abandono del menor; así como la publicación y difusión del dictamen. Como obligaciones generales, el dictamen entendió que España tenía que adoptar medidas para evitar violaciones similares en el futuro, acelerando una reforma legislativa para eliminar el modelo médico de la discapacidad y adoptando medidas para considerar la educación inclusiva como un derecho, manteniendo además una actitud vigilante para evitar que se pueda perseguir penalmente a los progenitores de estudiantes con discapacidad por exigir el derecho de sus hijos a una educación inclusiva<sup>9</sup>.

### 3. EL RECORRIDO JUDICIAL

En julio de 2021, tomando como fundamento el dictamen aprobado por el CDPD al que nos acabamos de referir, los demandantes interpusieron una reclamación ante el Ministerio de Justicia por responsabilidad patrimonial del Estado, al amparo de los art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. Su pretensión era el cumplimiento íntegro de las obligaciones que se recogían en el citado dictamen, incluyendo una reparación efectiva.

#### 3.1. El comienzo: la SAN 5467/2022 (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 2/2022, de 17 de noviembre de 2022<sup>10</sup>

Frente a la desestimación de la reclamación por silencio administrativo del Ministerio de Justicia, los interesados interpusieron un recurso contencioso-administrativo por la vía del procedimiento especial para la protección

---

<sup>9</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/23/D/41/2017, 30 de septiembre de 2020, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 41/2017.

<sup>10</sup> SAN 5467/2022 (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 2/2022, de 17 de noviembre de 2022, Roj: SAN 5467/2022, ECLI:ES:AN:2022:5467.

de los derechos fundamentales. La demanda entendía que se trataba de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia contemplada en el 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el que concurrían todos los presupuestos exigidos puesto que se había vulnerado el derecho del joven a la educación conforme al artículo 27 CE; los daños se produjeron como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ya que durante años esta no puso fin a la situación de discriminación y conculcación de derechos fundamentales, siendo evidente el nexo causal entre las lesiones antijurídicas y los daños y perjuicios sufridos y la actuación de la Administración de Justicia. En la argumentación, se invocaba la STS de 17 de julio de 2018<sup>11</sup>.

Las posiciones de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal eran antagónicas, toda vez que la primera sostenía que el “automatismo” de la que parecen gozar estos dictámenes a tenor de la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, a su modo de ver “se separa de la doctrina sentada en otras muchas resoluciones del TS y del TC (...) No puede afirmarse el carácter vinculante del dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y menos considerar tal dictamen, no sólo como presupuesto para iniciar la reclamación de responsabilidad patrimonial, sino como la prueba misma de la existencia de responsabilidad patrimonial”<sup>12</sup>. Por el contrario, es necesario realizar con arreglo a la legislación española un análisis de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Además, según la Abogacía del Estado, no se optó por el cauce procesal adecuado pues habría que haber acudido a la figura del error judicial, cuyos requisitos, establecidos en el art. 293.1 de la LOPJ, no se cumplían. En cambio, el Ministerio Fiscal solicitó a la AN la estimación del recurso al entender que estos dictámenes, al ser emitidos por órganos creados en virtud de tratados válidamente celebrados, obligan a todos los órganos del Estado tal como reconoce el art. 29 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI) y se refuerza en el art. 31 de la misma ley al poner de relieve la prevalencia de estos “sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”<sup>13</sup>.

En su sentencia, la AN hace un recorrido por los distintos artículos relativos a la naturaleza y funcionamiento del CDPD tanto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como en su Protocolo Facultativo, llegando a la conclusión de que este tipo de dictámenes son meras recomendaciones o sugerencias, sin que estén dotados de un carácter ejecutivo ni gocen de potestades coactivas adicionales para exigir su cumpli-

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho segundo.

<sup>12</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho tercero.

<sup>13</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho cuarto.

miento. Justifica su posición remitiéndose a la STC 23/2020 de 13 febrero<sup>14</sup> para poner de relieve las diferencias en cuanto a los efectos de estas recomendaciones y las sentencias del TEDH. Para apuntalar su argumento se apoya además en pronunciamientos previos del TC y TS donde expresamente estos tribunales habían reconocido que este tipo de dictámenes “no tienen carácter vinculante ni tienen fuerza ejecutiva lo que no significa que no deban ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación que, de las normas del Pacto, hace el Comité, pues lo cierto es que el Pacto forma parte de nuestro Derecho interno según el artículo 96.1 de la CE<sup>15</sup>, llegando después a la conclusión de que “No se cuestiona, por tanto, que el dictamen del Comité de Derechos Humanos sea vinculante para el Estado, pero esa vinculación tiene el alcance previsto en los tratados internacionales en los que se definen sus competencias y los efectos de los informes”<sup>16</sup>.

La AN finaliza su argumentación afirmando que los hechos estudiados por el CDPD ya habían sido analizados de forma detenida y pormenorizada por las instancias jurisdiccionales nacionales competentes dando lugar a sentencias firmes, sin que los dictámenes de los comités gocen de eficacia para anular y dejar sin efecto el fallo de aquellas. Antes de concluir con la desestimación del recurso, la AN hace unas últimas apreciaciones sobre el alcance de la STS 1263/2018, recordando que se trata un único caso que no puede integrarse en el concepto de jurisprudencia del art. 1.6 del Código Civil y que la propia STS no establece un automatismo con respecto a la fuerza de estos dictámenes pues se limita a decir que un dictamen puede ser un presupuesto habilitante que dé lugar a responsabilidad patrimonial “como último cauce para obtener reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso”<sup>17</sup>.

### **3.2. El nudo: la STS 1597/2023 (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta), de 29 de noviembre de 2023**

Mediante auto del TS de 23 de marzo de 2023, se acordó admitir a trámite el recurso de casación contra la sentencia de la AN de 17 de noviembre de 2022, señalando dos cuestiones de interés casacional:

“1. Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención —ratificado por España—, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nues-

<sup>14</sup> STC 23/2020, de 13 de febrero de 2020, fundamento jurídico sexto (Recurso de amparo 3807-2018, ECLI:ES:TC:2020:23).

<sup>15</sup> SAN 5467/2022, de 17 de noviembre de 2022, fundamento de derecho sexto.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho séptimo.

tras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.

2. Si esa reparación y el cumplimiento de las prescripciones del Dictamen supone revisar resoluciones judiciales firmes, al fundamentarse la reclamación de responsabilidad patrimonial en un presupuesto diferente<sup>18</sup>.

Los demandantes entendían que en base a la STS 1263/2018, de 17 de julio, el contenido de estos dictámenes debía ser cumplido por el Estado español puesto que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —según el art. 96.1 CE— es norma del ordenamiento jurídico interno y tiene valor interpretativo en cuanto a los derechos fundamentales reconocido en el art. 10.2 CE. Además, se invoca el art. 29 de la LTOAI para argumentar que esos dictámenes son de cumplimiento obligatorio para los Estados parte en los Tratados de derechos humanos y que en virtud del art. 26 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados se hace necesario el respeto del principio del *pacta sunt servanda*. Añadían que para evitar que se perpetúe el incumplimiento, hay que determinar un cauce adecuado y eficaz para su cumplimiento, máxime cuando se trata de personas en una situación de especial vulnerabilidad. No consideraban, en cambio, que se atentara contra el principio de cosa juzgada puesto que no existe identidad plena en el objeto y pretensiones; a diferencia de los procesos judiciales previos, la pretensión patrimonial supone una solicitud de carácter indemnizatorio. A mayor abundamiento, apuntaban que en este caso se trae a colación un hecho nuevo y distinto, un dictamen del CDPD y la lesión de derechos fundamentales no se basa en las resoluciones judiciales firmes, sino en un incumplimiento general por parte del Estado español de adoptar todas las medidas pertinentes para hacer efectivos los derechos del joven<sup>19</sup>.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso, coincidiendo con los argumentos de los demandantes<sup>20</sup>. Por su parte, la Abogacía del Estado se opuso por los motivos ya alegados en casos anteriores y porque las consecuencias de dotar de efectos al dictamen implicarían, *de facto*, atacar el principio de cosa juzgada ya que, “materialmente, deja sin efecto a todas esas resoluciones al llegar a unas conclusiones radicalmente contrarias a las que estas habían alcanzado, algo que ni siquiera pueden efectuar las sentencias dictadas en los recursos de inconstitucionalidad salvo que se trate de revisar favorablemente las penas o sanciones impuestas”<sup>21</sup>.

La sentencia aborda la primera cuestión de interés casacional partiendo de que existe coincidencia plena de las partes sobre el hecho de que no existe en el ordenamiento español un cauce procedimental específico y autónomo

<sup>18</sup> ATS (Sala de lo Contencioso, Sección Primera), 23 de marzo de 2023, Roj: ATS 3170/2023, ECLI:ES:TS:2023:3170A.

<sup>19</sup> STS 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023, fundamento de derecho cuarto.

<sup>20</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho quinto.

<sup>21</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho sexto.



para instar el cumplimiento de los dictámenes de los Comités y se remite a lo dicho en la STS de 17 de julio de 2018, afirmando que “al igual que entonces, habrá que declarar” la imposibilidad de exigir autónomamente un cumplimiento de tales dictámenes y que, no obstante, “es posible admitir que el dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros cauces en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse”<sup>22</sup>.

A continuación, considera conveniente “acompañar lo anterior de unas consideraciones”. Así, señala que “no puede dudarse que [los dictámenes emanados de los órganos de control de los tratados de derechos humanos] tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que les atribuyen la propia Convención (...) en el art. 4.1 y en su Protocolo (...) art. 1”<sup>23</sup>. Seguidamente, invoca los artículos 96, 10.2 y 9.3 CE para concluir que “no puede privarse de efecto al dictamen del Comité por contraponerlo al efecto vinculante de la Convención ya que ello podría, si no dejarla sin efecto, sí limitar su valor y alcance real y efectivo. Podrán considerarse sus efectos como diferentes, pero no que exista uno y no el otro”<sup>24</sup>. Una apreciación que parece no ser idéntica a la argumentación que utilizó la misma sala en su sentencia de 13 de junio de 2023, donde además de decir que los dictámenes “no tienen necesariamente la misma fuerza jurídica que las obligaciones normativas que impone el Tratado”, advirtió de que no se podía “pretender expandir el ámbito de aplicación al que se refieren esas normas legales sobre la ejecución de los tratados internacionales y sus reglas de interpretación, a las decisiones del CAT”<sup>25</sup>.

Se refiere luego a las sentencias del TC 245/1991, de 16 de diciembre, y 91/2000, de 30 de marzo para apuntar que:

“no hay obstáculo para que el dictamen del Comité, pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente, pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho séptimo.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> STS 786/2023, de 13 de junio de 2023, fundamento de derecho quinto.

<sup>26</sup> STS 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023, fundamento de derecho séptimo.

Seguidamente, la sentencia afirma que “es importante poner de manifiesto que la doctrina que aplicamos, declarada por la Sala en su sentencia 1263/2018, de 17 de julio (recurso 1002/2017), no puede entenderse abandonada por la posterior sentencia 786/2023, de 13 de junio (recurso 5269/2022)”<sup>27</sup>, viniendo a decir que en este segundo caso un dictamen del CAT no podía ser considerado por sí solo como un título de imputación suficiente para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, frente a lo que había considerado la AN cuando declaró que el dictamen allí concernido gozaba de ejecución directa y automática interpretando erróneamente la STS 1263/2018, por entender que en el supuesto no concurrían los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Y sin más argumentación, la sentencia concluye que “al negar todo efecto al dictamen la sentencia recurrida infringe el ordenamiento jurídico y nuestra jurisprudencia”<sup>28</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión de interés casacional, según la sentencia queda probado que la lesión de los derechos fundamentales no se basa únicamente en valoraciones sobre la sentencia o resoluciones judiciales, sino en la constatación de que el Estado español no dio respuesta adecuada ni adoptó las medidas eficaces para hacer efectivos los derechos proclamados en el artículo 4 de la CDPD, no siendo posible afirmar la existencia de cosa juzgada pues, conforme al artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendría que existir identidad plena en el objeto y en las pretensiones, lo que no ocurre en este caso<sup>29</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el TS estima el recurso de casación y revoca la sentencia de instancia, entendiendo procedente devolver los autos a la AN para dictar sentencia de fondo, debido a “la inexistencia de valoración sobre los demás presupuestos necesarios para la apreciación de una responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia”<sup>30</sup>.

### **3.3. El desenlace: la SAN (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), de 24 de abril de 2024**

Así las cosas, la posición de la AN en cumplimiento del mandato de la STS de 29 de noviembre de 2023 se esperaba con expectación. Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso (Sección tercera), de 24 de abril de 2024, consideró que tenía que valorar en primer lugar todos los elementos necesarios para que surja responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia y para ello primero invoca los requisitos que el art. 292 LOPJ establece y después las precisiones hechas por el TS en su sentencia de 13 de junio de 2023, para recordar que los dictámenes de los Comités de derechos

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho octavo.

<sup>30</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho noveno.

humanos no son título de imputación suficiente y automático para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado; por ello, deberán considerarse junto al resto del material de prueba en orden a fijar si concurren los presupuestos legales que conforman la responsabilidad patrimonial. Según la AN el paso siguiente, por tanto, es verificar, “si ha existido un daño (vulneración de derechos fundamentales), que ese daño resulte causalmente imputable al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (ex artículo 292 LOPJ), y que el interesado no tenga el deber de soportar esa lesión antijurídica, que aparece identificada en su esfera jurídica”<sup>31</sup>.

Respecto al daño, la AN entiende que se circunscribe a la situación generada en el centro público elegido por los padres y que quedaba probado que durante el periodo de escolarización del joven “no hubo lesión de derechos fundamentales a la educación en condiciones de igualdad ni en la integridad moral”, y en consecuencia “los derechos fundamentales del menor quedaron incólumes y todas las actuaciones desarrolladas fueron encaminadas a su mejor desarrollo en atención a las circunstancias personales”. Si bien la AN muestra cierta sensibilidad con respecto del clima de tensión generado por los desencuentros entre padres y los responsables del centro educativo, sin embargo, apela a las sentencias previas en las que no se había apreciado la vulneración de los artículos 14 y 27 CE, ni del art. 10.2 CE. Además, la AN estima que tampoco se demuestra que la Administración de Justicia fuera la causante de tales daños debidos a un funcionamiento anormal del servicio público, puesto que la prestación de aquel servicio estaba transferida a la Comunidad Autónoma tanto para el desarrollo legislativo como la ejecución de la enseñanza<sup>32</sup>. Parece entender, por tanto, que puesto que el Ministerio de Justicia carecía de competencia en el ámbito educativo la pretensión indemnizatoria debería haberse arbitrado, en su caso, por la vía de la responsabilidad de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos del art. 32 de la Ley 40/2015 del RJSP.

Finalmente, antes de desestimar el recurso, la AN advierte que el CDPD, en su dictamen, no había considerado “el contenido de las sentencias firmes, ni las pruebas tal y como fueron valoradas por los Tribunales españoles, de acuerdo con las competencias que les corresponden para definir los hechos y el derecho”. Considera que además no pueden tener “la virtualidad de dejar sin efecto las determinaciones de los Tribunales españoles cuando han conocido de unos mismos hechos, y han negado la lesión de derechos fundamentales”. Así, parece discrepar de la STS de 29 de noviembre cuando afirma que “Admitir lo contrario, (...) pese a lo declarado por los Tribunales en España, (...) comporta dotar al Comité de una competencia jurisdiccional de la que carece (...) a la vez se pone en cuestión la competencia y extensión de nuestra

---

<sup>31</sup> SAN, (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), de 24 de abril de 2024, Roj: SAN 2024/2024, ECLI:ES:AN:2024:2024.

<sup>32</sup> *Ibid.*

jurisdicción, cuando las recomendaciones del Comité en modo alguno aparecen configuradas con ese fin (tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2023 al resolver el recurso de casación 5269/2022, casando la sentencia de instancia de esta Sala, que citaba en su demanda el recurrente)”<sup>33</sup>.

### **3.4. Una valoración de la STS 1597/2023 a la luz de las SSTS 1263/2018 y 786/2023: ¿cabe interpretación conforme?**

La argumentación en la que se basa la STS 1597/2023 respecto al valor de los dictámenes de los Comités de derechos humanos y el cauce adecuado para su toma en consideración es escasa y oscura y se caracteriza por escuetos enunciados y afirmaciones apodícticas. Las “consideraciones” ofrecidas sobre la coherencia entre y con las dos sentencias anteriores, tema central de la decisión, consisten solo en una reproducción literal y entremecida de párrafos de la STS 786/2023 y del voto particular concurrente que entonces formularon dos Magistrados, así como de la doctrina establecida en el asunto Ángela González Carreño.

Con todo, y partiendo de que seguramente lleva razón el Magistrado Díez-Picazo cuando dice que de las sentencias de 17 de julio de 2018 y 13 de junio de 2023 “no se desprende un criterio nítido ni unívoco”<sup>34</sup>, es posible plantearse si cabe una interpretación conforme entre las tres sentencias. La tarea no es sencilla. Para algunos “Whether the judgment of 2018 was a turning point, this 29 November 2023 can be defined as a point of arrival, since it establishes in cassation a jurisprudential criterion confirming the interpretation started in 2018 and, doubtfully, arguing that this line does not go against the judgement of 13 June 2023”<sup>35</sup>.

Pues bien, se puede argumentar que existe cierto hilo conductor en las tres sentencias y que hay elementos comunes que permiten vislumbrar una línea jurisprudencial que partiendo de la constatación de la inexistencia de procedimientos específicos y autónomos en el ordenamiento español para la ejecución de los dictámenes emitidos por los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas, admite la posibilidad de considerarlos como un elemento relevante para determinar la posible vulneración de derechos cuya ausencia de reparación puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo necesario tener en cuenta el contexto singular de cada caso para determinar el efecto en ese sentido de las decisiones de estos Comités.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> STS 786/2023, de 13 de junio de 2023, Voto particular que formula el Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, “The legal value of the decisions given by the United Nations Human Rights Treaty Bodies in light of the Judgments of the Spanish Supreme Court of 13 June 2023 (STS 786/2023) and of 29 November 2023 (STS 1597/2023): End of Story?” *SYbIL*, n° 27, 2023, p. 210.

En relación con el valor jurídico de los dictámenes de los Comités, ya hemos dicho que la STS de 29 de noviembre reproduce textualmente la argumentación que ofreció en el asunto Ángela González Carreño, aunque con alguna diferencia de expresión, porque mientras la STS de 17 de julio de 2018 sobre esta cuestión dijo que “no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo”<sup>36</sup>, la STS de 29 de noviembre de 2023 apunta “que no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte *que les atribuyen* la propia Convención y su Protocolo”<sup>37</sup>, pareciendo querer poner el énfasis en los efectos jurídicos que se derivan de las previsiones de los tratados, si bien luego añade que “no puede privarse de efecto al dictamen del Comité por contraponerlo al efecto vinculante de la Convención ya que podría, si no dejarla sin efecto, sí limitar su valor y alcance real y efectivo. Podrán considerarse sus efectos como diferentes, pero no que exista uno sin el otro”<sup>38</sup>, sin concretar en qué consiste esa diferencia. Por su parte, en la STS de 13 de junio señaló que resulta indiscutible que los tratados de derechos humanos suscritos por España son parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero matizó que no cabe extender el mismo valor jurídico a los actos derivados dictados en aplicación de estos; así, las decisiones de estos Comités no son vinculantes y no gozan de fuerza ejecutiva con carácter automático, lo que no supone que no produzcan ninguna consecuencia jurídica<sup>39</sup>. En conclusión, la STS de 29 de noviembre de 2023, al destacar que los dictámenes tienen carácter vinculante/obligatorio en función de la propia Convención y su Protocolo, podría interpretarse como un intento de limitar el impacto de estos dictámenes en el ámbito interno, poniendo más énfasis en su contexto normativo internacional y no tanto su “automatismo”, permitiendo así una interpretación conforme a su doctrina previa al aclarar que aunque un dictamen no tenga fuerza ejecutiva directa, sí puede generar ciertos efectos jurídicos, lo que ayuda a disociar de forma más clara las nociones sobre la obligatoriedad frente al carácter ejecutivo de estos dictámenes.

Por lo que atañe a la responsabilidad patrimonial y el mantenimiento de sus requisitos, recordemos que en la STS de 29 de noviembre de 2023 el TS reproduce su argumentación en el asunto Ángela González Carreño para llegar a la misma conclusión de que es posible admitir que este tipo de dictámenes sean presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce y con independencia de la decisión que resulte de cada caso, sin ofrecer ningún razonamiento adicional. Por su parte, el TS en el asunto de 13 de junio de 2023 llegaba a la conclusión

---

<sup>36</sup> STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, fundamento de derecho séptimo.

<sup>37</sup> STS 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023, fundamento de derecho séptimo, cursivas añadidas.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, fundamento de derecho quinto.

de que el dictamen del CAT no podía ser considerado por sí solo como un título de imputación suficiente para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, explicando que esta afirmación no era contraria a lo declarado en la STS de 17 de julio de 2018, puesto que la *ratio decidendi* en aquel primer asunto “tomó en consideración el resto de circunstancias del caso que resultaban decisivas, con mayor relevancia que el propio dictamen, para establecer la responsabilidad patrimonial”<sup>40</sup>; en este sentido, conviene recordar que esta sentencia terminaba afirmando que “deberá ser tenido, en este caso y con sus particularidades, como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado”<sup>41</sup>. Así, las sentencias 789/2023 y 1597/2023 parecen encauzar la interpretación a una misma dirección según la cual, aunque los dictámenes pueden ser relevantes, no configuran automáticamente un título que dé lugar a responsabilidad patrimonial<sup>42</sup>. Además, los tres asuntos coinciden en señalar que se pronuncian a la luz del caso concreto. Este punto es crucial, ya que se insiste en la necesidad de realizar un análisis individualizado que verifique el cumplimiento de los requisitos que configuran aquella institución en nuestro derecho.

### 3.5. Otra dimensión: el cumplimiento de los dictámenes y las resoluciones judiciales firmes

La segunda cuestión de interés casacional aborda otra dimensión del complejo tema que nos ocupa. Frente a la invocación por la Abogacía del Estado del principio de la cosa juzgada, la STS 1597/2023 estimó que las resoluciones judiciales firmes adoptadas en el caso no se veían afectadas por considerar que no hay identidad de objeto y pretensiones, afirmando:

“Ese conjunto de hechos son los valorados por la decisión del Comité y, por tanto, la lesión de los derechos fundamentales que aprecia su dictamen no se basa únicamente en valoraciones sobre la sentencia o resoluciones judiciales, como dice la de instancia, sino en la constatación de que el Estado Español, en las actuaciones producidas con respecto al menor discapacitado, no dio la respuesta adecuada ni adoptó las medidas eficaces por parte de los órganos que conocieron todas las reclamaciones de los recurrentes. Es decir, se enmarca todo en el incumplimiento de la obligación general de adoptar todas las medidas eficaces para hacer efectivos los derechos que impone el artículo 4 de la CDPD, como ponen de manifiesto las partes recurrentes. En definitiva, no es posible afirmar la existencia de cosa juzgada pues, conforme

<sup>40</sup> STS 786/2023, de 13 de junio de 2023, fundamento de derecho sexto, cursivas añadidas.

<sup>41</sup> STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, fundamento de derecho séptimo. Cursiva añadida.

<sup>42</sup> La reciente STC 61/2024, de 9 de abril de 2024 no cuestiona el “argumento sostenido por la Audiencia Nacional acerca de que los dictámenes emitidos por los comités de la ONU no constituyen títulos ejecutivos que generen automáticamente el derecho a una indemnización”, añadiendo que “no puede deducirse de esa constatación, y no lo hace la Audiencia Nacional, una ausencia de obligación estatal de cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados e incorporados al ordenamiento español, obligación esta derivada de una correcta intelección del art. 96.1 CE” (Recurso de amparo 1186-2019, ECLI:ES:TC:2024:61, fundamento jurídico cuarto).

al artículo 222 de la LEC, tendría que existir una identidad plena del objeto y pretensiones con respecto al proceso en el que recayó la sentencia firme. En este caso, por lo dicho, no hay tal identidad ya que el objeto es por completo diferente y las pretensiones también<sup>43</sup>.

Se trata del mismo enfoque ya adoptado por la STS 1263/2018, en la que se señaló:

“hay que precisar que no puede entrar en juego la excepción de cosa juzgada respecto del pronunciamiento judicial inicial de denegación de responsabilidad que es apuntada por la Administración del Estado y por el Ministerio Fiscal, ello porque (i) fue rechazada en la sentencia impugnada y tal decisión no ha sido impugnada y, (ii) la lesión apreciada no deriva exclusivamente de los hechos entonces juzgados, sino también de la actuación y decisiones de las Administraciones intervinientes al dar respuesta a aquellos, incluida la de los órganos judiciales contencioso administrativos que denegaron aquella. En definitiva, tampoco está en juego el principio de seguridad jurídica pues no se trata tanto de dejar sin efecto los pronunciamientos iniciales, ya que con la pretensión ejercitada no se está revisando ni anulando aquellas decisiones administrativas y judiciales, sino de reconocer la existencia de un presupuesto diferente que ampare la reclamación de responsabilidad patrimonial<sup>44</sup>.”

Sin embargo, en su voto particular a la sentencia objeto de este comentario, el Magistrado Díez-Picazo discrepa y apunta que la acción de indemnización contra el Estado no podría ejercerse como una reclamación de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sino por error judicial, diferenciando los requisitos exigidos para cada uno de estos. Según él:

“Es jurisprudencia clara y muy arraigada en el tiempo que las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional —es decir, al juzgar o hacer ejecutar lo juzgado— nunca pueden dar lugar a funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino únicamente a error judicial. Ello significa que con respecto a lo decidido mediante una resolución judicial (sentencia, auto, providencia) solo cabe el error judicial. Y el error judicial tiene que haber sido declarado con anterioridad y mediante alguna de las vías previstas en el art. 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La previa declaración del error judicial es así una condición para iniciar la acción de indemnización contra el Estado; algo que, en cambio, no ocurre con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia<sup>45</sup>.”

Además, el Magistrado añade que con respecto al presente caso:

“es evidente que la vía para ejercer la acción de indemnización contra el Estado no puede ser la del funcionamiento anormal de la Administración

<sup>43</sup> STS 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023, fundamento de derecho octavo.

<sup>44</sup> STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, fundamento jurídico séptimo.

<sup>45</sup> STS 786/2023, de 13 de junio de 2023, Voto particular que formula el Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Giménez.



de Justicia: si el daño se imputa a las resoluciones judiciales relativas a la escolarización del menor discapacitado y a las iniciativas de sus padres, es claro que solo cabría reclamar la responsabilidad patrimonial por error judicial; y si el daño se imputa, como hace la sentencia de manera bastante ambigua, al Estado en su conjunto porque “en las actuaciones producidas con respecto al menor discapacitado no dio la respuesta adecuada ni adoptó las medidas eficaces”, entonces estamos fuera tanto del error judicial como del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Se trataría, suponiendo que concurrieran los requisitos, de responsabilidad patrimonial de la Administración y el fundamento de la acción de indemnización y la vía procedimental para ejercerla habrían debido ser otros. Y aun así habría que recordar que, en este caso, los tribunales consideraron que la actuación de la Administración fue ajustada a Derecho; lo que no dejaría de tener relevancia a la hora de valorar la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”<sup>46</sup>.

Con independencia de que en el contexto del enfoque adoptado por el TS, en el que la inactividad de la Administración en relación con los dictámenes es un elemento determinante de la responsabilidad patrimonial, la argumentación ofrecida por las sentencias resulte plausible, esta dimensión relativa a la repercusión sobre resoluciones judiciales firmes es una prueba más de las dificultades que supone el tener que recurrir a una vía que —como se ha dicho— no es la adecuada “para generalizar y facilitar la ejecución de las decisiones” de los órganos de tratados<sup>47</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque sin un criterio totalmente nítido en cuanto a su argumentación, el TS ha establecido que un dictamen emanado de un órgano de control de tratados de derechos humanos puede ser presupuesto habilitante para generar la responsabilidad patrimonial del Estado siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico español respecto de este mecanismo, puesto que no puede desdibujarse este cauce tratando de que se ejecuten de forma automática todas las decisiones de estos comités.

Sea como fuere, nuestros tribunales no deberían cargar con todo el peso en la búsqueda de una solución sobre esta cuestión y más aún cuando su doctrina en cierto modo induce a confusión y hay presencia de votos particulares en todas las sentencias que se pronuncian sobre el particular, de cuya lectura se infiere división entre en el seno de nuestro más alto tribunal. Quizás el aumento de dictámenes de condena a España obligue al legislativo a abordar los cambios necesarios adoptando las alternativas jurídicas necesarias para

---

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> MANERO SALVADOR, Ana, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español”, *AEDI*, vol. 39, 2023, pp. 284-285.

encontrar una solución a este problema. En este sentido hay iniciativas que apuntan a esta dirección, como la propuesta en el II Plan Nacional de DDHH al apostar por la “aprobación de un protocolo, o instrumento similar, que defina la forma en la que las autoridades competentes dan seguimiento y respuesta a los dictámenes y demás pronunciamientos de los órganos de los tratados de derechos humanos de los que España sea parte”<sup>48</sup> y la conveniencia de que estos dictámenes sean analizados para “proponer las actuaciones políticas o las modificaciones normativas pertinentes”<sup>49</sup>. Resulta evidente que la materialización de este compromiso es cada vez más urgente.

---

<sup>48</sup> II Plan Nacional de Derechos Humanos, junio 2023, Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado, ap. 276 disponible en: <https://www.mpr.gob.es/mpr/secrc/ii-plan-nacional-de-derechos-humanos/Documents/II%20Plan%20Nacional%20de%20DDHH.pdf>

<sup>49</sup> *Doc. cit.*, ap. 280. En ese sentido se ha propuesto la modificación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre con la incorporación de un nuevo Título, “De los tratados internacionales de derechos humanos” en el que se contemplen garantías para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales del sistema de Naciones Unidas suscritos por España, así como al artículo 10.2 de la CE, véase: AÑÓN ROIG, María José, “La reforma de la Ley de tratados como respuesta legislativa a la petición del Tribunal Supremo de regular internamente los dictámenes de los órganos de tratados de derechos humanos”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 1-33.



## IV. RECENSIONES / BOOK REVIEWS

Coordinación a cargo de

Joana ABRISKETA URIARTE y Pilar Blanco-MORALES LIMONES

BENEYTO, José María y JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (eds.), *Derecho de los tratados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 673 pp.

En su reseña al primer volumen de esta obra Araceli Mangas Martín ya destacó que se inscribía en “un gran proyecto jurídico-académico español” y constituía “un acontecimiento relevante para la comunidad académica española e iberoamericana” (*REDI*, vol. 75, (2023) I, pp. 277-279). Este segundo volumen dedicado al Derecho de los tratados cuenta con un prólogo en el que los directores del proyecto José María Beneyto y Carlos Jiménez Piernas salen al paso de algunas opiniones que criticaban que la obra careciera de una presentación en la que se expresaran los propósitos que persiguen. En dicho prólogo los directores aclaran que se trata de un proyecto académico y editorial cuyo objetivo es cubrir la laguna que supone “la ausencia en la literatura científica en lengua española de un tratado completo sobre Derecho internacional público.”

Señalado este propósito, y proclamado que se trata de un tratado, los directores precisan que “nuestro objetivo no es ofrecer una aproximación armónica y cerrada del Derecho internacional público vigente, sino ofrecer una rica muestra de la pujante doctrina internacionalista en lengua española”. Aunque no queda muy claro lo que entienden por una aproximación armónica y cerrada al Derecho internacional público tampoco aporta

mucha luz la afirmación de que es “un proyecto editorial abierto, inclusivo, no sectario fundado en criterios objetivos”.

Los lectores de la obra continúan sin conocer cuál es el plan general de la obra, si existe algún criterio de ordenación de los temas o si los capítulos están redactados conforme a pautas que doten de un mínimo de unidad el tratamiento de las cuestiones. En esta incertidumbre los directores anuncian que a este volumen dedicado al Derecho de los tratados seguirá la publicación de un tercero dedicado a las relaciones entre el Derecho internacional y los ordenamientos internos y añaden “no anunciamos más volúmenes porque entendemos que ahora no procede y hasta puede ser de mal agüero”.

Ante estas manifestaciones de los directores del proyecto no tendría mucho sentido establecer comparaciones con obras semejantes publicadas en lengua española o en otros idiomas. Este volumen dedicado al Derecho de los tratados debe ser valorado en sí mismo porque, según sus directores, el propósito es que cada volumen “posea la suficiente autonomía para suscitar interés y animar a la lectura por sí solo”.

Este volumen sobre el Derecho de los tratados se abre con el capítulo “La codificación del derecho de los tratados”

(pp.21-81) que presenta una panorámica general de la codificación internacional del Derecho de los tratados y de las directrices y proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional relacionados con la materia escrito por Esperanza Orihuela Calatayud con una exposición ordenada, objetiva y completa del tema. Las mismas características tienen los capítulos sobre “La entrada en vigor de los tratados y sus efectos” (pp. 261-295) redactado por Carmen Martínez Capdevila y el dedicado a “La interpretación de los tratados internacionales” (pp. 403-454) del que es autora Soledad Torrecuadrada García-Lozano.

Una especial atención merece el capítulo dedicado a “La integración normativa entre costumbre y tratado” (pp. 174-196) que firma Paz Andrés Sáenz de Santa María, estudio con abundantes referencias a la jurisprudencia internacional y a la nueva consideración de la cuestión por la Comisión de Derecho Internacional. Este capítulo hubiera tenido mejor encaje en el primer volumen de la obra dedicado a las fuentes del Derecho internacional público porque, como señala la autora, se trata de un fenómeno de determinación de la costumbre internacional que no es exclusivo de los tratados internacionales y alcanza también a las resoluciones de las organizaciones internacionales.

Algunos capítulos de la obra tienen un carácter monográfico ya que adoptan un enfoque más limitado de los temas centrándolos en análisis de la práctica española. Así el capítulo de Araceli Mangas Martín sobre “La celebración de los tratados internacionales, negociación y manifestación del consentimiento” (pp. 197-259) privilegia el análisis de la Ley española 25/2014 sobre tratados y otros acuerdos internacionales en el que la autora no ahorra duras críticas a la regulación de los acuerdos internacionales administrativos. Un enfoque monográfico

semejante también preside los minuciosos estudios que Antonio Pastor Palomar dedica en sendos capítulos a “Las reservas y otras declaraciones unilaterales: la aplicación de la ley de tratados y otros acuerdos internacionales” (pp. 349-402), por un lado, y a “La enmienda y modificación de los tratados internacionales. La práctica de España y de la Unión Europea” (pp. 455-507) por otro.

También Francisco Pascual Vives es autor de dos capítulos cuya redacción contrasta con el enfoque normativo seguido por los demás autores. Son textos en los que el discurso se articula con abundantes categorías metafóricas no normativas: pulsiones, flexibilidad, desbordamientos, fertilización, etc. El capítulo sobre “El concepto de tratado internacional: la tensión entre formalismo y flexibilidad” (pp. 83-172) trata de alcanzar una noción genérica de tratado internacional entendida “en sentido lato y en el marco del Derecho internacional general” más allá de la significación positiva de dicho concepto en los convenios internacionales de codificación del Derecho de los tratados de 1969 y de 1986 y de la reglamentación española y la práctica de la Unión Europea. El capítulo titulado “Las organizaciones internacionales y el derecho de los tratados: la tensión entre particularismo y fertilización cruzada” (pp. 599-675) es un estudio en el que se examina la aplicación de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos por los tribunales de organizaciones internacionales de carácter regional (Tribunal europeo de protección de los derechos humanos y Corte interamericana) así como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dado que se trata de la aplicación de tratados internacionales en el sector concreto de los derechos humanos su inclusión en un volumen dedicado al Derecho de los tratados no parece muy justificada ya que en principio su emplazamiento más adecuado quizás hubiera sido incluirlo en algún

lugar en el que se estudiara la protección internacional de los derechos humanos. Las “pulsiones particularistas” entre los tribunales europeo e interamericano de protección de los derechos humanos y el Tribunal de Justicia Unión Europea se explican según el autor por “el alto grado de integración jurídica y política que ha asumido este ordenamiento de ámbito regional” (p. 623). El estudio también pone en evidencia casos de “fertilización cruzada” donde “las soluciones particularistas adoptadas por cada uno de estos tribunales migran o se trasladan a la práctica de otro tribunal” (p. 669).

Según los directores de la obra el proyecto editorial tiene una “vocación iberoamericana”. En este segundo volumen hay dos estudios de colaboradores de esta procedencia. El jurista mexicano Juan Manuel Gómez Robledo ha redactado un capítulo sobre “La aplicación provisional de los tratados” (pp. 297-347) con la autoridad que le otorga su condición de Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema. Un segundo estudio, de carácter monográfico, es el capítulo “La rescisión de los tratados en el sistema interamericano” (pp. 513-593) redactado por el jurista de origen chileno Luis Umberto Torre Utillano. Bajo el concepto de “rescisión”, término que no aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, comprende los supuestos de nulidad, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados. Fruto de su experiencia en la Organización de Estados Americanos el autor considera que el régimen favorable a la rescisión que rige en el sistema interamericano “coadyuva de alguna manera a soslayar cuestionamientos concernientes a la validez” (p. 531). La presencia ibe-

roamericana tiene en este segundo volumen un carácter cuasi testimonial, como también sucedía en el primero, pero los directores anuncian que esto cambiará en el tercer volumen de la obra en el que se incrementará la participación de autores iberoamericanos.

A la vista del contenido de este segundo volumen no queda despejada la duda de si el proyecto dirigido por José María Beneyto y Carlos Jiménez Piernas es un tratado de Derecho internacional público o una colección de estudios de Derecho internacional publicados en varios volúmenes. Si por tratado se entiende una exposición completa, objetiva y ordenada de conocimientos sobre una determinada materia cabe el interrogante de si otorgarle dicha calificación. Algunos capítulos de la obra, como se ha dicho, tienen un tratamiento propio de un tratado, pero otros adoptan un enfoque más monográfico centrado en un determinado aspecto del tema estudiado y no falta alguna colaboración de carácter más personal; por otra parte el emplazamiento de algunos capítulos en un volumen sobre el Derecho de los tratados también suscita algunas dudas. Quizás esta diversidad es lo que los directores de la obra consideran constituye la característica no cerrada, abierta, inclusiva y no sectaria de su proyecto editorial, pero al elegir este camino se apartan de lo que generalmente se entiende por tratado como género bibliográfico y dan pie a que haya quienes consideren que se trata de una importante colección de estudios de Derecho internacional publicada en varios volúmenes.

Oriol CASANOVAS LA ROSA (†)  
*Universidad Pompeu Fabra*

CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Bosch, Barcelona, 2024, 262 pp.

La monografía del Notario Isidoro Antonio Calvo Vidal que se reseña es una gran obra teórico práctica de utilidad en las situaciones jurídico privadas internacionales para los operadores jurídicos, tanto judiciales como notariales. En la misma, se refleja el conocimiento de la regulación del tráfico jurídico privado transfronterizo que posee Calvo Vidal, fruto de su dilatada carrera profesional y de su actividad desarrollada en el ámbito internacional, pues, es Consejero General de la Unión Internacional del Notariado y Delegado del Consejo General de Notariado Español para asuntos de la Unión Europea. También es miembro del Consejo de Administración de la Asociación de la Red Europea de Registros de Testamentos.

La monografía versa sobre una de las grandes cuestiones de Derecho internacional privado: qué ley, de qué Estado o país, aplicamos a una situación con elemento extranjero, dada la vinculación de esta con varios ordenamientos jurídicos. Asimismo, las situaciones transfronterizas que contempla Calvo Vidal en su obra, se centran en las materias que más problemas proyectan en la movilidad internacional de las personas físicas, durante la vida y a su fallecimiento: los efectos patrimoniales del matrimonio o de las uniones registradas y los efectos sucesorios. La ley aplicable en estas materias viene determinada en tres Reglamentos europeos (de los llamados triples, pues regulan, también, competencia internacional y mecanismos de eficacia extraterritorial), pero con puntos en común. Por ello el Notario, con gran acierto, realiza un estudio conjunto (y, por separado, para analizar las diferencias) de la ley aplicable, regulada, cronológicamente, en el Reglamento (UE)

650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 —relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo—, en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, —por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales—, y en el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, —por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas—.

El estudio de esta obra en torno a los tres Reglamentos europeos, no solo se detiene en el articulado que regula la ley aplicable en cada uno de ellos, sino que profundiza en su aplicación práctica: analiza las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que interpretan, para su aplicación, aquellos aspectos de los Reglamentos que habían quedado más oscuros, resolviendo las cuestiones prejudiciales que han presentado los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; y, aporta, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), como jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS); del mismo modo, ilustra su monografía con muchos ejemplos.

Este estudio teórico práctico de la ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012 y en los Reglamentos (UE)



2016/1103 y 2016/1104, lo realiza Calvo Vidal de manera ordenada (como él mismo dice, siguiendo los capítulos de los Reglamentos), pero centrándose en los aspectos que más problemas prácticos pueden suscitar y, siendo original en su calificación y solución.

Por consiguiente, en relación con su estructura, la obra que se divide en nueve capítulos, en cada uno de ellos realiza una presentación conjunta para luego adentrarse por separado en el estudio del Reglamento (UE) 650/2012 y en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, comenzando con el ámbito de aplicación de los mismos, deteniéndose en la determinación de la ley, con sus diferentes puntos de conexión y su ámbito, y en los problemas de aplicación, lo que agradece cualquier operador jurídico que quiera acercarse a esta obra.

En cuanto al contenido de la monografía, el comentario de la autora que reseña, pretende detenerse en cada capítulo, para resaltar los aspectos más relevantes, constatando el conocimiento tan exhaustivo y práctico que demuestra Calvo Vidal sobre estas cuestiones transnacionales.

Así, en el Capítulo primero relativo al ámbito de aplicación material, espacial y temporal de los Reglamentos europeos, el autor señala, al principio, que estamos ante situaciones transfronterizas, y, aunque ni el Reglamento de sucesiones, ni los Reglamentos sobre los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas, contienen artículo expreso, comenta los considerandos de los Reglamentos que sí advierten esta necesidad para su aplicación. Siguiendo con la contemplación conjunta de los Reglamentos europeos, se refiere a las materias excluidas del artículo 1, que no suscitan dudas, y a las materias relativas a la naturaleza de los derechos reales y a la inscripción, y sus efectos, cuyos problemas de aplicación han sido ob-

jeto de interpretación en las sentencias del TJUE *Kubicka*, C-218/16 y *Registru centras*, C-354/21. A continuación, se detiene en las materias excluidas en cada Reglamento, citando otras sentencias del TJUE aclaratorias (STJUE *Mataůskova*, C-404/14; STJUE *Mahnkopf*, C-558/16; STJUE *UM*, C-277/20; STJUE *Coman y otros*, C-673/16).

El Capítulo segundo, está dedicado a la autonomía de la voluntad conflictual “controlada”, a las ventajas y problemas que aparecen en la aplicación práctica del Reglamento (UE) 650/2012 y en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. Así, en relación con la *professio iuris* regulada en el artículo 22 del Reglamento de sucesiones, se ocupa de manera pormenorizada de los requisitos formales (deteniéndose en la elección tácita) y de validez material de la elección de la ley de la nacionalidad en el momento de su fallecimiento o en el momento de dicha elección, destacando la importancia de la voluntad del causante. En el estudio de la elección de ley en los Reglamentos sobre los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas, después de señalar las leyes próximas elegibles por los cónyuges o las parejas registradas (en esta caso solo pueden elegir si es una ley que atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada), y sus requisitos para la validez formal y material de la elección (artículos 22 a 25 de ambos Reglamentos), se detiene exhaustivamente el autor en los inconvenientes que puede plantear el cambio de elección de ley aplicable y sus efectos retroactivos (artículo 22. 2), con ejemplos que se pueden presentar en la práctica con matrimonios de distinta nacionalidad o residencia habitual en distintos momentos: para su solución atiende no solo a la autonomía de la voluntad conflictual sino, también, a la autonomía de la voluntad material que regulan los regímenes económicos matrimoniales de los distintos Estados.

En el Capítulo tercero, se ocupa, de manera ordenada y atendiendo a cada uno de los Reglamentos que son objeto de estudio en su monografía, de las leyes aplicables en defecto de elección. En el Reglamento (UE) 650/2012, las leyes aplicables son la ley del país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento y, la ley del país de vínculos más estrechos (artículo 21. 1 y 2). Estudia cada una de ellas y las cuestiones que se suscitan: cómo se determina la residencia habitual (con la referencia a los considerandos 23 y 24 y a las sentencias del TJUE más relevantes) y su relación con la Red Europea de Registros de Testamentos donde debe constar la nacionalidad; respecto a la excepción de aplicar la ley de vínculos más estrechos se ocupa de señalar cuándo sería posible. En relación con las leyes aplicables en defecto de elección en los Reglamentos sobre los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas, analiza los artículos 26 de los dos Reglamentos y los distintos puntos de conexión. En el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103 remite a los puntos de conexión en escala y se detiene en la posibilidad de no aplicar el primer punto de conexión (la ley del país de la primera residencia del matrimonio en el momento de la demanda) para aplicar, solo en ese supuesto, la ley del país de la última residencia habitual común si demuestran un periodo de tiempo considerablemente más largo, siempre que se prueben otra serie de circunstancias (artículo 26. 3); resalta, también, la diferencia que existe entre el punto de conexión de vínculos más estrechos del artículo 21. 2 del Reglamento de sucesiones, que se aplica como excepción, y el del artículo 26. 1, c) del Reglamento de régimen económico matrimonial, que funciona de manera subsidiaria. Del artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1104 prepondera un único punto de conexión en defecto de elección de ley, la ley del Estado conforme a cuya ley se haya crea-

do la unión registrada (también cuenta, de modo excepcional, se puede aplicar la ley de otro Estado, pero siempre que atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada y se demuestren otras circunstancias: artículo 26. 2).

El Capítulo cuarto, es un estudio de otras posibles leyes aplicables. Comienza indicando, que si bien, tanto el Reglamento (UE) 650/2012 y en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, persiguen aplicar una única ley, a la sucesión de una persona o al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada, (con sus puntos de conexión en escala), en cada uno de ellos se atiende a otras leyes aplicables que fraccionan la unidad por diversas circunstancias. Así, en el Reglamento (UE) 650/2012, por la necesidad de regular aspectos que se presentan de manera “anticipada” a la propia determinación de la ley aplicable: los artículos 24 y 25 que anticipan la determinación de la ley de la sucesión cuando hay testamento o pacto sucesorio al momento de su otorgamiento (que puede ser distinta a la ley sucesoria en sí misma considerada), (también se ocupa el autor de la ley aplicable a la validez material: artículo 26 y la validez formal: artículo 27 y Convenio de La Haya de 1961); o para la salvaguarda de determinados bienes (artículos 30 y 33: *lex rei sitae*). En los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, cuando en determinados supuestos lo demanda el interés público, se puede aplicar otra ley, de la que uniforma el artículo 22 o el artículo 26: la ley del foro como ley de policía (artículo 30), donde el autor menciona las normas materiales imperativas españolas que conforman el régimen matrimonial primario. Finaliza el capítulo con la ley aplicable para la adaptación de los derechos reales, que regulan los tres Reglamentos, y la función del notario para informar a las partes.

El Capítulo quinto está dedicado a los mecanismos de derecho internacional privado para orientar el resultado de la ley aplicable. En el Reglamento de sucesiones, la cláusula del reenvío y cómo lo regula el artículo 34, que nos ilustra CALVO VIDAL con ejemplos; y en los tres Reglamentos, la cláusula del orden público: en el artículo 35 del Reglamento (UE) 650/2012 (señala su aplicación expresa en el supuesto de la resolución de la DGRN de 20 de julio de 2016), y en los artículos 31 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 (y la relación con el artículo 9 de ambos, sobre la inhibición del órgano jurisdiccional componte si su derecho no reconoce el matrimonio o la unión registrada).

El Capítulo sexto se refiere a la solución en los Reglamentos de la cuestión de la ley aplicable en aquellos Estados en los que existen diversidad de sistemas jurídicos, distinguiendo entre conflictos territoriales y conflictos interpersonales, que vuelve a tratar de manera acertada, en el Capítulo nueve, y, último, en relación con el Estado español como estado plurilegislativo. Debemos destacar cómo lo aclara el autor de manera brillante. Así, el artículo 36 del Reglamento (UE) 650/2012 y los artículos 33 Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, remiten, en primer lugar, a las normas internas sobre conflictos de leyes para determinar la unidad territorial del ordenamiento aplicable, que establece el título preliminar del CC con ciertas peculiaridades que dispone el artículo 16 CC, como que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su vecindad civil. Por ello, CALVO VIDAL sostiene, en la línea de la DGRN (en resolución de 10 abril de 2017), que si el causante es nacional español y la ley de la residencia habitual es la española, el concreto ordenamiento vendrá determinado por su vecindad civil, en cambio si el causante es un no nacional, será aplicable la normativa común o foral que determine su resi-

dencia habitual. Deteniéndose de manera profusa donde la pluralidad legislativa alcanza una de las mayores cotas: en la regulación de las parejas de hecho, pues la totalidad de las Comunidades Autónomas han regulado estas figuras.

El Capítulo séptimo está dedicado al estudio pormenorizado del ámbito de la ley determinada por el Reglamento de sucesiones y de los Reglamentos de los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas, que procuran que sea única (la posibilidad de otras leyes es una excepción). Comienza con la relación de materias (abierta) que regula el artículo 23 del Reglamento (UE) 650/2012 (se detiene en la conmorienencia, en la capacidad e incapacidad para suceder, en la aceptación y renuncia de la herencia, en la administración, en la responsabilidad por deudas y cargas, en la colación, en la partición y en la transmisión); y continua con la enumeración de materias (también, no exhaustiva) que regulan los artículos 27 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, adentrándose en el derecho material español debido a los diferentes regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas y la admisibilidad de las capitulaciones, con contenido diverso y posibilidad de modificación. Advirtiéndonos de la publicidad necesaria para que los efectos de los mismos —durante la vida del matrimonio o de la unión, o a su disolución y liquidación—, conforme a la ley determinada, afecten a las relaciones jurídicas con terceros (artículo 28).

De forma más sucinta, aunque no por ello menos importante, dedica el autor, el Capítulo ocho a la prueba, interpretación y aplicación del derecho extranjero. Advierte, que el legislador europeo en el artículo 77 del Reglamento (UE) 650/2012 y en los artículos 63 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 dispone que, los Estados miembros para hacer

públicas la información en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, han de facilitar a la Comisión un breve resumen de la legislación y procedimientos en materia de sucesiones y de los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas. También recoge una relación de los convenios multilaterales y bilaterales acerca de la Información sobre el derecho extranjero, aunque hace constar que constituyen una herramienta que no resulta demasiado efectiva en la práctica. Siguiendo, que, en defecto de norma supraestatal, la norma interna española (artículo 281.2 LEC) dispone que el derecho extranjero debe ser probado por las partes; y que, a falta de prueba, en cuanto a su contenido y vigencia, resultará aplicable la *lex fori*, según la doctrina del TS y de la DGRN, y lo acogido por

el legislador español en el artículo 33. 3 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, aunque con carácter excepcional y en último término.

En conclusión, estamos ante una monografía teórica práctica, con destacada bibliografía (a la que remite adecuadamente en cada capítulo), y, que, con intensidad, aborda todas las cuestiones fundamentales que pueden plantearse en la regulación de la ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012 y en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104: de manera unificada y con las particulares de cada Reglamento. Su redacción es correcta, clara y amena, lo que invita a su lectura. No nos queda más que felicitar a su autor.

Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA  
*Universidad de Sevilla*

CAMPINS ERITJA, Mar y FERNÁNDEZ-PONS, Xavier, (eds.), *Deploying the European Green Deal. Protecting the Environment Beyond the EU Borders*, Routledge, 2024, 268 pp.

El Pacto Verde Europeo fue adoptado en 2019 como una hoja de ruta con la que promover una profunda y sistemática transición ecológica de la Unión Europea, que le permitiera convertirse en la primera economía climáticamente neutra en 2050. En la obra que se recensiona se aborda el análisis del efecto de su implementación más allá del territorio europeo, teniendo en cuenta que en el corto periodo de tiempo transcurrido desde su adopción se han producido importantes cambios geoestratégicos, al tiempo que se agravaba la crisis climática y ambiental global. En el texto del Pacto Verde se contempló la relevancia e intensidad de su dimensión exterior, de forma que su ambición de protección ambiental y climática trascendía el espacio europeo para promover una actuación de carácter

global. Teniendo en cuenta este mandato, el objetivo de esta obra es el análisis de diferentes iniciativas ligadas al Pacto Verde que presentan un impacto ambiental más allá de las fronteras europeas. A lo largo de los diferentes capítulos de la monografía, el análisis de la dimensión externa de estas iniciativas permite observar los resultados de la aplicación del Pacto Verde, aportando un interesante estudio sobre la eficacia de las medidas adoptadas, así como sobre el liderazgo ambiental y climático de la Unión Europea, y su capacidad para promocionar su modelo normativo.

La extensa reflexión y debate que sirven de base a este libro se han desarrollado en el marco de la Cátedra Jean Monnet sobre Derecho Ambiental de la

Unión Europea, que en la Universidad de Barcelona dirige la profesora Mar Campins Eritja, co-editora y co-autora de la monografía. La profesora Campins Eritja es un referente en la investigación en el ámbito del Derecho Ambiental, y le acompaña en la edición otro destacado iusinternacionalista como es el profesor Xavier Fernández-Pons. La labor de edición desarrollada ha permitido la articulación de los diferentes trabajos elaborados por un amplio y destacado elenco de especialistas en los sectores abordados, impulsando una obra en la que se observa un hilo conductor que lleva a que la implementación de la dimensión exterior del Pacto Verde sea continuamente evaluada.

La monografía se estructura a través de un total de catorce capítulos. Se incluye, en primer lugar, un capítulo introductorio, y se finaliza con otro que sirve de reflexión final de conjunto. Con estos dos capítulos se asegura la coherencia del análisis desarrollado a través de toda la obra, conduciendo la reflexión hacia unas propuestas finales de conjunto. Por otro lado, en los doce capítulos sectoriales que se presentan en la monografía se aborda el análisis de iniciativas y aspectos concretos de la dimensión exterior del Pacto Verde. Cada uno de estos capítulos supone un estudio especializado de la materia que se aborda, al tiempo que componen un mosaico que en su conjunto muestra las diversas oportunidades y límites de la capacidad del Pacto Verde para promover la protección ambiental y climática más allá de las fronteras europeas.

Mar Campins Eritja y Xavier Fernández-Pons redactan el primer Capítulo, que como se ha señalado tiene carácter introductorio, de forma que enmarca el contexto de la obra, al tiempo que establece su objetivo y metodología. En los distintos apartados que se incluyen en este capítulo se exponen el proceso de

adopción del Pacto Verde, su trascendencia para promover una transición ecológica integral de la economía y sociedad europeas, así como las competencias de la Unión Europea en materia de acción exterior que condicionan la implementación de la dimensión internacional del Pacto y sus efectos extraterritoriales. Se ofrece, de esta forma, un marco conceptual introductorio que permite abordar la lectura de los siguientes capítulos especializados teniendo en cuenta la propuesta de reflexión general que se hace en esta obra. Seguidamente, desde el segundo al octavo Capítulo, se aborda el análisis de las iniciativas sectoriales incluidas en el Pacto Verde Europeo que presentan una especial relevancia para la dimensión internacional de este instrumento.

El Capítulo 2 se dedica al estudio del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono, una de las medidas más ambiciosas previstas en el Pacto Verde, y que se materializó en el Reglamento (UE) 2023/956 del Parlamento y del Consejo de 10 de mayo de 2023. El co-editor del libro, el profesor Xavier Fernández-Pons se ocupa de la redacción de este capítulo, y pone de manifiesto la relevancia de una medida unilateral como es establecer un precio en función del carbono emitido para la entrada de productos en la Unión Europea, en la promoción de la sostenibilidad global a través del comercio internacional. El profesor Fernández-Pons analiza la génesis y el diseño de este mecanismo, al tiempo que reflexiona sobre su compatibilidad con las reglas de la Organización Mundial del Comercio y del régimen internacional sobre cambio climático. Este análisis le permite al autor avanzar en interesantes conclusiones sobre las implicaciones sistémicas de la implementación de este sistema en la lucha global contra el cambio climático y la protección ambiental.

El Capítulo 3 está redactado por la profesora Marta Abegón Novella, y se dedica al estudio de la acción europea para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el ámbito marítimo. Se aporta en este apartado un exhaustivo análisis de las principales medidas y estrategias adoptadas por la Unión Europea para reducir estas emisiones, incluyendo la relativa a introducir el transporte marítimo en el Mercado de Emisiones como se había previsto en el Pacto Verde Europeo. La profesora Abegón Novella muestra como estas medidas han supuesto una actuación unilateral más ambiciosa que la implementada en el nivel global por la Organización Marítima Internacional. Al tiempo que esta autora señala el impacto positivo que puede tener esta posición al incluir una mayor implicación en la actuación climática, también señala la controversia que genera esta actuación unilateral con efectos extraterritoriales, y los problemas para su interrelación en el marco regulatorio global.

En el siguiente Capítulo, la profesora Susana Borrás-Pentinat aborda el estudio de la Estrategia de la Unión Europea sobre Biodiversidad para 2030, tanto en lo que se refiere a su desarrollo normativo en el ámbito europeo, como a su vertiente internacional. Como señala la autora de este apartado, esta Estrategia supone uno de los pilares básicos para poder conseguir los objetivos de sostenibilidad propuestos en el Pacto Verde, al tiempo que se manifiesta como un instrumento con el que la Unión Europea puede adoptar un papel de liderazgo en la lucha contra la pérdida de biodiversidad global. En el Capítulo se desarrolla un profundo estudio de la Estrategia, en el que se valora su capacidad para convertirse en un modelo para la conservación y uso sostenible de los recursos, de forma que pueda asegurar resultados en el ámbito europeo al tiempo que tener un impacto relevante fuera de la Unión

Europea, tanto en el ámbito ecológico, como social y económico.

En el Capítulo 5 se plantea el análisis de un caso concreto en el que se produce el impacto extraterritorial del Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, realizado por la profesora Márcia Rodrigues Bertoldi. En el Pacto Verde se previó la actuación de la Unión Europea para prevenir la deforestación global, y de este marco surgió el Reglamento (UE) 2023/1115, de forma que nuevamente se prevé que sean las condiciones de la comercialización en el mercado europeo las que generen un impacto global. En este Capítulo se aborda el análisis del caso de los productos procedentes de la Amazonía brasileña, y el posible impacto que podría tener esta normativa relativa a deforestación sobre su introducción en el mercado europeo.

La co-editora de la obra, la profesora Mar Campins Eritja, es también la autora del Capítulo 6, dedicado al estudio de la normativa europea sobre contaminación química. En el Pacto Verde Europeo se lanzó un llamamiento para conseguir la contaminación cero del aire, agua, y suelos, en todas sus formas, y para la consecución de este objetivo, la reducción de la contaminación por productos químicos resulta un aspecto clave. En este Capítulo, la autora desarrolla el análisis de las diferentes iniciativas adoptadas para alcanzar el objetivo de reducción de contaminación, que incluyen la revisión de la normativa aplicable al registro y control de sustancias químicas. La profesora Campins Eritja reflexiona sobre los avances experimentados en este ámbito, al tiempo que sobre sus repercusiones para la industria química.



El Capítulo 7 se dedica al análisis de la Estrategia de la Granja a la Mesa, y ha sido realizado por el profesor Xavier Pons Rafols. El Pacto Verde también se ocupó de hacer referencia al sistema de regulación alimentaria europeo, promoviendo su transición a un sistema basado en garantizar la seguridad alimentaria y la sostenibilidad ambiental. En este Capítulo se analiza la Estrategia de la Granja a la Mesa, como instrumento principal con el que producir esta transición, incluyendo el estudio de su implementación en el ámbito europeo, así como de su posible impacto internacional. También aquí es a través de la regulación del mercado europeo como se puede promover el impacto global de esta medida, de forma que se fomente una transición global hacia sistemas alimentarios más seguros y sostenibles.

El impacto de la adopción del Pacto Verde Europeo sobre el Tratado sobre la Carta de la Energía es objeto de análisis en el Capítulo 8, elaborado por el investigador Gastón Medici-Colombo. En este caso la perspectiva cambia respecto de los capítulos anteriores, ya que se analiza las consecuencias de la adopción del Pacto Verde sobre un tratado previamente vigente, y cuyas previsiones en materia de protección de inversiones entraron en controversia con los nuevos objetivos climáticos asumidos por los Estados miembros. El autor de este apartado introduce un amplio análisis del proceso de abandono del tratado que han protagonizado los Estados miembros, y reflexiona sobre las posibilidades de actualización del acuerdo.

Los siguientes Capítulos 9 a 13 abordan el análisis de aspectos transversales del Pacto Verde, que también tienen dimensión internacional y reflejan el poder normativo de la Unión Europea. El Capítulo 9 se ocupa de la denominada Diplomacia del Pacto Verde, y ha sido elaborado por la profesora Teresa Fa-

jardo del Castillo. Este Capítulo supone una interesante aportación para el objetivo de la monografía, ya que incluye una reflexión transversal sobre la dimensión externa del Pacto Verde. La autora describe y analiza el proceso de evolución desde una Diplomacia Climática a una Diplomacia del Pacto Verde, que resultaría más ambiciosa y amplia para los objetivos climáticos y ambientales. En el Capítulo se reflexiona sobre los resultados de este proceso, teniendo en cuenta las lecciones aprendidas, y los límites encontrados. Asimismo, la profesora Fajardo del Castillo señala las oportunidades de desarrollo de esta diplomacia, precisando los ámbitos de la acción exterior que tendrían que implicarse.

El Capítulo 10 se dedica al impacto del Pacto Verde sobre la regulación en materia de contratación pública, y es de autoría de Ezgi Uysal y Willem A. Janssen. Los autores parten de analizar la transformación para la contratación pública que ha supuesto el Pacto Verde, para después señalar el efecto extraterritorial de esta evolución. Los objetivos del Pacto Verde han requerido una regulación de la contratación pública acorde con ellos, y esto incluye una dimensión extraterritorial al aplicarse a los operadores externos a la Unión Europea que participan en las licitaciones. De especial interés resultan, además, las reflexiones introducidas sobre el control del contrato cuando hay un efecto extraterritorial, lo que plantea asegurar en todo el proceso la implementación de los objetivos previstos.

La financiación del Pacto Verde es objeto de análisis en el Capítulo 11, desarrollado por el profesor Gonzalo Larrea. El Pacto Verde supone una estrategia de desarrollo, y consecuentemente incluye la necesidad de su financiación. Para este fin se ha diseñado el Plan de Inversiones del Pacto Verde, que supone una planificación integral de la financiación de este



instrumento, y que presenta también un efecto exterior al movilizar financiación en las áreas climática y medioambiental. En este sentido, el autor analiza este sistema de financiación, además del establecido por el régimen climático internacional sobre cambio climático, de forma que reflexiona sobre la interacción de ambos sistemas y la capacidad del instrumento europeo de servir de modelo de actuación.

El Capítulo 12 se dedica a analizar la incidencia de la adopción del Pacto Verde en la interrelación entre la normativa sobre empresas, derechos humanos y medio ambiente, y su autor es el profesor Alfonso González Bondía. En el análisis incluido en este apartado se presta especial atención a la evolución de la regulación sobre responsabilidad social corporativa, producida en el ámbito europeo ante la implementación del Pacto Verde. El profesor González Bondía expone el impacto exterior que ha conllevado esta evolución, y reflexiona sobre el debate originado en torno a las soluciones adoptadas y su dimensión exterior.

En el Capítulo 13 se aborda un tema que resulta de especial transcendencia para toda la obra, y que obtuvo una especial atención en el Pacto Verde, de forma que se dedica a la reflexión sobre la eficacia de la implementación y el cumplimiento de la reglamentación ambiental. Este Capítulo ha sido elaborado por el profesor Alexandre Peñalver i Cabré, que desarrolla un amplio análisis sobre las causas del déficit en la implementación de la normativa ambiental, y sobre los mecanismos que resultarían más eficaces para promover el cumplimiento. El autor presta especial atención al impacto de los mecanismos de provisión de información, y desarrolla unas interesantes reflexiones para promover el cumplimiento de la norma ambiental.

La monografía finaliza con un último Capítulo de reflexión general, elaborado

por Mar Campins Eritja, Xavier Fernández-Pons, y Teresa Fajado del Castillo. En este apartado se pone el foco en la capacidad de la Unión Europea para incrementar el impacto de su normativa en la gobernanza ambiental global, teniendo en cuenta el marco que establece el Pacto Verde. Se señala, en este sentido, la ambición de la dimensión externa de este instrumento, aunque también los límites encontrados. En conclusión, se reflexiona sobre el liderazgo ambiental y climático de la Unión Europea, y también sobre las posibilidades de avanzar hacia medidas ambiciosas como la adopción de un Pacto Verde Global. Con este Capítulo, por tanto, se cierra el análisis que se ha desarrollado a lo largo de toda la monografía, aunque con una invitación implícita a continuar la reflexión y el debate sobre los temas planteados.

Para finalizar esta recesión, cabe destacar el valor de la obra desde diferentes perspectivas. Por un lado, en los sucesivos Capítulos de la monografía se recogen contribuciones que suponen una valiosa aportación al estudio de diversas iniciativas e instrumentos de reciente adopción, por lo que cada uno de ellos supone en sí mismo un aporte interesante en ámbitos normativos en desarrollo. Por otro lado, la obra en su conjunto y la propuesta de análisis que propone se convertirán, sin duda, en un referente obligado para el estudio y la reflexión sobre la implementación del Pacto Verde Europeo y su impacto exterior. El modelo que introduce el Pacto seguirá siendo objeto de debate en los próximos años, y esta obra supone una exhaustiva y rigurosa aportación sobre la oportunidad de los instrumentos que promociona, y los límites intrínsecos que conlleva.

Rosa GILES CARNERO  
*Universidad de Huelva*

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, DIAGO DIAGO, María Pilar, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles, (dirs.): *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y de sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. 410 pp.

Esta obra recoge los trabajos presentados en el VI Seminario de la *AEPDIRI* sobre temas de actualidad en Derecho Internacional Privado, celebrado en la Universidad de Sevilla el 16 de diciembre de 2022. Una ocasión significada, que justifica calificar a este Seminario como el del *reencuentro* tras la pandemia de la COVID-19. Así lo subrayan las Directoras en el Prólogo, que con calidez y calidad acentúan el compromiso de los participantes y asistentes con el progreso científico del Derecho internacional Privado. Esta reseña aspira, en esa línea, a proporcionar al lector información científicamente útil sobre un libro que merece la pena porque en esta obra encontrará información, orientación, reflexiones e ideas intrínsecamente valiosas. La obra se publica en formato digital y es accesible en abierto.

Lo singular de este libro colectivo es que aborda las normas y las instituciones del Derecho internacional sucesorio y de familia analizadas en perspectiva de detalle. Y que, además, el estudio no se hace solo desde el plano del exegético sino superponiendo a ese método el análisis valorativo para lograr que los trabajos que en ella se contienen no se limite a una mera exposición del *status questionis*, pues se trata de un conjunto de aportaciones originales con las que los autores desarrollan sus propios puntos de vista en el marco de un trabajo colectivo. La obra está coordinada por tres juristas que han dado prueba de sus capacidades y de su madurez académica y han sabido congregarse en este proyecto a diecinueve autores con diferentes perfiles, desde especialistas consagrados con una amplia trayectoria hasta investigadores jóvenes que inician sus carreras en la Universidad y que encuentran en foros como el

de este Seminario un clima idóneo para que sus esfuerzos fructifiquen.

Acorde a su origen en el VI Seminario de Derecho internacional privado, la obra gira sobre los temas que centraron el mismo y se organiza en las ponencias y comunicaciones en torno a ellos, inspiradas en un método socrático que luce incluso en los títulos de muchas de las contribuciones con las que los autores interpelan a la norma y a la doctrina para completar la exposición de los problemas con el desarrollo de soluciones plausibles.

*Las nuevas soluciones del Reglamento Bruselas II Ter (Reglamento 2019/1111) y su aplicación en España* se han seleccionado con verdadero acierto en función del interés que presentan las novedades del Reglamento que se estudian a partir de la Ponencia de la P.ª Sánchez Jiménez sobre *La decisión notarial española como "resolución" en el contexto del Reglamento Bruselas II ter*, un tema novedoso en España a raíz de su instauración la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria que es estudiado con profundidad y expuesto con claridad, destacando las carencias, en concreto, de la Comunicación de España en cumplimiento del art. 103 del Reglamento Bruselas II Ter. La perspectiva de la Ponencia se enriquece con la Comunicación sobre *El reconocimiento de los divorcios no judiciales en la Unión Europea* de la que es autor el joven Profesor de la Universidad de Valencia Pablo Quinzá Redondo, que aporta una ponderada revisión de su regulación en algunos Estados miembros y de la jurisprudencia del TJUE.

María González Marimón, investigadora de la fecunda cantera de la Universidad de Valencia escribe con la valentía que proporciona un análisis riguroso su Comunicación sobre *El mantenimiento del mecanismo de prevalencia en el Reglamento*

*Bruselas II Ter: ¿Una oportunidad perdida?* Afirmando taxativa y juiciosamente que se trata de una oportunidad perdida.

*El artículo 56, apartado 6, del Reglamento 2019/1111 ¿garantiza el interés superior del menor?*, se cuestiona la Pfra. Ana Moreno Sánchez- Moraleda, tras poner de relieve las decisiones contradictorias o no siempre coordinadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del TJUE, concluyendo que la solución del Reglamento pudiera no responder al interés superior del menor.

En su comunicación, Carmen Parra Rodríguez interpela si *¿Son los menores los que impulsan la uniformización del Derecho europeo? Un análisis jurisprudencial del derecho de familia en los tribunales europeos y su repercusión en la propuesta de certificado de filiación europeo*. Nos referimos a ella en un orden diferente al del libro para poner de manifiesto, además del valor intrínseco de esta juiciosa y bien documentada Comunicación, una cualidad valiosa de la obra, que abre su análisis a nuevas perspectivas en el horizonte normativo.

Al régimen económico del Matrimonio y de la pareja, sucesiones y organización del patrimonio familiar se dedican dos Ponencias y cuatro comunicaciones. La Catedrática de la Universidad de Oviedo Pilar Jiménez Blanco destina su Ponencia a profundizar en la *Igualdad entre cónyuges y regímenes económicos matrimoniales transfronterizos* inquiriendo sobre el alcance y la vigencia, incuestionable, del principio tanto cuando se pacta el régimen, como, sobre todo, cuando se rompe la convivencia. Por su parte, el Pfr. Checa Martínez se centra en las *Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar*, con claridad expositiva analiza estas figuras profunda y profusamente pese a la concisión con que las trata. La Comunicación sobre *Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales*

*otorgadas en el extranjero según el nuevo Derecho internacional privado puertorriqueño* de la Catedrática de la Universidad de Puerto Rico Marta Figueroa Torres, enriquece la obra con una aportación que ofrece la mirada comparatista sobre el diálogo entre la tradición jurídica civilista y la cultura jurídica anglosajona, en el que el método conflictual aporta herramientas para el entendimiento. Le sigue la Comunicación sobre *La sucesión digital y el Reglamento sucesorio. Especial referencia al certificado sucesorio europeo: ¿Es posible su tramitación electrónica?* Con ella Antonio Merchán Murillo reflexiona sobre el denominado patrimonio digital en el ámbito del Reglamento Sucesorio Europeo, las carencias de sus soluciones frente a los problemas que plantea proponiendo la tramitación electrónica del certificado sucesorio. De nuevo la perspectiva comparada enriquece la obra con la contribución *Sobre la competencia del notario francés en la expedición del acte de notoriété en las sucesiones transfronterizas de la UE*, Comunicación de Pablo M. Melgarejo Cordón en la que el estudio de la figura en el Derecho francés sirve para señalar las dificultades de la delimitación de la noción de órgano jurisdiccional y las inconsistencias que se dan entre los Reglamentos en los ámbitos del Derecho internacional de familia y de sucesiones. María del Carmen Chéliz Inglés en su Comunicación sobre *Las "uniones registradas de conveniencia": lucha contra el fraude y propuestas de mejora* nos sitúa en la dimensión de extranjería de estas uniones, propugnando controles *a priori* que impidan las uniones fraudulentas con los que la autora no duda en aproximar la formalización de las uniones a la celebración del matrimonio.

*Al estado civil: Las nuevas soluciones de la LRC y la incidencia del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea* se dedican dos Ponencias que junto a las Comunicaciones culminan con admirable brillantez este libro. La primera

de las Ponencias se dedica a *La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo*, en ella la Pfra. Cristina González Beilfuss ilustra con maestría sobre los problemas que sitúan a la filiación en una encrucijada que corresponde al legislador desentrañar, analizando meritoriamente la tarea desarrollada por la Conferencia de la Haya para la unificación de las normas de Derecho internacional privado y la propuesta de Reglamento de la UE, en suspenso tras el final de la legislatura europea. La catedrática de la Universidad de Barcelona, además, con esta contribución honra la fértil doctrina de su escuela, tan destacada en los estudios y el impulso del diálogo entre La Haya y Bruselas.

José Antonio Ruiz de la Hermosa Gutiérrez, Letrado de la Administración de Justicia, es el autor de la segunda de las Ponencias centrada en *La Ley 20/2011: el Registro de las personas*, que aporta un análisis claro, sencillo y profundo sobre la naturaleza jurídica del Registro Civil, su organización y funcionamiento.

La Pfra. Lorena Sales Pallarés escribe sobre *El necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza para el respeto de la vida familiar*. Una Comunicación entusiasta en la que reflexiona con hondura y rigor sobre la *división entre lo legislado y lo vivido*.

*Notarías, juras y promesas de nacionalidad: la incidencia de la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea* centra la Comunicación de María Dolores Ortiz Vidal en la que las soluciones prácticas fundadas en la agilidad motivan la reflexión seria sobre el alcance de los beneficios de la libre circulación de documentos públicos.

*¿Y si el TJUE hubiese reconocido la homoparentalidad? Hipótesis, retos, problemas y oportunidades*, con esta Comunicación Lucas Andrés Pérez Martín confronta los retos del reconocimiento de la

filiación —homoparental— aportando serios elementos de reflexión que sufragan un futuro legislativo y jurisprudencial que debiera desembocar en la única solución acorde al reconocimiento de la dignidad y la igualdad, pilares de la libre circulación en la UE.

Concluye esta lúcida obra con el estudio de *Las oportunidades que ofrece el Derecho de familia sucesiones internacional en una sociedad transnacional* que se abren con la Ponencia de la Catedrática de la Universidad de Córdoba M.<sup>a</sup> Dolores Adam Muñoz dedicada a *Las situaciones de violencia doméstica en los supuestos de la sustracción internacional de menores en el marco de la Unión Europea*. Un estudio marcado por una perspectiva interdisciplinar que orienta la interpretación del Reglamento Bruselas II ter y guía decididamente su necesaria mejora para contemplar, con seriedad, la perspectiva de género en aras no solo de la igualdad sino sobre todo de la garantía del interés superior del menor.

En la Comunicación de Josep María Fontanellas Morell sobre *La inclusión de las donaciones mortis causa en el Reglamento (UE) n.º 650/2012* luce el profundo conocimiento del autor sobre las sucesiones internacionales y su reglamentación europea, plasmado en un corpus de obras imprescindibles, enriquecido con esta aportación.

*La interpretación del Derecho Internacional Privado de familia: Bruselas y La Haya se encuentran en Luxemburgo* es la Comunicación que sirve a la Pfra. Rodríguez Pineau para sistematizar la ardua labor del TJUE, decisiva para interpretar el Derecho internacional privado de familia, confrontado con una compleja trama de normas no siempre suficientemente armónicas, lo que no es óbice para que la autora nos facilite claves esenciales para su comprensión.

Confío en que cuanto antecede illustre al lector del gran interés de la lectura de

esta obra. No sólo los que nos dedicamos al Derecho internacional privado obtendremos con ella un enorme provecho; cualquier jurista que roce los temas en él tratados podrá encontrar en este libro información y argumentos de extraordina-

ria valía por el caudal de conocimientos aportados, y la profundidad de los argumentos esgrimidos.

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES  
*Universidad de Sevilla*

CARO GÁNDARA, Rocío, *La fiducia como garantía en el comercio internacional. Validez y eficacia en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 220 pp.

Lograr el acceso al mercado crediticio, búsqueda de una mayor eficacia para el acreedor, diversidad de tratamiento en los distintos Ordenamientos jurídicos y dificultad de precisión de los efectos fuera de la jurisdicción donde la garantía real se ha constituido. La presente monografía se sitúa en este marco de máxima actualidad y debate científico para abordar de manera seria, clara y rigurosa el tema de las garantías basadas en la propiedad sobre bienes muebles corporales, y que no hace más que continuar con la excelente labor investigadora de la autora en donde, tras un plazo de tres años, y un primer estudio sobre como el dominio actúa como garantía, reservándolo al vendedor, nos presenta una segunda monografía centrada en la figura de la transmisión de la propiedad del deudor al acreedor con función de aseguramiento en el comercio internacional. En este sentido, se busca explorar las poco estudiadas posibilidades de que esta figura jurídica pueda ser aceptada actualmente en nuestro país como forma de asegurar operaciones comerciales internacionales, en un tiempo en el que los distintos operadores económicos, expertos académicos y legisladores, tanto a nivel interno como internacional, tratan de conseguir verdaderos y eficaces recambios a las tradicionales garantías reales, poco adaptadas a las necesidades y problemas que se plantean en el tráfico comercial internacional actual.

La exhaustividad y profundidad del análisis realizado, conjugado con la complejidad del tema, nos hacen valorar muy positivamente el trabajo publicado, que da claras muestras de la madurez investigadora de la autora. Y ello se puede comprobar porque la monografía se nos presenta no sólo como un estudio de Derecho internacional privado, sino que, por el contrario, viene marcada por el profundo análisis desde la perspectiva del Derecho material. Las grandes diferencias existentes en la configuración de la fiducia como garantía en los distintos Ordenamientos jurídicos nacionales, que van desde su admisión, hasta su desconocimiento e incluso, hasta su rechazo, obligan a realizar un estudio de Derecho comparado, donde tras comprobar la situación actual en nuestro país de casi absoluta falta de regulación, salvo alguna mínima excepción (véase la ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra), con un paso previo por sus orígenes en el Derecho romano, se llega a dos sistemas jurídicos que nos son cercanos territorialmente en donde se ha consolidado esta figura (en este caso tanto el Ordenamiento alemán como el francés). La premisa del estudio de la situación a nivel del Derecho material como paso previo imprescindible y necesario, para comprender los problemas de la admisibilidad y eficacia en España de las figuras constituidas conforme a otros Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y ofrecer posibles soluciones a los mismos, requiere no olvi-



dar, como se hace acertadamente en esta monografía, los intentos a nivel transnacional de armonización o unificación de la regulación de las garantías reales con el fin de facilitar su circulación internacional, así como también certificar sus limitados efectos.

En consecuencia, y de forma lógica, la propia estructura, el análisis de los problemas (incluyendo la causa de los negocios fiduciarios y su vinculación con la buena fe y el orden público internacional) y las propuestas de soluciones viene marcada por la utilización por parte de la autora en su obra de esta metodología interdisciplinar y comparada. Por ello, la monografía se divide en dos partes claramente diferenciadas: una primera, dedicada a los aspectos materiales y una segunda, a los conflictuales. En la primera parte, la autora realiza una aproximación histórica de nuestro Derecho, partiendo del Derecho romano hasta la actualidad (primer capítulo), para a continuación realizar un examen del Derecho comparado (segundo capítulo), para poner de manifiesto que la situación en Derecho civil común español está muy lejos de su aceptación de la que goza en otros Ordenamientos de nuestro entorno, como el francés a través de la figura de la *fiducie-sûreté* o el alemán mediante la adopción de la *sicherungsübereignung*. La elección de estos dos Ordenamientos queda plenamente justificada por aportar sendos paradigmas que pudieran servir de modelo para una posible reforma de nuestro Derecho material, dentro de los trabajos de actualización del Código civil que se llevan a cabo en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. No debemos desdeñar que la incorporación de una regulación atinente a la fiducia en nuestro Derecho contribuiría a mejorar la seguridad jurídica, facilitaría su circulación y aportaría confianza a los distintos operadores, lo que podría convertirla en un instrumento eficaz para la

reconstrucción de nuestro tejido industrial y la reactivación económica.

Tras el análisis del Derecho español y del Derecho comparado, la autora se centra en el estudio del Derecho uniforme o transnacional. En consecuencia, en el tercero de los capítulos de esta primera parte, se comprueba el posible encuadramiento de la fiducia en los más modernos textos de Derecho transnacional existentes, tanto de *hard law* como *soft law*, tomando en consideración, en concreto, la regulación prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias de 2016, el Convenio de Ciudad del Cabo del 2001 relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) de 2009. Dichas propuestas transnacionales que contemplan normas uniformes como vía para superar los obstáculos a la circulación internacional de las garantías mobiliarias, sin embargo, como acertadamente afirma la autora, no pueden considerarse alternativas verdaderas al método conflictual en la actualidad, en gran medida, tanto por su reducido ámbito material de aplicación en el segundo de los casos, así como por su carácter meramente ejemplificador de *soft law*, en los otros dos.

Por lo tanto, la segunda de las partes de esta obra viene dedicada a los aspectos conflictuales, analizando la validez y eficacia de la fiducia como garantía en el comercio internacional, más allá del Estado de creación. Utilizando la técnica de la equivalencia de las instituciones, conduce a concluir que la mayor parte de las transferencias fiduciarias de propiedad extranjeras analizadas no plantean problemas de validez en nuestro país si han sido constituidas válidamente conforme al Derecho del Estado de origen (*lex rei sitae* en el momento de la constitución), y ello, porque ha de admitirse la existencia y continuidad en Derecho español en caso de traslado del bien a territorio español

con posterioridad a dicha constitución (*lex rei sitae* actual/*lex fori*). Sin embargo, los mayores obstáculos se encuentran en su eficacia frente a otros acreedores del deudor y terceros, obstáculos que vienen derivados por las estrictas exigencias de publicidad de las equivalentes garantías contempladas en el Ordenamiento jurídico español, así como por ciertos problemas de Derecho internacional privado que viene dados por la aplicación de la regla *lex rei sitae* a la transmisión de la propiedad y la constitución de los derechos reales sobre bienes muebles, y de su interacción con la *lex fori* y la *lex concursus* en las ejecuciones individuales y colectivas contra el deudor. Estos escollos tratan de ser superados mediante una serie de soluciones que coinciden en lo fundamental con lo defendido por el texto consolidado de borrador de Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a los derechos sobre los bienes corporales, elaborado por el Grupo Europeo de De-

recho Internacional Privado (GEDIP), en su versión de 17 de septiembre de 2023, texto que es analizado y valorado de manera crítica por la autora en la obra.

En suma, nos encontramos ante una monografía que resulta de obligada lectura para todo aquel que se quiera aproximar al tema de las garantías mobiliarias en el comercio internacional, no sólo por su esquema claro y preciso, sino por su exposición y análisis pormenorizado no exento de crítica, y rico en la propuesta de soluciones que acompañen la clásica regla de la *lex rei sitae* junto con sus correctivos, con reformas materiales y registrales —la introducción de un periodo de gracia es un claro ejemplo—, en aras de lograr la continuidad espacial de esta garantía, puestas de manifiesto brillantemente en las conclusiones en las que culmina esta obra.

Enrique FERNÁNDEZ MASÍA  
Universidad de Castilla-La Mancha

CELIS AGUILAR, María Mayela, *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980. Aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación*, Dykinson, Madrid, 2023, 600 pp.

La obra *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980. Aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación*, es fruto de la tesis doctoral que Dña. María Mayela CELIS AGUILAR realizó bajo la dirección de la Profesora Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, y que fue defendida en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Por ello, en esta obra se desarrolla el estudio del Convenio de La Haya de 1980 con una profundidad y detalle que refleja los años de seria investigación que han precedido a su publicación.

Se aborda el análisis del Convenio de La Haya de 1980, que ha sido objeto de estudio por abundante y prestigiosa doctrina. Cabría plantearse si continúa siendo pertinente desarrollar investigaciones sobre dicho Convenio, cuestión que desde luego cabe responder de manera afirmativa, por diversas razones: la complejidad y evolución del fenómeno de la sustracción internacional de menores, la necesidad de proteger a los menores y los problemas que sigue suscitando la aplicación del Convenio. Como se verá, la referencia que en el título de obra se hace a *aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación*, refleja efectivamente lo que la autora proporciona al lector: en



la obra se abordan con gran profundidad aspectos de gran relevancia y, especialmente, se agradecen enormemente las *soluciones* que la autora aporta para los problemas que ha ido suscitando la aplicación del Convenio.

La obra se estructura en tres partes: a) El fenómeno de la sustracción internacional de menores; b) Selección de problemas en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y su interpretación a la luz de la jurisprudencia de los Estados contratantes; c) Excepciones a la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 1980: especial referencia a los artículos 13(I) (b) y 13(2).

En la primera parte, se hace una pertinente aproximación al fenómeno de la sustracción internacional de menores, atendiendo a los cambios sociales y jurídicos. Posteriormente, se presenta el sistema de fuentes, distinguiendo entre el sistema convencional universal (Naciones Unidas y Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado), el marco normativo americano, el marco normativo europeo; y se hace una destacable selección de pronunciamientos del TEDH.

En la segunda parte, tras exponer el ámbito de aplicación del Convenio, la autora analiza diversos problemas que suscita su aplicación. Para dicho análisis, acertadamente se emplean como hilo conductor dos elementos: a) la residencia habitual del menor, y b) el derecho de custodia.

El análisis de los problemas relacionados con la residencia habitual del menor aborda su origen, los aspectos generales en el contexto del Convenio, el factor temporal, y el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza fáctica o jurídica de la residencia habitual. Con respecto a este debate, en la obra se exponen diferentes perspectivas, fruto del profundo análisis jurisprudencial que la autora ha llevado a cabo, concluyendo acertadamente que ha de tomarse

una “postura ecléctica no restringida”. El análisis de la residencia habitual se completa con el estudio de casos dudosos, como son: la residencia habitual de los menores recién nacidos, los acuerdos de custodia alternativa, las múltiples sustracciones, el papel de la coerción o violencia; y los supuestos de falta de residencia habitual.

Por lo que se refiere al estudio de los problemas que rodean al derecho de custodia, cabe destacar que la autora plantea tres cuestiones clave que se desprenden del art. 3 del Convenio: a) si los derechos objeto de la solicitud de restitución son derechos de custodia; b) si existe una infracción de tales derechos; c) si concurre el requisito del ejercicio efectivo. El análisis de estas cuestiones lo completa de nuevo la autora con un profundo análisis jurisprudencial.

En la tercera parte de la obra, tras presentar las excepciones que pueden justificar que el menor no sea restituido en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, selecciona la autora dos de ellas para profundizar en su estudio.

La primera de ellas es la excepción del art. 13(I)(b), que permite denegar la restitución del menor si existe un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico u otra situación intolerable. Para el tratamiento de esta cuestión, adquiere lógicamente protagonismo la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte VI: Artículo 13(1)(b)*, publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Al respecto, destaca el análisis que la autora realiza del párrafo 34 de la Guía y la propuesta de una nueva redacción para evitar que el nivel de peligro quede restringido a “situación intolerable”. El examen de la excepción del art. 13(I)(b) del Convenio incluye un estudio de diferentes situaciones, distin-

guiendo la autora tres bloques: a) situaciones invocadas y que la Guía trata de manera exhaustiva, como la violencia intrafamiliar (con respecto a la que se propone la modificación del párrafo 58 de la Guía), el encarcelamiento del sustractor, la separación de los hermanos y las desventajas económicas; b) situaciones invocadas pero excluidas de la Guía, para las que la autora distingue entre las que han sido consideradas improcedentes y procedentes por los tribunales; c) situaciones que en la Guía han sido tratadas de manera breve y que la autora expone que merecen un análisis más profundo, como son los casos de países en guerra y los casos de abusos sexuales.

La segunda excepción, con la que finaliza la obra, es la oposición del menor a su restitución, prevista en el art. 13(2) del Convenio. Destaca el examen de dos cuestiones clave, cuyo estudio se acom-

paña igualmente de un detallado análisis jurisprudencial: a) la determinación de la edad y grado de madurez, y b) la valoración de la oposición. Al respecto, se distingue acertadamente entre casos en los que los tribunales consideraron que el menor no contaba con suficiente edad y grado de madurez; y casos en los que, a pesar de una edad y grado de madurez suficiente, la opinión del menor no fue decisiva por diversos factores.

En conclusión, como habíamos adelantado, resulta totalmente justificada la investigación que la autora ha desarrollado sobre el Convenio de La Haya de 1980, puesto que se hace un profundo análisis de aspectos clave del Convenio y, efectivamente, se aportan *soluciones* a los problemas de aplicación.

Celia M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ  
Universidad Carlos III de Madrid

CERVEL HORTALL, M<sup>a</sup> José y PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge (dirs.), *Hacia una regulación internacional para el ciberespacio*, Aranzadi, 2023, 378 pp.

Cuando Max Huber afirmó hace casi un siglo en el laudo arbitral de 4 de abril de 1928 (Isla de Palmas) el carácter exclusivo de la soberanía territorial, resultaba imposible concebir la noción de espacio sin territorio... físico. La clave del desarrollo del Derecho internacional en el orden westphaliano se encontraba en dirimir en qué partes del territorio el Estado ejercía sus poderes soberanos y, eventualmente, qué régimen resultaba aplicable a las actividades desarrolladas en los territorios más allá de la jurisdicción del mismo.

Cuando aún estamos buscando respuestas para las actividades que se realiza(rá)n en ciertos espacios, como la minería espacial, el paradigma de análisis ha cambiado. El ciberespacio se configura como un “espacio no espacial”, si se

permite la *boutade*, en el que los Estados ejercen competencias. Tales actividades están, deben estar, sujetas de una u otra forma al imperio de la ley, a la regulación jurídica. El Derecho abomina del vacío. El libro que comentamos construye, a través de un conjunto de ensayos singulares, una aproximación imprescindible a la necesidad de regulación internacional del ciberespacio. Como obra colectiva, los directores han escogido un enfoque de coloreado: han inyectado tintura en elementos diversos de un panorama de Derecho internacional para así exponer los vacíos regulatorios, o la posibilidad de proyectar el derecho existente sobre la nueva realidad del no-espacio ciberespacio. huyendo así del *horror vacui* legal.

Una primera característica de esta obra deriva de su estructura en dos par-

tes. Combina una selección de temas relativos a la regulación internacional, en el sentido de universal, en su primera parte (*Primera parte. Una regulación para el ciberespacio desde el Derecho Internacional*, pp. 21-253), con un análisis regional europeo que desciende hasta algún elemento específico del ordenamiento español (*Segunda parte. Otras aproximaciones regulatorias: la Unión Europea y España*, pp. 255-378).

Dentro de la primera parte dedicada al análisis de Derecho internacional (universal) se prueba y testimonia la evolución de los fundamentos clásicos de nuestra doctrina internacionalista. Frente a la lógica devoradora del Estado como clave interpretativa del Derecho internacional, los directores han dividido las aportaciones en dos subpartes. Por un lado, analizan las *Respuestas (y silencios) normativos de los Estados en el ciberespacio*, a lo largo de cinco capítulos. Por otro lado, y siendo predominante esta visión interestatal, reserva una subparte específica y autónoma a *La protección del individuo en el ciberespacio*, con dos capítulos. Sin duda, la protección del individuo es competencia estatal, la posible canalización de tal protección a través de mecanismos de derechos humanos existentes es también emanación de la soberanía (todo sistema internacional de protección es eminentemente subsidiario). Por ello, quiero resaltar el carácter no aleatorio de la estructura y la puesta en valor de una declaración de principios sobre una concepción del orden jurídico internacional, más allá del Estado y las relaciones interestatales como elemento definitorio del Derecho internacional y el estudio de sus límites contemporáneos.

El primer capítulo, titulado *La legítima defensa: ¿Un derecho fallido en el ciberespacio?* (pp. 25-53), está firmado por Enrique Cubeiro Cabello. La colaboración de un profesional, capitán de navío en la reserva, y Director de Ciberseguri-

dad de una empresa dedicada a sectores como el Naval y Defensa, la Energía e Industria o la Transformación Digital e Infraestructuras, enriquece sin duda la obra. Como contribución inicial, y a partir de la noción de legítima defensa, identifica e introduce un amplio abanico de cuestiones sobre las que se irá ahondando en capítulos sucesivos: el concepto de soberanía en el ciberespacio, la responsabilidad del Estado, principios generales del derecho como el de distinción y el de proporcionalidad, propios del Derecho internacional humanitario, o cuestiones más globales como la “asimetría legal”.

En el segundo capítulo, el profesor Andrea Cochini centra la problemática de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario al fenómeno del ataque cibernético, no cinético, aunque en muchos casos incardinado en operaciones armadas más amplias, con ejemplos recientes tomados de la guerra ruso-ucraniana (*Los ciberataques contra las infraestructuras críticas de los Estados: ¿Cómo nos protege el Derecho internacional?*, pp. 55-91).

El profesor Cesáreo Gutiérrez Espada presenta un análisis de los problemas de atribución en términos de responsabilidad internacional en el capítulo tercero (*Sobre la imputación (o atribución) al Estado de la responsabilidad internacional por actividades cibernéticas malintencionadas*, pp. 93-121). Junto al análisis de la teoría clásica interestatal, que realiza a través de los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hecho ilícito, elaborados por la CDI y adoptados por la Asamblea General, y su aplicación jurisprudencial, introduce el examen de las normas de atribución del Manual de Tallin 2.0. Define este texto como un “referente sin duda en el contexto de la situación de incertidumbre que generan las actividades en y desde el ciberespacio” (p. 106) y que considera “pretenden reflejar el Derecho internacional consue-

ordinario aplicable a los conflictos en el ciberespacio” (p. 107), estableciendo un paralelismo con la propia naturaleza legal de los artículos sobre responsabilidad. Y hasta aquí puedo escribir: porque su capítulo no solo debe ser leído, sino estudiado.

La profesora María José Cervell, co-directora de la obra, firma el capítulo cuarto con un análisis sobre la preponderancia —o no— de normas de soft law en el sector del ciberespacio (*¿Un soft law para el ciberespacio? (De las normas no vinculantes y otras iniciativas)*, pp. 123-158). Su punto de partida es la aplicación del Derecho internacional “general” al ciberespacio, aunque sus características especiales “dificultan la aplicación de los parámetros tradicionales a los problemas más recientes” (p. 127). Ello le lleva a indagar en los distintos esfuerzos normativos desarrollados y su naturaleza jurídica.

El último de los capítulos de este bloque centrado en las relaciones interestatales en el marco de la dimensión universal aborda *El uso del ciberespacio para el control de armamento químico. El estatus jurídico de la tecnología blockchain y sus beneficios* (pp. 159-194). Mónica Chinchilla Adell nos presenta aquí una confluencia —que califica de insospechada (p. 173)— entre dos sectores: la tecnología *blockchain*, como manifestación de actividad ciberespacial “pacífica”, y el control de armas químicas como área específica del Derecho internacional que, aun encontrándose fuera del ámbito específicamente regulatorio del conflicto armado, está en el corazón de la paz y seguridad internacionales.

A lo largo de los cinco capítulos que giran sobre las relaciones interestatales se entrecruzan tres líneas de discusión de clave y constante: la naturaleza jurídica de las normas específicas relativas a actividades en el ciberespacio y la aplicabilidad de normas generales (primarias o

secundarias) de otros subsectores; la regulación del uso de la fuerza en conexión con el ciberespacio; y, la responsabilidad eventual del Estado por hecho ilícito mediante comportamiento atribuibles al mismo realizados en el ciberespacio.

Pasando a la dimensión humana, y en perspectiva universal, esta obra nos presenta dos escenarios diferentes desde los que abordar el papel protector del Derecho internacional en relación con el individuo en el ciberespacio. El capítulo firmado por la profesora Irene Vázquez Serrano con el título *La responsabilidad penal internacional en el ciberespacio: ¿hacia el cibercrimen de guerra?* (pp. 197-225) cierra el círculo de la relación entre ciberespacio y el *Ius in bello*, ya presente en capítulos previos. La diversidad de los problemas analizados (ciberataques como crímenes no cinéticos, ciberactores no estatales y responsabilidad internacional penal) llevan a la autora a discutir la necesidad de una “nueva jurisdicción y una nueva competencia de la Corte Penal Internacional” (pp. 217-220).

En esa estructura clásica de Derecho de la guerra y Derecho de la paz, un subsiguiente capítulo afronta los derechos humanos en el ciberespacio. Como no podía ser de otra forma, la profesora Dorothy Estrada Tanck se concentra en *Ciberespacio y derechos humanos de las mujeres en el orden jurídico internacional: discriminación, violencia de género y espacios de igualdad* (pp. 227-253), ofreciendo una visión constructiva, positiva y progresista. Frente a los capítulos previos en los que el ciberespacio se constituía como escenario de posibles amenazas a la sociedad internacional contemporánea, la profesora Estrada Tanck nos abre la mente a las posibilidades que el ciberespacio y la tecnología ofrecen a la perspectiva de género y, en general, al enfoque basado en derechos humanos.

La segunda parte de la obra, sobre dimensiones regionales e internas de la

regulación del ciberespacio (*Otras aproximaciones regulatorias: la Unión Europea y España*, pp. 255-378), se desarrolla a través de cuatro capítulos. Los tres primeros capítulos exploran diversos aspectos de la política europea en relación con ciberespacio.

La profesora Eimys Ortiz Hernández, en su capítulo titulado *La necesidad de mejorar la ciberdefensa como política europea* (pp. 257-283) estudia la dimensión de cooperación de la política exterior y de seguridad común. Desde tal perspectiva, resulta relevante el papel de la ciberdefensa el cual se visibiliza en aspectos como la inclusión de la ciberdefensa en la cooperación estructurada permanente y el Fondo Europeo de Defensa: inversión en capacidades, coordinación frente a los ataques y prevención de los mismos resultan todos aspectos claves desarrollados con esmero por la autora.

El profesor —y co-coordinador de la obra— Juan Jorge Piernas López aborda la perspectiva clave de la protección de derechos fundamentales en relación con ciberseguridad de forma sistemática y comprensiva. En sus páginas encontramos el análisis tanto en su vertiente exterior como interior. En esta última aborda aspectos tan diversos como la citada protección a través de la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (incluyendo la normativa específica sobre cibercriminalidad) y del mercado interior (*La política de ciberseguridad de la Unión Europea y los derechos fundamentales reconocidos por la Unión*, pp. 285-316).

Estratégicamente situado, el capítulo firmado por la profesora Eugenia López Jacoiste traza un puente intercontinental para analizar en términos de oportunidad la cooperación entre la Unión Europea y América Latina en materia de ciberseguridad (*La cooperación de la Unión Europea para la construcción de la ciberseguridad en América Latina y Caribe*, pp.

317-353), concretando las agendas y proyectos conjuntos en relación con ciberseguridad y ciberdelincuencia, en el marco de iniciativas como la estrategia *Global Gateway* o la Alianza Digital UE-ALC, ambas de 2021, o la más reciente (2023) nueva agenda para las relaciones entre la UE, América Latina y Caribe.

La obra concluye con último capítulo, en inglés, relativo a la regulación penal nacional en España en relación con ciberseguridad firmado por Samuel Rodríguez Ferrández (*Cybersecurity: legal criminal aspects in Spain*, pp. 355-378). Aun cuando es una aportación interesante y valiosa, es difícil entender la opción idiomática. La presión, probablemente, de los procesos de acreditación nacional lo expliquen. Dejándome llevar por mis propios intereses en el tema, este trabajo quizás podría haber valorado la ratificación española de la Convención de Budapest sobre cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001, en vigor internacionalmente desde el 1 de julio de 2004 (ETS No. 185, con 67 Estados parte, de los cuales 22 no son miembros del Consejo de Europa). En ese mismo sentido, habría sido interesante una valoración del acomodo entre la tipificación interna actual y la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, (DO L 218 de 14.8.2013), que como el anterior Convenio Europa aparecen, en cambio, convenientemente referenciados en el capítulo del Prof. Piernas López. Igualmente, interesante hubiera sido una visión penalista sobre los trabajos en curso en Naciones Unidas para una futura convención internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos a la luz de la tipificación española.

Las obras colectivas pueden examinarse como fruto característico de nuestro sistema investigador: en primer lugar, permiten visibilizar los resultados de la investigación colectiva; en segundo lugar, estimulan la convivencia entre investigadores experimentados y aquellos más jóvenes; y, en tercer lugar, prueban la capacidad de liderazgo —como ahora gustan las agencias evaluadoras denominarlo— de sus directores.

Bajo esta triple premisa, esta monografía constituye un magnífico ejemplo de las tres dimensiones. Con el título *Hacia una regulación internacional para el ciberespacio* este libro consolida el trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación “La búsqueda de una regulación internacional para las actividades cibernéticas, ¿una ineludible necesidad?”, proyecto financiado por la Agencia estatal de investigación entre 2021 y 2024. Asimismo, los directores —profesores en distintos momentos de sus carreras académicas— han consolidado una monografía en la que se integran investigadores en muy diferentes momentos de sus trayectorias investigadoras, sin caer en la ordenación jerárquica fácil, pero vacua en términos de contenidos, a la hora de ordenar los capítulos. Por último, estos mismos directores han sabido con acierto proponer una obra con bibliografías finales en cada capítulo, de

gran ayuda para quien buscar acercarse a temas específicos. Por su parte, los autores han mostrado un apego a la realidad, muy necesario cuando se afrontan temas novedosos. En particular, Andrea Cocchini, Gutiérrez Espada, Estrada Tanck, Piernas López, entre otros, provisionan sus capítulos de datos, casos y ejemplos significados de la realidad que analizan. Ello ameniza la lectura y hace más comprensible la materia. Si algo queda por comentar, es la ausencia de una “parte general” antes de las especificidades: conceptos como el del propio ciberespacio, que el profesor Gutiérrez Espada analiza, no se introducen hasta las páginas 103-106 de la obra.

Sin duda, no se ha buscado una obra conceptual sobre la teoría del (no) territorio ciberespacio, ni sobre las manifestaciones y limitaciones de la soberanía en el mismo, sino de manera indirecta. Esta monografía sobresale por la diversidad de planteamientos y riqueza de temas desde los que una nueva realidad puede ser objeto de estudio. Y en ello mismo reside su gran aportación. No por ello dejamos de animar a los directores a que planifiquen ya esa nueva obra, complementaria de esta, y de la cual la rica doctrina de habla hispana carece.

Eulalia W. PETIT DE GABRIEL  
*Universidad de Sevilla*

CHINCHILLA ADELL, Mónica, *El régimen jurídico internacional para la no proliferación de las armas biológicas y químicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 316 pp.

La amenaza química y biológica, en su dimensión estatal y, de forma especial, por parte de actores no estatales, es objeto de una creciente preocupación internacional constituyendo, además, un importante desafío a la seguridad. Así lo ha reconocido, por lo que se refiere al

ámbito químico, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), encargada de la aplicación de la Convención sobre las Armas Químicas (CAQ), el primer acuerdo multilateral de desarme a nivel mundial, adoptado en 1992, que contempla la eliminación de



toda una categoría de armas de destrucción en masa en un plazo de tiempo estipulado. La CAQ tiene por objeto poner fin al desarrollo, la producción, el almacenamiento, la transferencia y el empleo de las armas químicas para prevenir su resurgimiento y conseguir, de ese modo, la total eliminación de las actuales existencias de tales armas y, a la postre, un mundo libre de armas químicas y de la amenaza de su utilización, en el que las aplicaciones de la química se empleen exclusivamente para la paz, el progreso y la prosperidad mundiales.

Desde la entrada en vigor de la CAQ en 1997 las armas químicas han desaparecido de los arsenales militares de la mayoría de los Estados, dando lugar a un régimen casi universal (193 Estados son partes en la CAQ). Por ello, en la actualidad, podemos afirmar que el régimen de no proliferación de armas químicas es uno de los más robustos, en comparación con el resto de las armas (convencionales, nucleares y biológicas). No obstante, en los últimos años ha emergido el interés por parte de algunos actores no estatales por la fabricación y/o adquisición de agentes químicos para la comisión de actos terroristas, generando una gran alarma social y la preocupación de la comunidad internacional. Este resurgimiento de la utilización de las armas químicas como agentes homicidas por parte de actores no estatales representa un desafío para la OPAQ. Sin embargo, a nivel técnico, pese a que la CAQ no fue diseñada específicamente para hacer frente al terrorismo químico, su texto recoge varias disposiciones que pueden ayudar a los Estados a controlar el acceso a las sustancias químicas tóxicas y a sus materiales asociados, así como, llegado el caso, a responder eficazmente a dicha amenaza. En este sentido, resulta necesario establecer mecanismos de coordinación a nivel interestatal y entre los principales agentes y organismos implicados en el desarrollo de las capaci-

dades nacionales necesarias para hacer frente a los riesgos y amenazas químicas, especialmente, teniendo en cuenta el carácter transnacional común en todos los casos en los que se pueden emplear agentes químicos.

Por lo que se refiere al ámbito biológico, algunos agentes biológicos pueden ser empleados como armas ofensivas (bacterias, rickettsias, virus, hongos filamentosos, protistas o toxinas), obtenidos a partir de cepas naturales o por modificaciones genéticas o selección individual en laboratorio. Todos ellos presentan una serie de características que permiten que puedan ser considerados como potenciales armas y que resultan determinantes para su elección. La naturaleza encubierta de la producción y el uso de esas potenciales armas biológicas agrava la amenaza. Sin embargo, a diferencia de las armas nucleares o químicas, los materiales y tecnologías necesarias para desarrollar armas biológicas a menudo tienen aplicaciones duales, es decir, pueden utilizarse tanto para fines civiles y, por lo tanto, legítimos, como militares u homicidas, es decir, ilegítimos. Y por ello el propio concepto "arma biológica" resulta también ambiguo y excesivamente amplio, ya que puede englobar una variedad de agentes biológicos, desde virus y bacterias hasta toxinas, lo que puede llevar a una falta de precisión en el discurso. Además, al hablar de "armas biológicas" se puede desviar la atención de las necesidades de salud pública y prevención, centrándose más en la militarización y menos en las medidas para evitar brotes y pandemias.

Pese a la adopción en 1972 de la Convención sobre las Armas Biológicas y Tóxicas (CABT o CAB), primer tratado multilateral que prohibió el desarrollo, producción y almacenamiento de esa categoría de armas (además de perseguir su destrucción o convertir para fines pacíficos todos los agentes biológicos



y toxinas en posesión de los Estados), las limitaciones para el cumplimiento y la aplicación de sus disposiciones sigue siendo el gran reto del régimen internacional de no proliferación. La ausencia de un protocolo de verificación de la CAB (en negociación desde el año 1994, en el marco de su IV Conferencia de Revisión) no permite la realización de inspecciones regulares y aleatorias que aseguren que los Estados cumplen con sus obligaciones para con la Convención, debilitando su eficacia y aumentando la percepción de la amenaza biológica.

La Profesora Mónica Chinchilla analiza en esta monografía los dos regímenes jurídicos internacionales de la no proliferación (y desarme) que se ocupan de ambas categorías de armas, las químicas y biológicas, así como de su impacto en la definición y sistematización de la amenaza y en los mecanismos vigentes de Derecho Internacional para controlar las exportaciones de materiales estratégicamente sensibles (de doble uso) que puedan contribuir a una mayor proliferación. A tal fin, el libro se estructura en seis capítulos.

El primero de ellos presta atención a tres amenazas a la paz y seguridad internacionales del siglo XXI relevantes para el objeto de estudio de la monografía: los actores (armados) no estatales; las armas biológicas y químicas, como dos de las tres categorías de Armas de Destrucción Masiva (ADM, además de las nucleares) y la creciente y “temida” relevancia de las tecnologías emergentes, de forma especial, en el campo de la biotecnología.

El segundo capítulo analiza el contenido de las dos convenciones base de los regímenes internacionales de no proliferación de las armas químicas (CAQ) y biológicas (CABT) a las que nos hemos referido, así como las limitaciones para el cumplimiento y la aplicación de sus obligaciones, entre las que cabe destacar, además de las ya mencionadas, la exclusión en ambas de la amenaza que representa

el terrorismo con ese tipo de agentes, sustancias y patógenos. Completa este capítulo un tercero acerca del relevante papel que ha adquirido el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en materia de no proliferación de las ADM, con un enfoque más global e inclusivo, especialmente, a partir de la adopción en 2004 de la Resolución 1540, que impone a los Estados obligaciones complementarias y *quasi* universales para hacer frente a la amenaza del terrorismo con este tipo de armas. Obligaciones supervisadas por un órgano específico del Consejo de Seguridad, el Comité 1540, que España presidió, junto a los otros dos comités del Consejo de Seguridad directamente relacionados con la no proliferación de ADM, el Comité 1718 (República Popular y Democrática de Corea) y el Comité 1737 (República Islámica de Irán) durante su membresía no permanente del Consejo, en 2015-2016.

En la literatura académica española se ha prestado escasa atención a los foros y grupos de concertación de posiciones, de naturaleza no formal, en materia de control de exportaciones de productos y tecnologías de doble uso y, en particular, aquellos relacionados con las ADM. Tras un cuarto capítulo, de carácter más genérico, en el que se hace un recorrido por los diferentes marcos e instrumentos jurídicos convencionales en materia de control de exportaciones (revelando las deficiencias de estos en materia de control fronterizo y aduanero de productos y tecnologías de doble uso), la autora se ocupa, en el capítulo quinto, de esos foros informales, como mecanismos de concertación de posiciones entre los Estados participantes.

El principal foro informal para el control de las exportaciones en los ámbitos biológico y químico es el Grupo Australia, fundado en 1985 (en la actualidad participan 43 Estados, además de la UE), que fomenta a su vez la transparencia y responsabilidad entre sus miembros, al exigir la notificación y el intercambio de infor-

mación sobre las exportaciones sensibles de productos químicos y sus tecnologías. Aunque el enfoque principal del Grupo Australia es la seguridad y el control de armas químicas y biológicas, también tiene en cuenta los aspectos comerciales y económicos, ya que busca equilibrar los controles a la exportación para no obstaculizar innecesariamente el comercio legítimo de productos y tecnologías con aplicaciones civiles. El capítulo incluye también una breve referencia al Arreglo de Wassenaar de 1995, que en la actualidad cuenta con 42 Estados miembros y que, pese a estar más centrado en el control de exportaciones de armas convencionales, funciona sobre la base de una lista de productos y tecnologías de doble uso y otra de municiones. El capítulo también incluye un análisis acerca de la Iniciativa de Seguridad (marítima) contra la Proliferación (PSI), propuesta por Estados Unidos en 2003 en Cracovia y respaldada por el G8 en su reunión en Evian, en junio del mismo año. Su finalidad es luchar contra el tráfico de ADM, sistemas vectores y componentes relacionados con destino a/y procedentes de Estados y actores no estatales y que “inquietan” en materia de proliferación. En sus inicios, la PSI se aplicaba esencialmente al transporte marítimo, pero con el tiempo se ha extendido también al terrestre y aéreo.

Cierra la monografía unas conclusiones en las que la autora reflexiona acerca del (limitado) cumplimiento y la verificación de las obligaciones de los Estados en el marco de los diferentes instrumentos normativos y foros informales de cooperación analizados y que integran el régimen de no proliferación de armas biológicas y químicas, en el que se plantea, como escenario futuro, una *multinormatividad* en el Derecho Internacional, dejando atrás el clásico enfoque binario entre “hard law” y “soft law”. En este sentido (y basado en mi propia experiencia de participación directa en el proceso de adopción de decisiones en conferencias

de revisión de tratados internacionales de no proliferación de ADM y foros de naturaleza informal), cabe señalar que, aunque existe un limitado debate académico acerca del valor de esos foros informales como instrumentos de “soft law”, en la práctica, las decisiones que adoptan los Estados miembros en ellos en materia de control de exportaciones (basadas en unas listas acordadas y en constante actualización, que combinan tanto las preocupaciones de proliferación o “proliferation concerns” de posibles países receptores, como bienes y tecnologías sensibles específicas a exportar, velando porque se facilite el comercio legítimo entre sus miembros) gozan de un amplio respaldo y reconocimiento internacional, siendo considerados un elemento esencial del régimen de no proliferación de ADM. El hecho de tener una débil institucionalización de sus estructuras (como constata la autora) más que como una desventaja, es visto por sus participantes como un valor añadido en el proceso de adopción de decisiones, mucho más ágil que los organismos y foros institucionalizados, lo que facilita la adopción de agendas flexibles y la discusión de una amplia gama de temas sin las restricciones burocráticas de los segundos.

Tratándose de un asunto que ha recibido en España una escasa atención y seguimiento por parte de la comunidad académica, es de agradecer a la Profesora Mónica Chinchilla que se haya ocupado de analizar de forma conjunta y comparativa los regímenes de no proliferación de armas biológicas y químicas, identificando sus logros, lagunas y limitaciones en materia de efectividad práctica. Por ello, la monografía subsana una notable laguna en la producción científica en español sobre la materia, estableciéndose como una fuente de consulta imprescindible para investigaciones futuras.

Vicente GARRIDO REBOLLEDO  
Universidad Rey Juan Carlos

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías (Derecho Digital)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023 (443 páginas).

La digitalización de la sociedad y la expansión de la economía basada en los datos implica una transformación sin precedentes del ordenamiento jurídico. Junto a retos en la aplicación del acervo normativo previo, se asiste a un vertiginoso desarrollo de nuevos instrumentos que se proyectan sobre un heterogéneo conjunto de materias y presentan rasgos peculiares, como la combinación entre elementos de Derecho privado y de Derecho público. Ante esos hechos, seguir y ordenar la evolución del ordenamiento jurídico deviene tarea compleja, pues reclama entender lo nuevo y explicar su adaptación a las distintas instituciones del ordenamiento. El autor ha acreditado ya desde hace años su valor al afrontar ese reto y su autoridad como referencia imprescindible en esta materia. Basta con recordar, entre su amplia bibliografía, el insustituible Derecho privado de Internet (que ha alcanzado ya su 4ª edición). Como explica en la Introducción del *Manual* que reseñamos, el autor ha elaborado éste como una continuación y complemento de aquel libro y de su *Conflict of Laws and the Internet*. La obra reseñada resulta singular en la medida en que su autor ha acometido la ingente tarea de proporcionar un riguroso análisis de conjunto de las principales materias susceptibles de ser integradas en el llamado Derecho de las Nuevas Tecnologías o Derecho Digital.

El libro aparece dividido en nueve capítulos, teniendo el primero de ellos una orientación introductoria, en la medida que presenta los aspectos básicos de la regulación de Internet, en tanto que entramado de redes digitales y tecnología, que resulta presupuesto del funcionamiento de los servicios de la sociedad de la información y del desarrollo de las diversas actividades en línea. Más allá de ciertas

consideraciones sobre la evolución de Internet y las implicaciones para el Derecho del desarrollo de los metaversos o mundos virtuales, así como de la peculiar posición de las grandes plataformas, esta parte de la obra analiza, en primer lugar, el marco normativo resultante de las instituciones de coordinación de Internet, con especial referencia a la actividad de ICANN y el sistema de nombres de dominio y direcciones de Internet. Ese marco global contrasta con la relevancia de la normativa europea y nacional en materia de regulación de las redes y servicios de comunicación electrónicas, como refleja el análisis relativo a la neutralidad y acceso abierto a Internet. Por lo demás, el limitado contenido de las normas internacionales y de los mecanismos de autorregulación se corresponde con que los Derechos estatales (y, en particular, el Derecho de la UE) desempeñen un papel esencial en la regulación de las actividades digitales, lo que tiene su reflejo en el resto de la obra.

A los servicios digitales va referido el extenso capítulo segundo, que parte del marco normativo de la Unión relativo a los servicios de la sociedad de la información y los servicios de comunicación audiovisual, para continuar con un novedoso estudio del Reglamento de Servicios Digitales. Se expone tanto el régimen de responsabilidad de los intermediarios, que en lo sustancial coincide con el establecido previamente en la Directiva de comercio electrónico, como el nuevo marco de obligaciones de diligencia debida de tales prestadores de servicios, con especial referencia a los servicios de alojamiento de datos y de plataforma en línea. También tiene cabida en este capítulo el análisis del nuevo marco de la Unión sobre inteligencia artificial, en fase de adopción al tiempo de elabora-

ción del libro, y sus implicaciones en materia de responsabilidad.

El enfoque del Capítulo Tercero, titulado “Datos”, es indicativo de que abarca no solo el estudio de una materia central en la obra como es el régimen de protección de datos personales, sino también los recientes instrumentos en materia de datos en sentido amplio, englobando tanto los personales como los no personales, que ha elaborado la Unión y que resultan de especial relevancia en relación con el desarrollo de herramientas de inteligencia artificial. En lo relativo a los datos personales, tras abordar el marco normativo y los conceptos básicos, se analiza el ámbito territorial de aplicación del RGPD, los principios relativos al tratamiento y las bases jurídicas admisibles, así como los derechos de los interesados. Atención específica reciben los servicios de publicidad y empleo de *cookies*, así como la posición de las redes sociales y de los buscadores, incluido el derecho al olvido y su alcance territorial. La diversidad de estándares de protección a nivel comparado justifica la importancia del restrictivo régimen de transferencias internacionales de datos personales a terceros Estados, que contrasta con la liberalización existente en el seno de la Unión. La implementación del RGPD, en un contexto en el que la aplicación del Reglamento recae básicamente en autoridades de control estatales, tiene su reflejo en el análisis del régimen propio de los tratamientos transfronterizos en el seno de la Unión y el modelo de ventanilla única. El análisis del marco de tutela jurídico-pública se complementa con el de la tutela judicial civil, que ha cobrado una singular importancia al hilo de la expansión de las acciones de indemnización de daños derivados de la infracción del RGPD, y cuya dimensión internacional se aborda también en este capítulo.

Bajo el título “Competencia y mercados digitales”, el Capítulo Cuarto comien-

za con la exposición de la aplicación en el entorno digital de la cláusula general y los diversos tipos específicos de prácticas comerciales desleales, prestando especial atención a las actividades de las plataformas en línea y los motores de búsqueda. Estrechamente vinculada a esa cuestión se encuentra el estudio de la publicidad y las comunicaciones comerciales, incluyendo cuestiones de máxima actualidad como el tratamiento de los *influencers* o el régimen aplicable en materia de juegos de azar. En el ámbito del Derecho antitrust, destaca el análisis de las implicaciones en el comercio electrónico del Reglamento (UE) 2022/720 sobre acuerdos verticales. Como complemento de las normas de la Unión sobre acuerdos y prácticas concertadas o conductas colusorias y prohibición del abuso de posición dominante, es objeto de atención específica el novedoso Reglamento (UE) de Mercados Digitales. Se analiza con precisión su fundamento, la concreción de los “guardianes de acceso” a los que resulta de aplicación, así como las obligaciones específicas que se les imponen como contrapeso a su peculiar poder y para hacer frente a los riesgos inherentes a su control sobre ingentes cantidades de datos y a la situación de dependencia en la que se encuentran muchos de sus usuarios, como es el caso de los usuarios profesionales que comercializan productos o servicios a través de estos guardianes de acceso. Este capítulo termina con el análisis de un sector en expansión, como es el relativo a la aplicación privada de las normas sobre competencia, incluidas las demandas de indemnización por daños derivados de su infracción, con referencia específica a las particularidades de las que tienen dimensión internacional.

Tras unas notas introductorias acerca de la interacción entre servicios digitales y activos inmateriales, el Capítulo Quinto comienza con el estudio de los mecanismos de protección de la innovación, con referencias específicas a las invenciones

implementadas en ordenador; la creciente relevancia de las patentes esenciales y el significado de los secretos empresariales en relación con la tutela de los algoritmos y el desarrollo de herramientas de inteligencia artificial. En relación con las marcas, destaca el análisis de las cuestiones que plantea su utilización en la publicidad y el comercio en línea, recibiendo atención detallada las particularidades de su empleo en mercados electrónicos y plataformas. Asimismo, son objeto de discusión los conflictos entre marcas y nombres de dominio, así como las vías de tutela de los derechos de propiedad industrial frente a las eventuales infracciones en el entorno digital.

A los derechos de autor y derechos afines está dedicado el Capítulo Sexto, que parte del análisis de las cuestiones específicas que plantean algunos de los tipos de obras más relevantes en el marco de las tecnologías de la información, como son los programas de ordenador, las bases de datos, las obras multimedia y sitios web. Se aborda también el contenido de los derechos de los titulares y su proyección respecto de las actividades digitales, lo que justifica la especial atención que recibe la delimitación del derecho de comunicación al público, así como la distribución y agotamiento de derechos, al hilo de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito. Para establecer la licitud o ilicitud de ciertas conductas resulta decisivo el alcance de los límites de los derechos exclusivos, que son objeto de un elaborado análisis, incluyendo los introducidos más recientemente en nuestro ordenamiento, como los relativos a la minería de textos y datos que resultan clave con respecto al desarrollo de herramientas de inteligencia artificial. Junto a las particularidades de la utilización de obras y prestaciones en relación con ciertos servicios, como las plataformas para compartir contenidos en línea, los buscadores y agregadores

de noticias, la obra proporciona un elaborado análisis de los mecanismos procesales de tutela de la propiedad intelectual, incluyendo las peculiaridades de las situaciones transfronterizas, tan habituales en la economía digital.

Como presupuesto del estudio en el Capítulo Octavo de los contratos en entornos digitales, el Capítulo Séptimo se ocupa de la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas. Destaca el análisis de las modalidades y efectos de las firmas electrónicas, así como la eficacia probatoria de los documentos electrónicos.

El Capítulo Octavo parte de cómo la delimitación de ciertas categorías de contratos, más allá de la genérica de contratos electrónicos, resulta de gran importancia para abordar el régimen jurídico de las transacciones en el entorno digital. Tal es el caso de los contratos de consumo, la contratación en plataformas y mercados en línea, la contratación relativa a contenidos y servicios digitales, así como la contratación internacional. Se aborda cómo los llamados “contratos inteligentes” no son propiamente un tipo contractual, lo que condiciona la importancia de la existencia de un verdadero contrato subyacente, cuyas prestaciones el programa informático en cuestión puede automatizar, como elemento determinante del régimen jurídico de las transacciones que incluyen el empleo de esa figura.

Tras exponer las particularidades de la formación de los contratos en entornos en línea, el autor analiza en detalle las obligaciones de información previstas en nuestro ordenamiento, junto con las implicaciones del empleo de condiciones generales de contratación, incluido el régimen de las cláusulas abusivas. También es objeto de estudio el derecho de desistimiento y el régimen de conformidad y responsabilidad del empresario

en la contratación de bienes, contenidos y servicios digitales. Concluye el capítulo octavo con el estudio de las particularidades de la contratación internacional en este ámbito, con referencia particular al régimen de protección de los contratos de consumo, así como el significado y potencial de los mecanismos alternativos de solución de controversias en este ámbito.

La obra finaliza con un capítulo dedicado a los servicios de pago y criptoactivos, estrechamente conectado con el anterior. Tras abordar la evolución de los instrumentos de pago al hilo de la expansión del comercio electrónico, se detalla el régimen de los proveedores de servicios de pago y la prestación de servicios de pago, así como las modalidades de

dinero electrónico y el marco normativo de las entidades de dinero electrónico. Con respecto a la utilización de las tecnologías de registro descentralizado y de cadena de bloques, junto a las implicaciones del carácter básicamente instrumental de los contratos inteligentes, se analiza el significado los criptoactivos como medio de pago, así como el régimen normativo aplicable a los criptoactivos como objeto de inversión. A este respecto, recibe atención detallada el Reglamento europeo sobre los criptoactivos y su significado como complemento de la normativa de la Unión sobre instrumentos financieros.

Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE  
Universidad Complutense de Madrid

DURÁN AYAGO, Antonia, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 208 pp.

El último informe publicado por la OIM (a mi conocimiento, el de 2020) confirma el dato con el que arranca esta monografía: la movilidad de personas a través de las fronteras sigue en aumento (<https://worldmigrationreport.iom.int/>). Indudablemente, con ella también crece la importancia de estudios como el que se reseña, que ahonda en los instrumentos metodológicos de la rama jurídica, el Derecho internacional privado (DIPr), que se ocupa de las relaciones —y situaciones— privadas internacionales que esa movilidad fomenta.

En concreto, el trabajo se propone aportar posibles soluciones para el “estatuto personal”, y recalca en los ámbitos del Derecho de la persona física, y en particular del vinculado a los elementos definitorios de su identidad —nombre y apellidos y sexo legal— y del Derecho de Familia: singularmente, del matrimonio

y de la filiación. Elige, para hacerlo, un elemento vertebrador de estos ámbitos, el de los derechos humanos, realizando una propuesta metodológica clara: el empleo del método de reconocimiento de situaciones jurídicas. Así, abre con un Proemio y concluye con un Epílogo, entre cuatro capítulos, de los cuales, el Primero (pp. 23-42) se dedica a contextualizar (aptdo. I), proporcionar como marco jurídico el de los Derechos humanos (II), enmarcar los conceptos que atravesarán la monografía, que son la ciudadanía, el estatuto personal, la dignidad y el libre desarrollo de la persona (III), y poner de manifiesto el papel fundamental que el TEDH está jugando en lo que denomina “la arquitectura de la identidad personal” (IV). El Segundo capítulo aborda la conceptualización del método del reconocimiento de situaciones jurídicas, que ya desde un primer momento identifica



como garante del respeto a los derechos humanos (frente al método conflictual) (I); ilustra sobre su origen y evolución (II); y lo acota con respecto al principio de reconocimiento mutuo de la UE, analizando la incidencia de éste en la libre circulación de personas (III) y realizando la oportuna distinción entre ambos (IV). El Tercer capítulo abre con una reflexión sobre el “contenido y sentido” del Estatuto personal (I), para a continuación realizar un recorrido por algunas de las relaciones que conformarían ese Estatuto. Así, en lo que respecta al nombre de las personas físicas (II) aporta una síntesis de las principales sentencias del TJUE en esta materia, para concluir con el análisis de las implicaciones que tendría esta jurisprudencia en la construcción del espacio judicial europeo. A la identidad de género, que aborda a continuación, se le dedica una menor atención (III): solo se informa sobre el asunto pendiente ante el TJUE (Asunto 43/23, *Comin*), aunque las resoluciones del TEDH en esta materia sean numerosas y no tengan una relevancia menor, en el marco de este estudio, que las que se analizarán, también de esta Corte, en lo que respecta a la filiación conformada por gestación subrogada. Y es que, en relación con esta materia, el apartado IV analiza no solo la postura del TJUE, sino también la jurisprudencia del TEDH. Esta interesante duplicidad de análisis (TEDH y TJUE) hubiera resultado también enriquecedora en lo que respecta a las adopciones de familias arcoíris y a la doble maternidad (que únicamente se menciona al hilo de la exposición de la visión del TJUE, en los asuntos *Pancharevo* y *Rzecznik*). Cierra este capítulo un apartado dedicado al matrimonio (V) en el que de nuevo el estudio se limita al de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de cónyuge. Finalmente, el Capítulo IV analiza diversas propuestas legislativas para garantizar la libre circulación de personas y familias: del IDI, del Grupo Europeo de Derecho

internacional privado y de algunos EEM de la UE.

A riesgo de simplificar en exceso, ante las limitaciones de espacio que toda reseña tiene, diría que la idea fundamental que la autora postula es que, en aras de fomentar el respeto a los derechos que destaca (ciudadanía, dignidad, libre desarrollo de la persona), el método de reconocimiento debe instaurarse “desde arriba”: por la propia UE, de forma obligatoria para todos los Estados Miembros (EEMM), con una limitación del empleo del orden público. De esta forma, consolidada una situación jurídica en un Estado Miembro (EM), ya sea un matrimonio (también entre personas del mismo sexo), una relación de filiación (incluida la conformada a través de gestación subrogada), o la determinación de los aspectos de la identidad de la persona (también la reasignación del sexo legal), sus efectos se extenderían al resto de EEMM, y no solo en lo referido al ejercicio de la libertad de circulación (como postuló el TJUE en el Asunto C-673/16 *Coman*), sino a cualquier otro (crítica con esa reducción del TJUE a los referidos efectos, en p. 159). Si he interpretado correctamente, su propuesta es que se fomente la “portabilidad universal” del estatuto personal a través de la proyección del reconocimiento de situaciones, limitando sustancialmente (casi, diría yo, eliminando) la intervención del orden público. Más adelante retomo esta cuestión.

Regreso ahora al informe antes mencionado, porque también revela muchos otros datos relevantes, entre los que interesa llamar la atención sobre tres. El primero es que la inmensa mayoría de las personas permanecen toda su vida en el país en el que nacieron (el 96,4%). Obviamente, no son estas personas las que plantean problemas que el DIPr de persona y familia deba atender, pero sí nos proporciona una idea sobre su importan-



cia en términos de incidencia. El segundo es que la movilidad sigue ciertos patrones o “corredores”, esto es, que existe una evidente tendencia de los nacionales de unas zonas a migrar hacia ciertas otras. En este sentido, Estados Unidos de América ha sido el destino preferido por la mayoría de las personas migrantes. En particular, cerca de 11 millones de mexicanos han emigrado allí, seguidos por 2 millones de chinos y filipinos. Además, es el primer destino de británicos y alemanes, con más de medio millón de migrantes de cada uno de estos países. Porque, el tercero dato a resaltar es que gran parte de las personas migrantes han nacido en Asia, si bien México ocupa el segundo lugar en número de emigrantes, pero ciertos países europeos como el Reino Unido y Alemania también tienen “un número considerable”. Sí, de emigrantes, aunque quizás en su mayoría no se perciban como tales. Porque no cabe duda de que la condición de las y los migrantes varía mucho; no en vano las trabajadoras y trabajadores procedentes de países del Norte global, rechazan, por estigmatizado, el término emigrante y se autodenominan expatriadas/os o *expat*, cuando no *nómadas digitales*. Y ciertamente nada tienen que ver los motivos tras la movilidad de personas de rentas y cualificaciones altas, ni la forma en que se producen sus desplazamientos, en relación con los de la gran mayoría de las personas migrantes. Porque son muy diferentes los derechos que tienen unas y otras, precisamente por su diverso punto de partida económico, social, cultural y —conviene no soslayarlo— racial. En definitiva: la libre circulación de personas en realidad no es más que un privilegio de las personas nacionales de países del primer mundo. Crecen los obstáculos a los movimientos del resto, por más que las trabas y los dispositivos estatales sean relativamente recientes (TORPEY, John, *La invención del pasaporte. Estado, vigilancia y ciudadanía*, Ed. Cambalache, Oviedo,

2020). De forma paralela, las apuestas por implantar una ciudadanía universal vinculada a la libre movilidad de todos los habitantes del planeta son del todo testimoniales (sobre, por ejemplo, la ecuatoriana, *vid.* RAMÍREZ GALLEGOS, Jacques, “Ecuador: entre la ciudadanía universal y el control migratorio, HERNÁNDEZ, Alberto y CAMPOS-DELGADO, Amelia, *Migración y movilidad en las Américas*, CLACSO SIGLOXXI, Ciudad de México, México, pp. 353-379).

En este contexto, se revela evidente que el principio de la libre circulación de personas resulta equívoco en su propia denominación; que lo que la Unión Europea (UE) pretende garantizar no es el derecho a la libre circulación de las personas (en general), sino únicamente el de quienes tienen la nacionalidad de algún Estado miembro (EM), esto es, la ciudadanía de la UE, o determinados vínculos familiares con ciudadanas/os de la UE. Y cabe advertir que la propia elección de qué relaciones se reconocen a estos efectos proyecta la concepción (aparentemente) predominante en el conjunto de la UE sobre qué es una familia: la conformada por una pareja o matrimonio monógamo y su descendientes o ascendientes (progenitores, a lo sumo dos). Se asume, sin mayor cuestionamiento, que el ejercicio de la libre circulación pueda limitarse a las personas con nacionalidad de EEMM y a quienes tienen unos determinados vínculos con ellas, con exclusión de otras, con base en la concepción “europea” de familia. Y a este respecto cabe plantearse si con ello no se vulneran los derechos a la libre circulación y al libre desarrollo de la persona, concretado en su derecho a la vida familiar, en lo que respecta a muchas otras personas, aunque no pertenezcan al colectivo LGBTIQ+ (en el último párrafo vuelvo sobre este punto). En estas consideraciones apenas entra la monografía, por lo que desde este punto de vista su perspectiva quizás no sea tan internacional como el

subtítulo anuncia. Quizás la propuesta se restringe al ámbito de la UE, con el ánimo de reforzar los derechos del colectivo de las familias arcoíris europeas, lo cual, en sí, no es negativo.

De hecho, una de las principales virtudes que tiene esta publicación es, precisamente, que se trata de un estudio posicionado; que no oculta la preocupación por la vulneración de los derechos (individuales y familiares) de las personas LGBTIQ+ por el mero hecho de su pertenencia a este colectivo, es decir, por razón de género, identidad sexual u orientación sexual. Razones también a mi entender indefendibles. En consecuencia, su autora propone soluciones para reforzar la garantía de sus derechos, que son derechos humanos.

Es evidente la discriminación que encierra que se deniegue el reconocimiento de un matrimonio válidamente celebrado en un EM en el otro EM por la única razón de que los cónyuges sean personas del mismo sexo, y el obstáculo que comporta a la libre circulación del cónyuge extracomunitario y, en consecuencia, de ambos miembros de la pareja: de la familia que conforman (véase el citado Asunto *Coman* y nótese que a fecha actual Rumanía aún no habría cumplido con lo que la Sentencia del TJUE, de 5 de junio de 2018, obliga, que es al reconocimiento del matrimonio a efectos de la libre circulación: pp. 156 y ss de la monografía). Igualmente, interesa advertir que cuando personas transexuales o transgénero, o intersexuales o no binarias a las que se ha asignado un “tercer sexo” ven denegado el reconocimiento en otro EM del sexo legal reasignado o asignado (respectivamente) en otro, también ven obstaculizado su derecho a la libre circulación, y vulnerado su derecho a identidad (de nuevo, en relación con Rumanía, *vid.* Asunto 4/23 *Comin*, aún pendiente, del que recientemente ha anunciado la Abogada General una solución en sinto-

nía con la que la autora propone en pp. 121-124), mientras las personas cis ven plenamente reconocida y garantizada su identidad sin que las fronteras comporten ninguna dificultad agregada. Podríamos seguir enumerando las dificultades que encuentran las familias arcoíris o personas *trans* o no binarias cuando se proponen trasladarse de un “Estado refugio” (el que es garante de sus derechos) a un Estado, aun siendo de la UE, más hostil. Es lo que hace la monografía, por lo que ya con ello constituye un trabajo de referencia en esta materia. Porque, además, es en este contexto en el que la Dra. Durán aporta ideas en defensa de la garantía de los derechos que deberían tener todas las ciudadanas de la UE en la totalidad del territorio de la Unión Europea con independencia de su género, su identidad de género y su orientación sexual. Por eso, insisto, me parece un trabajo valiente y valioso, que da pie al debate. Y por ello entraré en él, siquiera brevemente, con dos consideraciones.

La primera es (el trabajo no lo desconoce) que la vulneración de los derechos cuando se traspasan las fronteras intracomunitarias se produce porque no en todos los EEMM de la UE están reconocidos los mismos derechos. La UE prohíbe —en las situaciones en que se aplica el Derecho de la UE— la discriminación en general, y la discriminación por razón de identidad de género y orientación sexual en particular (art. 21 CDFUE). Y sus instituciones han aprobado diversos planes y dictado normas (como las directivas en materia de empleo o género) para reforzar los derechos LGBTIQ+. Pero en el seno de la UE hay Estados que son abiertamente homófobos como Rumanía, Bulgaria, Hungría o Polonia (recuérdense los inefables “territorios libres de LBGTIQ+” declarados en este último país), por lo que no extraña que rechace el reconocimiento, entre otros derechos, del derecho a contraer matrimonio con independencia de la orientación sexual.

Otros EEMM no manifiestan una homofobia tan clara (por ejemplo, Italia, aunque esté poco disfrazada en la Presidencia de su Consejo de Ministros actual), pero siguen reservando el matrimonio a uniones entre mujeres y hombres, porque consideran que su orden público exige esta medida. Pues bien: la jurisprudencia del propio TEDH ha advertido que el art. 12 CEDH solo contempla el derecho a contraer matrimonio entre mujeres y hombres (a juicio del TEDH, de forma aporreada: *Hämäläinen c. Finlandia*, 35379/09), y ampara la restricción a los derechos a la no discriminación (art. 14 CEDH) en relación con el derecho a vida privada y familiar (art. 8 CEDH) que comporta esa concepción del matrimonio como institución reservada a la familia heterosexual, entendiendo que los Estados tienen cierto margen de apreciación para decidir en esta materia (entre otras, *Shalck y Kopf c. Austria*, 30141/2010 y *Chapin y Carpentier c. Francia*, 40183/2016). Pueden, por tanto, sin vulnerar el CEDH (a juicio del TEDH) negarse a abrir el matrimonio a personas del mismo sexo, porque, resumidamente, su orden público lo demanda. De hecho, ni siquiera la mitad de EEMM contemplan la posibilidad del matrimonio igualitario (en la actualidad, solo 13/27).

El panorama en relación con la protección al derecho a la identidad no es, en la propia UE, más alentador. La mayoría de los EEMM de la UE, el español incluido, no garantizan plenamente el derecho a tener una asignación del sexo legal conforme a la identidad real, pues no existe la posibilidad de asignar un tercer género a las personas intersexuales. Y ha considerado el TEDH que la inexistencia de este tercer género es discriminatoria, y que por ende convendría valorar la revisión del binarismo, pero que, mientras no se haga, los sistemas normativos de los Estados contratantes del CEDH pueden mantener la opción binaria (hombre/mujer), por ser pro-

porcionada a los fines que persigue (*Y. c. Francia*, 76888/18). Por otra parte, la mayoría de los EEMM de la UE que permiten una reasignación del sexo no contemplan que se haga conforme al género autopercebido: es preciso, para cambiarlo, que la persona sea transexual, esto es, que haya modificado —con mutilaciones y tratamientos hormonales— su cuerpo. Cabría esperar que los EEMM avancen en el reconocimiento de derechos en este marco, habida cuenta de que el TEDH ha estimado que condicionar el cambio de sexo legal a esos cambios físicos vulnera el derecho a la integridad física garantizado en el art. 3 CEDH (*A.P. Garçon y Ninot c. Francia*, 79855/12 y *X. e I. c. Rumanía*, 20607/16). Pero lejos de regular el derecho de las personas transgénero a la autodeterminación, Hungría y Bulgaria han ilegalizado recientemente todo cambio de sexo legal.

Finalmente, en lo que respecta a la filiación, la mayoría de los EEMM no permite adoptar a las parejas del mismo sexo (solo 7 de los 27 EEMM); y el TEDH ha declarado que no hay obligación de permitirlo si las adoptantes no están casadas (*Gas y Dubois c. Francia*, 25951/07). Y podríamos continuar: la mayoría de EEMM no reconoce la posibilidad de que por otros medios se establezcan dobles maternidades o paternidades. Y, aunque a mi juicio aquí la perspectiva es bien diferente, la amplia mayoría de EEMM no permite acudir legalmente a la gestación subrogada en su propio Estado. A mi entender, el problema con la gestación subrogada es que sea legal en cualquier lugar. Creo que es correcto que el art. 10 de la Ley española de Técnicas de reproducción humana asistida declare nulo el contrato, y madre a la mujer que da a luz. Y creo que el orden público español debe oponerse al reconocimiento de este tipo de filiaciones, tal y como ha declarado el TS en sus sentencias de 24 de marzo de 2014 y de 3 de marzo de 2023. Además, no considero que esta forma de confor-

mar una filiación tenga que protegerse como vía de garantía de los derechos del colectivo LGBTIQ+. Vuelvo brevemente sobre este punto más abajo.

El resumen de la situación de las normativas internas revela que la protección de los derechos de las familias arcoíris y las personas del colectivo LGBTIQ+ no está suficientemente extendida por igual en la UE, y que las discriminaciones en el ejercicio de algunos de esos derechos en ocasiones se entienden justificadas por el propio TEDH. Éste ha considerado legítimo que se esgriman razones que no son sino de orden público para obstaculizar el reconocimiento de derechos en el plano interno (como el matrimonio, la adopción o el derecho a un tercer sexo legal). Por eso, seguramente, trasladado a las situaciones internacionales, ello comportará que el método del reconocimiento no vaya a ser tampoco la panacea. Porque lo que no cabe es instar a que el método se adopte sin la cláusula de escape. Ninguna de las normas que la propia autora cita propone esa eliminación. Ciertamente, es preferible, para favorecer el ejercicio de derechos, el método del reconocimiento al método conflictual. Coincido con la autora en que su adopción generalizada, a todos los efectos, sería más que conveniente. Pero resulta imprescindible poder oponer el orden público. Y en la medida en que el orden público de muchos Estados está fundamentado en prejuicios homófobos o transfobos, se seguirá oponiendo, impidiendo que se garanticen suficientemente los derechos de las personas del colectivo LGBTIQ+ y las familias arcoíris. Además, creo que en poco puede cambiar que se limite su empleo a situaciones en las que se respete el principio de no discriminación, dado que, como indicaba, el propio TEDH considera que caben ciertas vulneraciones de este principio, si son proporcionadas y justificadas (en, resumidamente, el orden público).

En resumen: la “portabilidad universal” que el trabajo, sin duda de forma más que bienintencionada, propone, es una solución que favorecerá que los derechos que se adquieren en un EM (a ser considerado cónyuge, por ejemplo), puedan ser ejercidos en otros, pero si en esos otros EEMM no se reconocen ciertas situaciones (el matrimonio entre personas de mismo sexo, la doble filiación materna...), se opondrá el orden público al reconocimiento, porque no poder oponerlo reventaría las costuras del sistema. Así, tal y como el TJUE ha puesto de manifiesto, la garantía de la libre circulación puede exigir un reconocimiento de las situaciones a los meros efectos de que la propia circulación sea posible (emitir un pasaporte, reconocer la condición de cónyuge para expedir una tarjeta de familiar de ciudadano de la EU...), y es probable que este reconocimiento, a estos meros efectos, ya ayude en el avance de los derechos. Pero creo que estamos lejos de poder exigir una aceptación de relaciones conformadas en otros EEMM a todos los efectos.

La segunda consideración, que quizás permita entender mejor lo que intentaba expresar anteriormente, es que desde el enfoque de derechos humanos que se contempla, no veo la razón para no ampliar el plano de la “portabilidad” a otras situaciones internacionales. Como indicaba anteriormente, si se trata de garantizar la libre circulación de personas dentro de la UE, se impondrá el reconocimiento de las situaciones a los efectos previstos en las normas que la regula: la condición de “cónyuge” o “hija” o “ascendiente” no se podrán cuestionar si se han consolidado en otro EEMM a los efectos de los beneficios que las correspondientes normas disponen. ¿Y si las relaciones se han consolidado en otros Estados? ¿Por qué no reconocer el derecho a la reagrupación a todas las esposas de un varón que tiene más de una con arreglo a la ley de otro país? ¿O es que a este res-

pecto sí podemos oponer el orden público al reconocimiento de matrimonios poligámicos? ¿Por qué no se ha reconocido la multiparentalidad brasileña derivada de una filiación socioafectiva, tal y como se ha pretendido en Portugal? (La jurisprudencia portuguesa se ha negado, de nuevo, por considerar que es contraria al orden público: véanse las sentencias del Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de febrero de 2021 y de 8 de febrero de 2022, disponibles en <https://www.dgsi.pt/>). Si los derechos de las familias arcoíris son importantes, que lo son, también deberían serlo los de otros tipos o modelos familiares.

Cierto es que la autora sí se manifiesta a favor de extender el método también a situaciones que proceden de terceros Estados, cuando trata la filiación, porque es fuera de la UE donde se están estableciendo a través de la gestación subrogada. Pero a este respecto, como indicaba anteriormente, y con esto concluyo, entiendo que es perfectamente lícito rechazar el reconocimiento de la filiación conformada a partir de la contratación de un vientre de alquiler, porque coincido con el TS (y con los documentos que menciona el propio tribunal en la última de sus sentencias) en que vulnera el orden público español. No creo que exista la “autonomía de la voluntad procreacional” que se esgrime (p. 155), ni que tenga que ver con la garantía de derechos LGBTIQ+. Me hubiera gustado leer, por otra parte, por qué la autora considera que “es un debate mal orientado” (p. 57) sostener que, entre otras muchas otras consideraciones, el reconocimiento de la gestación subrogada conformada en otros Estados discrimina a las personas con menos recursos económicos, ya que soy de las personas que opinan de esta

forma (y no se explica el motivo de la mala orientación). Pero, en todo caso, incluso aplicando la solución propuesta en la monografía, creo que el orden público debe impedir el reconocimiento de esa filiación, pues en nada inciden motivos discriminatorios para sostener el no reconocimiento.

No quiero finalizar sin reiterar mi opinión positiva de la monografía. Resulta una obra de referencia en lo que respecta a la imbricación entre el ejercicio y la garantía de los derechos humanos y las metodologías empleables en el ámbito del DIPr; y será el estudio al que recurrir para comprender el estado actual del ejercicio de los derechos de las familias arcoíris en el ámbito de las situaciones privadas internacionales. Es, como he indicado, un análisis comprometido con los derechos humanos. Y creo que es de todo punto oportuno, diría que casi obligado, que desde la Academia se realicen trabajos con este enfoque de derechos humanos, porque es obligado promover y defender tales derechos, los de todas las personas: también las pertenecientes a minorías, máxime en la época de regresión que atravesamos. Hoy mismo (12 de mayo de 2024), el diario *El País* se hace eco de una encuesta de la FRA que revela que “La violencia y acoso contra la comunidad LGTBIQ (se encuentra), más alta que nunca en Europa” (Silvia Ayuso, *El país*, 14 de mayo de 2024, véase en <https://elpais.com/sociedad/2024-05-14/la-violencia-y-acoso-contra-la-comunidad-lgtbiq-mas-alta-que-nunca-en-europa.html>).

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS  
*Universidad Complutense de Madrid*



ESPÓSITO, Carlos, PARLETT, Kate, (eds.), *The Cambridge Companion to the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 2023, 528 pp.

La prestigiosa colección Cambridge Companion to Law (de la que forma parte, entre otros, el volumen *The Cambridge Companion to International Law* editado por J. Crawford y M. Koskeniemi en 2012) publica *The Cambridge Companion to The International Court of Justice*, del que son editores Carlos Espósito y Kate Parlett.

Kate Parlett, abogada internacionalista, ha representado a Estados y a empresas privadas en asuntos relativos a delimitación marítima y territorial, tratados de inversiones, sanciones... ante diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ha impartido, a su vez, cursos de Derecho internacional público, derecho internacional del medio ambiente, derecho internacional de los derechos humanos y arbitraje comercial en prestigiosas universidades.

Por su parte, Carlos Espósito, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid, es probablemente el autor español que más ha trabajado sobre la CIJ. Lo ha hecho desde que preparara su tesis doctoral, publicada como monografía en 1996 (*La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid: McGraw-Hill, 1996), hasta el reciente libro colectivo *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos* (Madrid: La Ley, 2022), editado junto con S. Torrecuadrada. Sus trabajos relativos a la CIJ se refieren, entre otras materias, a la función consultiva de la Corte (“La función consultiva de la Corte Internacional de Justicia como jurisdicción de apelación,” *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1996, pp. 65-96; “El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Kosovo,” *Revista Española*

*de Derecho Internacional*, No. 1, 2011, pp. 125-147; “¿Medidas provisionales en el procedimiento consultivo?”, en Susana Sanz Caballero y Ruth de María Abril Stoffels (coords.), *Retos de la jurisdicción internacional*, Civitas, 2012, pp. 139-152), a cuestiones relativas a la composición de la Corte (“Elección de Jueces e Independencia Judicial en la Corte Internacional de Justicia”, en *Principios y Justicia en el Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotons*, Dykinson, 2018, pp. 315- 322) y a su funcionamiento (Commentary on Articles 32, 33 and 64 of the Statute of the International Court of Justice, in Christian Tomuschat, Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm (eds.), *Commentary on the Statute of the International Court of Justice*, 9 Oxford University Press, 2006, pp. 507-532 and 1393-1399; 2nd edn. 2012, pp. 543-570 and 1598- 1604; Andreas Zimmermann and Christian J. Tams (eds.), 3rd edn. 2019, pp. 618-638; 639-646; 1775-1782). Paralelamente, Carlos Espósito, quien fue asesor en la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores durante los años 2001-2004, ha asesorado a Estados y Organizaciones internacionales y ha intervenido como consejero en diversos asuntos ante la CIJ.

Los perfiles curriculares de Carlos Espósito, profesor de Derecho internacional con práctica en labores de asesoramiento jurídico internacional, y Kate Parlett, abogada internacionalista con acreditada experiencia en la enseñanza del Derecho internacional, se complementan. Y el resultado de su colaboración ha sido la edición de un libro muy relevante y oportuno, del que merece destacarse, en primer lugar, la relación de 43 autores —todos ellos conocedores de la Corte y de su jurisprudencia—, que

firman los 22 capítulos del libro. Debe subrayarse también la oportunidad de esta obra, pues la Corte nunca había conocido de tantos asuntos como en la actualidad. A finales de mayo de 2024 están pendientes ante la Corte 24 asuntos —21 contenciosos y 3 consultivos— que se refieren a materias muy diversas: derecho de los tratados, controversias territoriales, derecho del mar, derecho internacional del medio ambiente, responsabilidad de los Estados, derechos humanos, derecho diplomático (locales, inmunidades), etcétera. Del mismo modo, nunca tantos Estados (29) —procedentes además de todas las regiones del mundo: África (4 Estados), América Latina y el Caribe (6), Asia y el Pacífico (4), Europa occidental y otros Estados (9) Europa Oriental (6), Asia (4)— habían participado ante la Corte.

El libro se estructura en 3 partes: *The role of the International Court of Justice (ICJ)* (5 capítulos), *The ICJ and International Dispute Settlement* (8 capítulos) y *The impact of the ICJ's jurisprudence* (9 capítulos), a las que precede una extensa *Introduction*, firmada por los editores de la obra, y que se cierra con un completo *Índice*.

La parte primera del libro ha sido redactada por 8 autores, 3 de ellos han sido o son jueces de la CIJ (James Crawford, Kenneth Keith y Dire Tladi); los otros 5 son profesores de Derecho internacional que han ejercido labores de asesoría jurídica en la propia Corte o en otros tribunales internacionales o internacionalizados, como el Tribunal de Reclamaciones EE.UU./Irán, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, u órganos internacionales de protección de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos) o para sus propios Estados en diferentes ámbitos.

El capítulo primero (*Functions of the International Court of Justice*), redactado por James Crawford, Freya Baetens

y Rose Cameron, es una interesante reflexión sobre la historia, composición y funcionamiento de la Corte, así como sobre su labor como órgano de solución de diferencias del Sistema de Naciones Unidas. Como se indica en la Introducción (pág. 2), este capítulo fue finalizado pocos meses antes del fallecimiento del Juez Crawford. El capítulo 2 (*The role of an ICJ judge*) tiene gran interés, pues analiza muchas de las cuestiones consideradas en el capítulo primero (composición, organización y funcionamiento de la Corte) desde la perspectiva de quien fuera uno de sus magistrados entre los años 2009-2015, Kenneth Keith. Sin duda, este capítulo complementa el anterior.

Los tres capítulos restantes de esta primera parte contribuyen a ofrecer una visión de conjunto de la CIJ como tribunal principal del Derecho internacional. Mientras el capítulo 4 (*The Institutional context of the International Court of Justice*, redactado por Tom Ginsburg) estudia el marco institucional en el que la Corte se mueve cuando adopta sus decisiones (relaciones con los Estados y con otros órganos de las Naciones Unidas), el capítulo 5 (*Assessing the effectiveness of the International Court of Justice*, escrito por Rotem Giladi y Yuval Shany) considera los elementos que inciden sobre la eficacia de sus resoluciones.

En términos generales esta parte primera sostiene que la CIJ ha sobrepasado la función de órgano para la resolución de controversias que expresamente le encomienda su Estatuto, para devenir pieza central en la determinación y aplicación del Derecho, esto es, en la consolidación y desarrollo del Derecho internacional, cuestión esta última que el capítulo 3 (*The role of the International Court of Justice in the development of International Law*, firmado por Dire Tladi) estudia expresamente.



La Parte II del libro, *The ICJ and International Dispute Settlement*, consta de 8 capítulos, redactados por 9 autores (profesores de Derecho internacional que han desarrollado labores de asesoramiento a Estados y práctica ante tribunales internacionales (Jean d'Asprement, James Devaney, Robert Kolb, Jean-Marc Thouvenim, Phillipa Webb) y por abogados internacionalistas (Callista Harris, Kate Parlett, Amy Sander, Samuel Wordsworth).

El capítulo 6 (*The Jurisdiction of the Court*) reflexiona sobre la falta de jurisdicción obligatoria de la Corte. Esta posibilidad fue descartada tanto en 1920 como en 1945. Jean-Marc Thouvenim considera que, pese a que la jurisdicción facultativa del tribunal ha contribuido a que las decisiones de la CIJ hayan tenido un alto nivel de seguimiento y ha sido acicate para que los Estados hayan acudido a otros medios de solución pacífica de controversias, hubiera sido bueno dotar a la Corte de una jurisdicción obligatoria.

Esta parte II contiene dos artículos dedicados al estudio crítico de la jurisprudencia de la Corte. Se trata de los capítulos 8 (*The International Court of Justice as the Master of the Sources*) — centrado en la jurisprudencia de la Corte sobre el art. 38 del Estatuto— y 10 (*The ICJ and Other Courts and Tribunals: Integration and Fragmentation*), en el que, a partir de la consideración de 3 temas (inmunidad del Estado, determinación del tipo penal del genocidio, y asistencia consular) que han sido objeto de consideración tanto por la CIJ como por otros tribunales (tribunales arbitrales, tribunales internacionales y tribunales de derechos humanos), se analiza la influencia recíproca de las jurisprudencias de unos tribunales sobre otros.

Los capítulos 7 (*Provisional Measures*), 9 (*Fact-finding and Expert Evidence*), 11 (*The Working Practices of the Court*) y

12 (*Procedure in Contentious Cases: Evolution and Flexibility*) parten de la parca regulación del Estatuto y de las Reglas de procedimiento de la Corte en determinadas cuestiones procesales. En general, la Corte ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre la adopción de medidas provisionales, que establece cuándo adoptarlas, para qué adoptarlas y el carácter vinculante de éstas (capítulo 7). J. Devaney (capítulo 9) se muestra más crítico con la jurisprudencia relativa al tratamiento de la prueba. El capítulo 11 trata sobre las prácticas de trabajo de la Corte, apenas enunciadas en el Estatuto y en las Reglas. En el capítulo 12 se hace una valoración positiva de la modificación por la propia CIJ de sus reglas de procedimiento, considerándose que esta modificación ha conseguido un difícil equilibrio entre flexibilidad y certidumbre.

Esta parte se cierra con un capítulo 13 (*Effective Advocacy at the ICJ*), en el que Kate Parlett y Samuel Wordsworth, a partir de su experiencia formulan ciertas consideraciones para una práctica eficaz de la abogacía ante la Corte.

La Parte III del libro se titula *The impact of the ICJ's jurisprudence*. Consta de 9 capítulos que estudian la contribución de la jurisprudencia de la CIJ en las principales áreas del Derecho internacional que han sido sometidas a su consideración. En esta ocasión, los autores de los capítulos son, con carácter general, profesores de Derecho internacional especialistas en la materia objeto de estudio.

Los capítulos y sus autores son: Capítulo 14: *The Law of Treaties*, redactado por A. Remiro Brotons; Capítulo 15: *Territorial Disputes*, escrito por Marcelo Kohen y Mamadou Heblé; Capítulo 16: *Law of the Sea*, Nilüfer Oral; Capítulo 17: *International Environmental Law*, Daniel Bodansky; Capítulo 18: *The Law of State Responsibility*, Federica Paddeu; Capítulo 19, *Jurisdictional Immunities*,

Roger O'Keefe; Capítulo 20, *The Use of Force*, Alejandro Chehtman; Capítulo 21, *International Organisations Law*, Jan Klebbers; y Capítulo 22, *Human Rights*, Carlos Espósito.

Todos los capítulos del libro cuentan con una selección bibliográfica, que los complementa bien porque, como se ha expuesto, los capítulos se han estructurado a partir del estudio de los textos normativos que rigen la Corte y de su jurisprudencia, fundamentalmente. Ello permite ofrecer una visión del trabajo, de la evolución y de la realidad de la Corte hecho en cierto modo desde su interior, a veces, como se ha dicho, de forma expresa.

El libro, que parte de la premisa de que la función principal de la Corte es ser órgano principal de las Naciones Unidas encargado del arreglo pacífico de las controversias, introduce progresivamente la idea de que la Corte, en el ejercicio de

su función, ha contribuido al desarrollo del derecho internacional, tanto en sus aspectos generales como en ámbitos materiales concretos.

Nos hallamos ante una obra general sobre la CIJ que puede leerse de principio a fin, como si de una monografía se tratara, pero también por capítulos sueltos, ya que éstos —casi ensayos— tienen identidad propia. En todos ellos el lector encontrará análisis y valoración crítica.

Por todo lo dicho, *The Cambridge Companion to the International Court of Justice* resulta una obra muy relevante. El libro realiza un estudio general, detallado, actual y crítico sobre la CIJ, que aparece además en un momento muy oportuno, de inusitada actividad de la Corte y, por lo tanto, cuando más se precisa de su estudio.

Santiago RIPOL CARULLA  
Universidad Pompeu Fabra

FACH GÓMEZ, Katia, *The Technological Competence of Arbitrators*, Cham, Springer, 2023, 180 pp.

El libro que aquí se recensiona viene avalado por la amplia experiencia y el prestigio de su autora en materia de arbitraje comercial y de inversión. La monografía se estructura en seis capítulos, cuyo orden permite seguir adecuadamente la construcción lógica del concepto de competencia tecnológica. Parte de su definición para ir luego a su regulación normativa, tanto interna como internacional, así como a quién debe ser tecnológicamente competente y a la importancia de contar con esta herramienta desde una perspectiva legal y económica. A partir de esta construcción se centra en la figura del árbitro y analiza tanto la regulación como las consecuencias de la falta de competencia tecnológica. Desde una perspectiva legal, ética y práctica

pretende ser un punto de partida al tiempo que una invitación a la comunidad académica a reflexionar y profundizar en este ámbito investigación.

En los capítulos 1 y 2 se analiza la decisión de digitalizar y promover el uso de la tecnología en el contexto de la justicia tanto interna como internacional, y las consecuencias de este proceso sobre los principales actores del ejercicio contencioso de la profesión, quienes se encuentran obligados a capacitarse adecuadamente para acompañar esta decisión. Tras un examen exhaustivo de doctrina, jurisprudencia y normas vinculantes y no vinculantes, entiendo que se trata de un deber de estos actores ya que la incapacidad o renuencia a incorporarla oca-

siona costos adicionales en los procesos de administración de justicia.

En el capítulo 3 la autora clasifica la aptitud tecnológica de los actores de los procesos de adjudicación de justicia dentro del derecho al debido proceso. Considera que se espera que todo proceso sea eficaz, que implícitamente significa que sea rápido, económico y que permita arribar a un resultado justo. La autora enlaza este concepto de eficacia del proceso con el deber de parte de abogados y jueces de incorporar conocimientos tecnológicos para un ejercicio más eficiente y rápido de su profesión. Destaca que la incorporación de esta habilidad en el ámbito de la práctica del derecho es un tema que ocupa a la academia, a los colegios de abogados, a la jurisprudencia y a las instituciones arbitrales. Reconoce que la adquisición de tecnología y la capacitación se traducen en costos elevados para los despachos de abogados por lo que, en el corto o mediano plazo, podría determinar que un grupo de abogados y adjudicadores de justicia terminen abandonando el mercado. Al mismo tiempo quienes son competentes tecnológicamente son requeridos por el mercado y en el ámbito de los árbitros se traduce en más designaciones a tribunales arbitrales. En el mismo capítulo reflexiona sobre de las amenazas o posibles daños que puede generar la incorporación de la tecnología con especial referencia a la situación de la inteligencia artificial (IA). Distingue dos áreas de acción de la IA: recopilación de datos e interpretación de datos. Subraya que la función de recopilación de datos, para asistir a los árbitros, es vista con beneplácito por la academia, mientras que la de interpretación de datos, que podría incluso reemplazar al árbitro en la toma de decisiones, es más controvertida. Se pronuncia sobre el alcance que debe permitirse a la participación de la IA en la adjudicación de justicia. Destaca que este punto es objeto de Recomendaciones emitidas tanto por

la OCDE como por la UNESCO, aún en etapa de desarrollo, así como lo que se conoce como la Ley de IA de la UE y el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre IA, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. Entre los principios comunes de estos textos la autora destaca: la imparcialidad, la no discriminación, la privacidad, la protección de datos, la transparencia, la solidez, la supervisión humana, la seguridad, la rendición de cuentas, la responsabilidad, etc. Concluye el que la IA en constante crecimiento irá penetrando paulatinamente en los ámbitos de toma de decisiones “cuya humanidad” se defiende con vehemencia hoy.

En el capítulo 4 la autora conecta el tema de la competencia tecnológica con la labor de los asistentes legales o secretarías del árbitro en la redacción del laudo arbitral, una cuestión que ha generado debate acerca de los límites de dicha participación, entendiéndose que, a los efectos de la validez del laudo, el límite se encuentra en la toma de la decisión, que nunca debe ser delegada por el árbitro. Da cuenta del giro que este tema ha tenido en los últimos años concluyendo que la calificación de “cuarto árbitro” con la que se le designaba a la secretaria legal para señalar anomalías o excesos en el ejercicio del rol de árbitro, se utiliza ahora más y más para referir a diferentes manifestaciones de la tecnología en el arbitraje. La inteligencia artificial es también referida por la autora en el Capítulo 6 en la etapa de elección de los árbitros, en este caso con una connotación positiva como forma de superar el dilema de la influencia de las conexiones y redes entre los árbitros para el logro de un mayor número de nominaciones. En el mismo capítulo analiza la situación de los asistentes no legales que cumplen el rol de implementar el uso de la tecnología desde la perspectiva de jueces, abogados y árbitros. El análisis de normas vinculantes y no vinculantes que regulan la acti-

vidad de jueces y abogados se proyecta luego por analogía hacia la actividad de los árbitros.

El capítulo 5 se centra en la regulación de la competencia tecnológica de los árbitros. Partiendo de la hipótesis de que los estándares aplicables a jueces y abogados terminan influyendo en la normativa vinculante y no vinculante que regula la actividad de los árbitros, y comienza con el análisis regulatorio de estas dos figuras, para luego interpretar la normativa que les es aplicable a los árbitros. La obra invita a los interesados en el arbitraje a reflexionar acerca de incorporar este deber en textos relativos a la ética de los árbitros (ej. códigos de conducta). Para ello recurre a los siguientes argumentos: la necesidad de adaptar las normas éticas a una realidad jurídica cada vez más tecnológica y a la transposición del derecho vinculante y no vinculante desarrollado en las distintas comunidades de abogados y jueces a la órbita del arbitraje. El objetivo de esta incorporación es lograr una mayor seguridad para los usuarios e incrementar la legitimidad del sistema de arbitraje. En principio, pese a que no se encuentra codificado, sugiere que podría interpretarse que se encuentra implícito en los deberes éticos de competencia, disponibilidad, diligencia, cualificación y/o formación continua. Otros deberes del árbitro en los que podría considerarse incorporado son el deber de confidencialidad, y el deber de preservar y proteger la integridad del proceso. Finalmente, también el deber de informar y prevenir ciberataques. Concluye que, por diversos motivos, entre ellos la antigüedad de los códigos de conducta, existe un vacío de regulación expresa de la competencia tecnológica.

Luego de un análisis profundo de la competencia tecnológica y su clasificación dentro de los deberes procesales y éticos del árbitro, el capítulo 6 se enfoca en la aplicación práctica de la teoría

planteada en el resto del libro. Presenta incluso sugerencias a las partes ante la escasa regulación del tema. Así, les aconseja que si resulta de especial interés que el árbitro tenga competencia tecnológica se llegue a un acuerdo por escrito en que se exija dicha competencia para ser parte del tribunal. La autora refiere a la recomendación de la CCI de 2017 a las partes respecto a preguntar al candidato acerca de su familiaridad y capacidad para utilizar la tecnología específica que desea implementarse en el proceso. Señala que instituciones como FINRA (Financial Industry Regulatory Authority) han dado un paso más para permitir recusar a un árbitro por incompetencia tecnológica. Plantea la situación las audiencias remotas, señalando que existe una amplia autonomía de la voluntad de las partes para optar por este tipo de audiencia, pero que requiere un conocimiento tecnológico mínimo para evitar los problemas que esta modalidad puede acarrear. Da cuenta de distintos modelos de acuerdos para recurrir a este tipo de audiencias que instituciones arbitrales como despachos de abogados han redactado. Destaca que el control de las audiencias remotas recae en la figura del árbitro y exige que los árbitros sepan como ejecutar todos los recursos necesarios para conducir este tipo de audiencia. Concluye que los árbitros que carezcan de este conocimiento tecnológico no podrán conducirlas adecuadamente. En el mismo capítulo considera la ciberseguridad en el arbitraje y su conexión con el deber de confidencialidad de los abogados. Destaca que los ciberataques se han vuelto una táctica común en el arbitraje, un fenómeno que genera gran preocupación en este ámbito. A consecuencia de incidentes de ciberataque los abogados pueden ser llamados a responsabilidad. Señala que las instituciones arbitrales tienen un rol fundamental en la protección de las partes de los ciberataques ya que poseen capacidad financiera como para hacer

frente a sistemas de seguridad aplicados al manejo de procesos judiciales. En este sentido la autora concluye que, ante la existencia de este tipo de prácticas, se vuelve a poner de manifiesto la necesidad adquirir ciertos conocimientos en temas de ciberseguridad ya sea a iniciativa propia de los árbitros o a través de entrenamientos organizados por las instituciones de arbitraje. Finalmente, el capítulo aborda el problema de la protección de datos, otro problema de constante evolución regulatoria y en expansión en temas de arbitraje. Cita como ejemplo el art. 32 del Reglamento General de Protección de Datos que resulta de aplicación a los arbitrajes que involucren ciudadanos de la Unión Europea. Protección que exige ser abordada no solo durante el proceso, sino que irradia sus consecuencias a procesos que ya han concluido. En definiti-

va, concluye que este tipo de obligaciones constituyen obligaciones trasversales que exigen competencia tecnológica de parte de los árbitros.

En definitiva, esta monografía supone una novedosa e interesante aportación a la reflexión sobre las consecuencias de la digitalización de los procesos de adjudicación de justicia. Se trata de una reflexión muy completa acerca de cómo esta decisión irradia hacia los actores del ejercicio contencioso de la profesión desde todas sus aristas, adquisición de una nueva competencia, ventaja económica, deber ético, pero a su vez integra el derecho de debido proceso y finalmente, pero no menos importante, la responsabilidad a la que se enfrentan aquellos que no acompañen esta nueva realidad.

Marcela TABAKIAN  
Universidad de Granada

FAGGIANI, Valentina (dir.), GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, (coord.), *La necesaria reconfiguración del derecho de asilo: entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, 2023. 311 páginas

Los derechos humanos se pueden ver constreñidos por actuaciones o situaciones que, de forma inherente, constituyan actos de violencia y amenaza a la integridad de las personas. Se pueden ver obligadas a huir de persecuciones o de sufrir daños. He aquí el contenido esencial, tanto formal como material, del derecho de asilo, anudado al derecho a la solicitud de protección internacional para materializar el refugio. Por medio de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 quedaron establecidos un elenco de criterios que, de cumplirse, todo Estado se encuentra obligado a atenderla. Constituye una obligación internacional.

Pues bien, este libro tiene como núcleo de estudio y análisis al derecho de asilo. Posee mucha trascendencia en el momento convulso actual que está aconteciendo a nivel internacional. Su lector puede encontrar en él unas investigaciones relevantes cualitativamente. Basta como ejemplo que cada contribución ha sido propuesta y valorada por un comité científico integrado por una doctrina académica de prestigio y reconocida, nacional e internacionalmente.

En consonancia es de destacar que esta obra se enmarca en la reconocida Cátedra *Jean Monnet*, cátedra universitaria otorgada por la Unión Europea. En su seno, más específicamente en su reseña-

ble módulo *Challenges to Justice in the EU: perspectives for reform*.

Este alcance se refuerza y se encuentra en una transversalidad disciplinar (Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derecho Administrativo, Derecho Público Comparado y Derecho Procesal) que viene a superar las fronteras científicas de investigadores pertenecientes a Universidades españolas (Granada o Cádiz, por ejemplo) y llegar a otras Universidades a nivel internacional (*De-gli Studi di Milano o Di Utrecht*). Es una realidad no impeditiva de un hilo argumental perfectamente construido.

En muchas ocasiones los libros de autoría colectiva denotan ser una sumatoria de contribuciones individuales e individualizadas que hace que llame la atención por su gran volumen de páginas. No es el caso. Estamos ante una obra acotada, con un hilo argumental estructurado coherentemente. Su trabajo, su lectura, es como la de cualquier otro libro de autoría individual. Presenta una construcción progresiva para llegar a unas conclusiones de conjunto. En este caso, son más amplias y desde diferentes puntos de vista sobre la base de un mismo grupo normativo regulador.

El tema nuclear, como ya se ha señalado, el derecho de asilo, denota una eminente consciencia social. ACNUR, la Agencia de la ONU para los refugiados, en 2022, contabilizó en el mundo treinta y tres millones de personas solicitantes de asilo y refugiados. Treinta y tres millones de personas se vieron obligadas a dejar su país. Treinta y tres millones de personas a incluir en los mercados de trabajo, pues el desarrollar una actividad laboral es clave para la integración social. No es una coyuntura. Es una realidad estructural de migración forzosa.

En esta realidad, el modelo europeo se caracteriza por reconocer derechos y obligaciones (morales y políticas) hacia

los nacionales de terceros Estados. Principalmente, en términos de protección internacional a personas perseguidas.

El derecho de asilo, con su reconocimiento y ejercicio, no sólo es fundamental, sino que también deviene en un tipo de canal de admisión, quedando en entredicho la independencia de la voluntad de los Gobiernos.

La situación que se vivió en Ucrania con la invasión rusa es un claro ejemplo. En menos de una semana, los Estados miembro accedieron a poner en marcha la Directiva de Protección Temporal, aprobada en 2001 pero, hasta ese momento, nunca utilizada.

Desde el establecimiento de los postulados de la política migratoria interna y externa de la Unión Europea en materia de derecho de asilo, hay un hilo conductor en el libro asentado en el Pacto sobre las Migraciones, el Sistema Europeo Común de Asilo, el impacto de la guerra de Ucrania sobre el derecho de asilo o los derechos ante la trata con fines de explotación sexual.

En éste subyace cómo Europa, si quiere seguir siendo referente (no modelo) en el derecho de asilo (con sus implícitos contenidos normativos y morales que lo desarrollan), ni ha de cuestionarlo, ni debería de cuestionarse. Para eso es necesario, en consonancia de cómo se titula el libro, una necesaria reconfiguración del derecho de asilo.

Así pues, para afrontar esta necesidad, llama la atención en la obra la selección, trato y análisis exquisito de la jurisprudencia —clásica o consolidada y reciente— afectante a los diversos temas y por los diferentes autores de los capítulos. Incluso, el diálogo entre Tribunales, que precisamente es tratado de una forma singular e innovadora.

En esta línea de reconfiguración, especial mención merece el capítulo que cierra la obra: el dedicado a la inteligen-



cia artificial. Son tratados sus límites en materia de gestión de entrada de los inmigrantes en la Unión Europea. Probablemente sea de los primeros estudios científicos que se pueden encontrar sobre la cuestión y que con rigor afrontan el tema.

Sin duda alguna, es clave la importancia que pueda llegar a tener esta inteligencia artificial (implementada adecuadamente) sobre la agilidad en los procesos administrativos, técnicos, jurídicos y políticos a seguir. Especialmente cuando nos encontramos en el contexto de un conjunto enrevesado y entrecruzado (a veces, hasta contradictorio) de reglas y de normas nacionales e internacionales.

No hay que olvidar, ni pasar por alto, los millones (crecientes) de personas existentes detrás de cualquier documento administrativo o acción jurídico-política en materia de asilo. No es un hecho baladí para obviarlo.

Todos estos temas y aspectos abordados son consustanciales para el éxito del libro en el ámbito de la academia y en el ámbito del ejercicio profesional por los operadores jurídicos. En pocas ocasiones se consigue, pero, en este caso, a buen seguro que sí. Se está ante una relevante e importante novedad bibliográfica en el ámbito de las migraciones merecedora de una especial atención.

Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ  
*Universidad de Granada*

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, *El soft law en el Derecho Internacional y Europeo: su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 327 pp.

Basta leer las primeras páginas de esta interesante y exhaustiva monografía sobre el *soft law* para que se revele ante el lector —incluso ante el lector menos perspicaz— que su autora, la profesora Teresa Fajardo del Castillo, es una persona tenaz y apasionada. Una persona tenazmente apasionada por el Derecho Internacional y, en particular, por el Derecho Internacional del Medio Ambiente. Además de ser una persona inteligente y con una inmensa capacidad de trabajo. Sólo así puede entenderse el proceso y el espíritu que la han llevado a escribir este sugestivo libro, cuyo inicial planteamiento sitúa la misma autora en su más temprana actividad investigadora.

En efecto, nos indica en la introducción de la obra que al realizar su tesis doctoral sobre la política exterior de la Unión Europea en materia de medio ambiente se encontró con que este sector

del ordenamiento jurídico internacional era, en aquel momento, un ejemplo paradigmático de la adopción y extensión de este tipo de normatividad relativa que conocemos como *soft law*. Desde entonces, tenazmente, sin desfallecer en el camino ni abandonar nunca el interés por el tema del *soft law*, la Dra. Fajardo ha ido tejiendo una amplia y exitosa carrera investigadora, que la ha situado, hoy día, como uno de los referentes españoles más destacados en el ámbito del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Con esta trayectoria consolidada, la profesora Fajardo ha entendido que, quizá, era ahora el momento de regresar al *soft law*, del que nunca se había ido del todo. Y ha hecho bien.

A mayor abundamiento, la profesora Fajardo nos anuncia también en el libro que en el futuro continuará su inveterada labor sobre el estudio del *soft law*, tanto



en el ámbito interno como en el internacional. Nos advierte así, de un lado, que ya está trabajando en un análisis de los denominados acuerdos internacionales no normativos, regulados en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales; de otro lado, nos dice, asimismo, que quiere dedicarse en el futuro a estudiar cómo la Unión Europea avanza en el cumplimiento de tratados internacionales con intensidades normativas variables a través de medidas unilaterales destinadas a influir en terceros Estados; y, finalmente, nos avanza también que en futuros trabajos examinará el papel del *soft law europeo* en los distintos sectores normativos del Derecho de la Unión Europea.

En todo caso, aunque no se trate de un punto final, porque la actividad investigadora universitaria es —por definición— siempre provisional, la obra que nos presenta ahora la profesora granadina resulta, a mi entender, una clara manifestación de su completa madurez académica e intelectual. Toda la monografía, escrita con una pulcritud y una claridad excelentes, está recorrida además por un completo y abundantísimo apoyo bibliográfico y documental, que pone de manifiesto la competencia y capacidad de la autora y su dominio de las fuentes de conocimiento. Las diecinueve páginas de actualizada y extensa bibliografía que acompañan la obra son demostración del inmenso capital académico que ha ido acumulando la Dra. Fajardo.

Ha hecho bien, por tanto, la profesora Fajardo elaborando y poniendo a disposición del público interesado esta monografía sobre un tema, sin duda, complejo, y en el que resulta necesario delimitar los contornos de la noción de *soft law* y determinar, asimismo, su alcance y efectos jurídicos. Con el bagaje que lleva a sus espaldas, la autora se mueve con comodidad —y con visión dinámica— entre la controversia doctrinal y el análisis

de una práctica internacional extendida en las últimas décadas, más aún cuando las fracturas y las faltas de consenso son mayores en una sociedad internacional en permanente cambio y con constantes episodios de desorientación y crisis.

Bajo otra perspectiva, debe indicarse también aquí que la profesora Fajardo inicia su monografía reconociendo que el uso del término *soft law* se ha generalizado en el idioma español, sin que la opción por la utilización de otras expresiones haya cuajado suficientemente. Leyéndola, evoqué, entre otros, al añorado profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo cuando denominaba Derecho Internacional en agraz a lo que, lamentablemente ya sin ningún resquemor lingüístico, conocemos ahora como *soft law*.

La monografía se estructura en cuatro capítulos, aunque, en realidad, más que ante una monografía, parece más bien que nos encontremos ante dos monografías. En efecto, pese a que los Capítulos I —la Introducción— y IV —las Conclusiones— vinculan las dos partes del estudio y hay otras conexiones a lo largo de la obra, entiendo que se encuentran perfectamente delimitados, de un lado, el análisis del *soft law* en el Derecho Internacional y, de otro lado, el del *soft law* en el derecho de la Unión Europea. La misma profesora Fajardo reconoce que el *soft law* plantea desafíos distintos en el Derecho Internacional en relación con los que plantea en el derecho de la Unión Europea. En este sentido, cada una de estas dos partes, los centrales Capítulos 2 y 3 de la monografía, podrían abordarse por separado y, a mi juicio, son merecedores de la completa autonomía analítica con la que se han elaborado y estructurado e, incluso, serían merecedores de una completa autonomía en lo que se refiere a la presentación o publicación de resultados.

En el Capítulo I, de carácter introductorio, creo que cabe destacar que la

autora realiza, al mismo tiempo, diversas operaciones intelectuales. De un lado, como es natural, explica y justifica su interés sobre el tema y, de ahí, los desarrollos y trabajos que a lo largo del tiempo la han llevado a terminar elaborando esta obra de madurez. De otro lado, también como resulta natural en un capítulo introductorio, presenta el contenido y la estructura de la monografía que el lector tiene entre sus manos. Todo ello lo hace, sin embargo, añadiéndole, como de pasada y sin darle apenas importancia, una completa y sintética aproximación teórico-doctrinal al concepto de *soft law* que, por sí sola, ya merece el aplauso por el claro hilo conductor que plantea, por la profundidad intelectual que refleja y por la claridad expositiva y de ideas con la que se presenta una dimensión que, por ser más teórica, podría resultar más compleja o ininteligible. Bajo este enfoque, resulta un capítulo introductorio excelente que, incluso, bastaría o sería suficiente para aquel lector que sólo requiriera de una aproximación panorámica y de síntesis general actualizada sobre la noción de *soft law* en el Derecho Internacional.

El extenso Capítulo II se dedica, como ya he indicado, al *soft law* en el Derecho Internacional. El Capítulo se estructura en nueve apartados en los que, fundamentalmente, se aborda el tema desde tres planos o perspectivas: desde la perspectiva de las fuentes o de la formación o creación del Derecho Internacional; desde la perspectiva de los actores participantes en su formulación, aunque se limita en este caso sólo a los actores no estatales; y desde la perspectiva de la aplicación y cumplimiento del *soft law*. Estas tres perspectivas centrales, desarrolladas en distintos apartados conexos, se acompañan de un primer planteamiento teórico sobre la definición de *soft law* en el Derecho Internacional y del análisis de los regímenes autónomos del

Derecho Internacional en los que el *soft law* desempeña un papel relevante.

De esta forma, después de plantear el debate doctrinal, ciertamente polarizado, entre los que, aún sin poder negar la existencia del *soft law*, se mantienen en la estricta dinámica binaria del derecho o del no derecho y los que aceptan una normatividad con distintas graduaciones o intensidades variables, la profesora Fajardo se adentra en las fuentes o, mejor todavía, en los procedimientos de formación del Derecho Internacional. Ello le permite poner el *soft law* en relación con los tratados internacionales, con la costumbre internacional, con los principios generales del Derecho Internacional y con las resoluciones y los actos normativos de las Organizaciones internacionales. En cada una de estas esferas de conexión la Dra. Fajardo demuestra que el *soft law* opera con un efecto rompedor, ensanchando las costuras de las distintas categorías de fuentes, en particular en relación con los tratados. En relación con estos últimos, por ejemplo, nos indica que pueden ser el último estadio de un *iter* normativo iniciado en el *soft law* y nos confirma también que en la práctica internacional se ha extendido la formulación de intensidades normativas distintas o variables en un mismo tratado internacional, ofreciendo así a los Estados mayores capacidades discrecionales en el cumplimiento de sus obligaciones y equilibrando los diversos intereses en presencia.

Planteada la influencia creciente de los actores no estatales en la adopción de *soft law*, la profesora Fajardo se adentra seguidamente en la exposición panorámica de los principales sectores materiales o regímenes autónomos del Derecho Internacional en los que entiende la autora que el *soft law* ejerce un papel significativo. Se refiere, así, al Derecho Internacional Económico, al Derecho Internacional de las Inversiones, al De-

recho Internacional de los Derechos Humanos, y a otros sectores que, sin duda, son de especial predilección para la autora, como el Derecho Internacional del Medio Ambiente, el Derecho Internacional del Mar o los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Precisamente, una de las conclusiones principales que presenta la Dra. Fajardo en su estudio es la de que, en todos estos sectores o regímenes autónomos, el *soft law* constituye, claramente, un rasgo común característico.

El Capítulo III se ocupa del *soft law* en la Unión Europea. Aunque, quizás, hubiera sido más indicado referirlo al *soft law* en “el derecho” de la Unión Europea, entiendo que la profesora Fajardo lo titula así porque, entre otros aspectos, dedica un apartado final del capítulo al *soft law* en la acción exterior de la Unión Europea, es decir, a la participación de la Unión Europea en la formación del *soft law* internacional. Más allá de este apartado final, lo cierto es que la estructura analítica de este Capítulo 3 es distinta de la empleada en el Capítulo 2 porque, no en vano también, son distintos los desafíos que presenta el *soft law* en ambos ordenamientos jurídicos —el internacional y el europeo—, y en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea el *soft law* manifiesta unas características propias.

En todo caso, después de las referencias a una posible definición del *soft law* en el derecho de la Unión Europea y del *soft law* en relación con el método comunitario y el sistema de atribución de competencias, la autora aborda en los nueve apartados del Capítulo III un enfoque centrado, asimismo, en tres grandes perspectivas: una perspectiva sobre las instituciones europeas y el *soft law*; otra perspectiva sobre las fuentes formales o procedimientos de formación del derecho de la Unión Europea, incluidos los instrumentos de *soft law*, de los que realiza una detallada taxonomía (refiriéndose, entre otros instrumentos o ac-

tos atípicos, a las recomendaciones, los dictámenes, las comunicaciones, los códigos de conducta, los libros blancos, los libros verdes, las estrategias y los planes o programas de acción); y, finalmente, la perspectiva del control de la aplicación, con un apartado dedicado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el *soft law*.

Considera la profesora Fajardo que en el derecho de la Unión Europea el *soft law* no es un simple reflejo de la misma presencia que tiene en el Derecho Internacional, confiriéndole una función metajurídica en tanto que instrumento de acción política que impulsa avances y desarrollos en el proceso de integración europea, rompiendo así también los moldes del derecho derivado y de sus previsiones en los tratados constitutivos. En este sentido, las instituciones pueden utilizar el *soft law* para llevar a cabo una aproximación o una armonización encubierta de sectores competenciales en los que los Estados Miembros no están todavía en condiciones de alcanzar consensos o mayorías, eludiendo así, en ocasiones, al Parlamento Europeo y poniendo en peligro el principio del equilibrio institucional. En todo caso, lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, se ha mostrado reacio a la hora de asumir su obligación de entrar a conocer el *soft law*. Discrepando de esta práctica jurisprudencial, la Dra. Fajardo sostiene con rotundidad que el Tribunal de Justicia también debería enjuiciar el *soft law* para ejercer su función de garantía de los principios de equilibrio institucional y de seguridad jurídica, fundamentales en una comunidad de derecho como es la Unión Europea.

Finalmente, en el Capítulo IV la autora nos presenta detalladamente las catorce conclusiones de su estudio en las que relaciona el *soft law* internacional y el *soft law* europeo, y afirma ya inicialmente, y con determinación, que el *soft law* ha venido para quedarse, tanto en el Derecho

Internacional como en el derecho de la Unión Europea. Deja claro también que el *soft law* constituye una nueva forma de creación de disposiciones con intensidad normativa variable y que, en este sentido, con toda su versatilidad —y, asimismo, con toda su virtualidad—, pese a expresar, ciertamente, la ausencia de los consensos suficientes, el *soft law* está, en su opinión, al servicio de la búsqueda de estos consensos y de la formulación de políticas públicas globales, ya sea para el progreso y la satisfacción de intereses y necesidades colectivas de la sociedad internacional o para el progreso del proceso de integración europeo, según nos refferamos al *soft law* en el Derecho Internacional o al *soft law* en el derecho de la Unión Europea.

Finalmente —y con unas innegables dosis de optimismo, fruto también de su tenacidad y de su pasión—, creo que la Dra. Fajardo ha intentado explicarnos de manera fundamentada aquello que ha incorporado en el subtítulo de la monografía que nos ocupa, es decir, la capacidad del *soft law* para dar respuesta a los desafíos normativos actuales. En este sentido, el *soft law*, como ha desarrollado la profesora Fajardo en toda la monografía objeto de este comentario, persigue el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en materias o sectores de enorme importancia, pero en los que, todavía, resulta difícil el acuerdo. Constituye, así, un instrumento de avance y progreso del Derecho Internacional y de la sociedad internacional, con —me permitiría

añadir— esa vocación con tendencia a la universalidad de construir una sociedad y unas relaciones internacionales más pacíficas, justas y sostenibles. Es decir, poniendo el foco, en última instancia, en la función transformadora del derecho y del Derecho Internacional en su más pura esencia.

Una función transformadora y una visión que, desde la academia, entiendo que debe abordarse con coraje y con un emprendimiento como el que lleva a cabo la profesora Fajardo. Se trata de no hacerlo desde el puro activismo o desde la política, sino desde la racionalidad científica y académica, pero consiguiendo, al mismo tiempo, que esta racionalidad científica y académica no acabe resultando, de tan aséptica y neutra, aislada de la realidad social que rodea a todo investigador universitario y condiciona su labor y su compromiso intelectual.

Es por todo ello por lo que subrayaba al inicio de esta reseña tanto la tenacidad y pasión o inquietud intelectual de la Dra. Teresa Fajardo del Castillo, como su inteligencia y capacidad de trabajo. La profesora granadina reúne plenamente estas cualidades y el resultado está enteramente a la vista en esta excelente monografía que, a mi parecer, satisface cumplidamente las ambiciones que la autora manifiesta al final del capítulo introductorio.

XAVIER PONS RAFOLS  
*Universitat de Barcelona*

FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria (dir.), *Cambio climático y desplazamientos. El Sahel como caso de estudio*, Navarra, Aranzadi, 2023, 369 pp.

El cambio climático y su impacto en determinadas regiones y poblaciones, incidiendo específicamente en aquellas personas que se han visto obligadas a

desplazarse, es el objeto de estudio central que atraviesa todo este volumen. De esta manera, situados en la región del Sahel, se investiga alrededor de los efectos

medioambientales, políticos, económicos y culturales derivados de la crisis climática, a la que está extremadamente expuesta esta zona. Esta situación se añade a la coyuntura general y estructural de (in)seguridad en el Sahel, inducida por conflictos armados, terrorismo, pobreza extrema, fragmentación e inestabilidad política, presión demográfica o la violación de los derechos humanos. Esto lleva a reflexionar sobre las garantías jurídicas de la población que se ve directamente afectada por las consecuencias de la “crisis multicausal” en la región (p.244), concretamente en torno al cambio climático como “multiplicador de riesgos” y a las poblaciones que están involucradas en los desplazamientos forzosos (p. 313).

En este marco contextual, y desde un enfoque principalmente jurídico e internacionalista, se establece una profunda y pertinente reflexión que versa sobre la protección jurídica que se ha de garantizar a las personas víctimas de los efectos medioambientales y por la movilidad en el Sahel. Esto promueve un interesante debate sobre el estatuto jurídico de los *desplazados medioambientales*, sobre el vacío de regulación en el Derecho Internacional Público en torno al nexo cambio climático-desplazamientos, y sobre la necesidad específica de protección jurídica de grupos vulnerables que se ven mayormente afectados por las consecuencias de las condiciones climáticas extremas en la región.

Este libro, dirigido por la profesora y experta en la materia Gloria Fernández Arribas, de manera muy adecuada se divide en tres partes que profundizan en diferentes ejes temáticos clave a propósito del calentamiento global y las movi- lidades forzosas. La investigación aborda, primero, la protección jurídica en el Derecho Internacional Público sobre los desplazamientos por motivos climáticos. En segundo lugar, la cuestión de (in)seguridad en el Sahel y el papel de los ac-

tores políticos y jurídicos internacionales en esta materia. Finalmente, los elementos específicos que ponen en riesgo a los grupos más vulnerables frente a esta situación de crisis poliédrica regional.

De esta manera, la primera sección *Cambio climático, desplazamientos y respuesta jurídica* ahonda a lo largo de los primeros cinco capítulos (1-5) en el marco jurídico del Derecho Internacional Público en materia de cambio climático y desplazamientos forzados, dando cuenta de las lagunas jurídicas existentes y planteando reflexiones y alternativas en relación con el estatus jurídico y con la garantía de protección de las personas desplazadas.

La apertura de este apartado la realizan Nuria Hernández y Anastasia Herranz quienes, situadas en la región del Sahel Occidental, identifican los múltiples retos derivados del cambio climático e interrelacionados con otros conflictos en la zona. A propósito de la laguna existente en el Derecho Internacional, introducen el término de *refugiados climáticos* o *medioambientales*, una posibilidad de estatus jurídico cuyo propósito es garantizar una mayor protección jurídica a las víctimas de estos desplazamientos. Por otro lado, investigando la evolución del régimen jurídico internacional, Enrique del Álamo Marchena se centra en la trayectoria de la Conferencia de las Partes (COP) desde sus inicios hasta la actualidad. De este modo, destaca especialmente el valor de la Conferencia Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Mecanismo Internacional de Varsovia de Pérdidas y Daños, que contempla un equipo de tareas sobre desplazamientos, como herramientas imprescindibles en el avance sobre el reconocimiento normativo en torno a cambio climático y movilidad.

En consonancia con los capítulos anteriores, la profesora Teresa Fajardo aborda los vacíos normativos existentes

en el Derecho Internacional Público focalizando su estudio en el marco normativo europeo y en las políticas y estrategias de seguridad y de Cooperación al desarrollo de la Unión Europea (UE), vinculadas al nexo migración-cambio climático. Además, la autora se ubica en el Sahel con el objetivo de investigar la incorporación de las demandas contra el cambio climático por parte de la Unión —como se refleja en la Estrategia integrada para el Sahel—, para finalmente analizar las relaciones de cooperación entre la UE y los proyectos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Siguiendo la línea anterior, la profesora Gloria Fernández Arribas ahonda en la ausencia de protección y de categoría jurídica de las personas desplazadas por los efectos de la crisis climática desde el punto de vista del Derecho Internacional Público y el Derecho de los refugiados. Así, Fernández Arribas examina la jurisprudencia existente que se aborda desde parámetros similares, como la protección internacional y el principio de *non refoulement*, con el objetivo de estudiar las opciones de respuesta que se plantean en el marco normativo europeo a la situación de los desplazados medioambientales transfronterizos.

El profesor Alfredo Dos Santos Soares será el encargado de finalizar esta primera sección con un texto que revisa la trayectoria en materia de protección a las personas desplazadas internamente (IDPs) en el marco de la Convención de Kampala (CK), aprobada por la Unión Africana en 2009. Con este propósito, efectúa una concisa revisión sobre la coyuntura de las movilidades forzosas en el Sahel para, posteriormente, indagar en el contenido de la CK cuyo enfoque central prioriza los derechos humanos. A través de las políticas públicas que emergen de la Convención, se constituye como una herramienta necesaria para la prevención y protección de los individuos

desplazados a consecuencia del cambio climático.

La segunda parte del tomo *Cambio climático y seguridad en el Sahel* comprende los cuatro capítulos siguientes (6-9), cuya temática central es la *crisis de seguridad* multidimensional en la región saheliana. Algunos de los conflictos principales mencionados son: la inestabilidad y fragmentación política, los grupos armados y los grupos terroristas, los conflictos internos, la presión demográfica o la falta de recursos básicos. Esta desestabilización, inseguridad y violencia en la zona señalada se ve incrementada por la situación de crisis climática e interrelacionada con la movilidad forzosa.

Este apartado da comienzo con el escrito de Fernando Sánchez Rodrigo, quién explora las características del Sahel desde la climatología, con la finalidad de establecer posibles relaciones causales entre los desplazamientos forzados y el cambio climático. En este sentido, Sánchez Rodrigo estudia la evolución, las características y las tendencias del clima —atendiendo a las precipitaciones y temperaturas— en la región, es decir, el clima observado a lo largo de un extenso período de tiempo; para luego plantear proyecciones futuras utilizando modelos climáticos y definiendo diferentes escenarios en base al Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC). Por otro lado, prestando especial atención al cambio climático y a los flujos migratorios medioambientales como elementos de inseguridad en la zona, Ricardo J. Valdés realiza un análisis sobre el abordaje de “la situación de violencia generalizada” (p.169) desde el punto de vista de la Seguridad y la Defensa europea y más concretamente, española.

La economista Laure Gnassou enfoca su investigación en el caso particular de Burkina Faso, que le permite reflexionar sobre las vulnerabilidades y la *crisis de seguridad* que afronta la región saheliana.



na. Para ello, profundiza en los efectos climáticos y en los movimientos migratorios forzosos en el Sahel, que deriva en una interesante reflexión sobre la capacidad de resiliencia de Burkina Faso ante el deterioro medioambiental. A continuación, Alejandro Manzorro Reyes trata esta situación de inestabilidad regional superpuesta a las crisis inducidas por el COVID-19 y la guerra de Ucrania. Partiendo de este contexto, el autor analiza con perspectiva de género los elementos estructurales que generan inseguridad en torno a los ejes de la educación, la violencia y los desplazamientos forzados.

La sección *Cambio climático, desplazamientos y grupos vulnerables* da lugar a la tercera y última parte de este libro, compuesta por los ocho capítulos finales (10-17). El apartado más extenso del volumen versa sobre las consecuencias específicas de la conexión cambio climático-desplazamientos forzosos en los grupos que —atravesados por su condición de género, edad, clase socioeconómica, etnia o discapacidad— presentan una mayor vulnerabilidad y menos recursos para hacer frente a estas situaciones de inseguridad. Así como el marco normativo específico que regula la protección y situación de las personas afectadas por estas situaciones.

El profesor Daniel Gracia Pérez inicia esta sección con un trabajo que ahonda en la protección jurídica y las lagunas existentes en el Derecho Internacional en relación con los grupos vulnerables —por motivos de género, edad y/o discapacidad— que se ven obligados a desplazarse internamente y de manera temporal por causas exógenas en el Sahel. En este sentido, realiza una extensa revisión del marco jurídico existente, de las condiciones específicas de vulnerabilidad de estos grupos y plantea la adaptación de la respuesta humanitaria hacia los personas más vulnerables desplazadas. Continuando con esta perspectiva jurídica,

M.<sup>a</sup> del Rosario Carmona Luque enfoca su investigación en el caso de la infancia y adolescencia como grupo vulnerable ante los fenómenos climáticos y los movimientos migratorios forzosos y simultáneamente, como titulares de derechos ante el Derecho Internacional. Incide en la relevancia del Proyecto de Observación General n.º.26 (202X), sobre los derechos del niño y el medio ambiente, para luego tomar el caso *Sacchi, et al. v. Argentina, et al.*, que reconocen a los niños y niñas como agentes de sus propios derechos frente a los daños climáticos.

Siguiendo con la línea anterior, la profesora Laura García Martín se focaliza en la eficacia de la litigación climática estratégica en la preservación de los derechos de la infancia ante los efectos medioambientales en la región saheliana. Los niños y niñas, que presentan una “vulnerabilidad ampliada” en torno a cuestiones clave para su desarrollo (p. 267), precisan de una mayor protección jurídica. Así, la litigación por el cambio climático se presenta como una herramienta para el avance en el Derecho Internacional Público y la exigencia de responsabilidades resultado del calentamiento global a los Estados, en “una búsqueda de justicia climática intergeneracional” (p.272). De la misma manera, Yawo Sema aborda la crisis multidimensional del Sahel y su efecto en el irrespeto de los derechos básicos, fundamentalmente de la infancia, como es la educación o un medio ambiente saludable. La autora, además, propone herramientas y estrategias para la promoción de estos derechos, donde tienen un papel principal los estados nacionales y la comunidad internacional.

Los dos siguientes capítulos afrontan la problemática de la trata de seres humanos en relación con la emergencia climática y la movilidad. En primer lugar, Carmen Pérez González investiga la normativa jurídica internacional existen-



te y sus lagunas en materia de trata de personas vinculada a los efectos de la crisis medioambiental, como exponente de vulnerabilidades y flujos migratorios forzados. En segundo lugar, Lucas J. Ruiz Díaz examina la conexión entre la trata de seres humanos y el crimen organizado transnacional (COT). Con este objetivo, Ruiz Díaz tras realizar un análisis sobre los factores de conflictividad en la región del Sahel, aborda los efectos de la crisis medioambiental en la movilidad, que expone a las personas más vulnerables de caer en redes de trata donde el COT tiene un papel central. Además, analiza las políticas y organismos internacionales —como las Organizaciones regionales (OORR)— y sus actuaciones en materia de prevención y lucha contra la trata en esta zona.

Finalmente, los dos últimos capítulos abordan la implicación de los efectos medioambientales y los movimientos migratorios en los territorios y comunidades indígenas. En este sentido, Susana Borràs-Pentinat expone los riesgos y vulnerabilidades sociales, económicas y culturales específicas de las poblaciones indígenas en la coyuntura de crisis ambiental y extractivismo. Frente a la privación de sus medios de subsistencia y de su marginación en la toma de decisiones,

los desplazamientos forzados funcionan simultáneamente como una pérdida de sus identidades, ecosistemas y formas de vida y, por otro lado, como un ejercicio de resistencia ante la violencia extractivista. En consecuencia, Luisa Castañeda Quintana estudia desde un enfoque de políticas públicas los impactos de la crisis climática en los Pueblos Indígenas del Sahel y propone soluciones ante su exclusión política, con el objetivo de reconocer y garantizar sus derechos, sus formas de subsistencia y su identidad como comunidad.

Ante la situación en la región saheliana, que presenta condiciones coyunturales críticas tanto en relación con el medioambiente como con las estructuras políticas, económicas y sociales, este libro contribuye de manera precisa y esclarecedora en la investigación en torno a los efectos de la crisis climática. Profundizando en las garantías jurídicas del Derecho Internacional Público y en las medidas políticas internacionales que deben asegurar una protección a las poblaciones —atendiendo a aquellos grupos más vulnerables— que se ven obligadas a desplazarse de manera forzosa.

Mireia DELGADO CASTRESANA  
*Universidad Complutense de Madrid*

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (coord.), *El Derecho Internacional Privado ante la(s) crisis de la globalización. III Foro europeo de Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 2023, 240 pp.

Al amparo del III Foro europeo de Derecho Internacional Privado, celebrado en la Universidad de Alcalá los días 13 y 14 de octubre de 2022, bajo la dirección de la profesora Ana Fernández Pérez, surge esta publicación con nueve contribuciones, estructurada en capítulos, en que se tratan temas diversos, sin aparente vinculación entre sí, aunque

constituyen todos ellos análisis de cuestiones relevantes para nuestra disciplina, bien por su propia formulación prospectiva, como puede ser la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible en las normas de Derecho Internacional Privado, o los desafíos que presenta la adaptación de las normas sobre responsabilidad civil a la inteligencia artificial o

la gestión de los criptoactivos, bien por aportar algo más de luz ante temas más clásicos como la interpretación autónoma por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de conceptos tales como la materia contractual y extracontractual, pasando por el Derecho interregional o el muy presente tema de la libre circulación de familias en el espacio europeo. Variedad y riqueza que es traslación del Foro que las ha acogido, que se ha convertido en una cita anual indispensable para tomar el pulso al Derecho Internacional Privado.

Pues bien, sin introducción de contexto, abre la obra el capítulo elaborado por el profesor de la Universidad de Oxford, Johannes Ungerer, ««Nudging» en el Derecho Internacional Privado. El diseño de los puntos de conexión a la luz de la economía conductual», que ha sido traducido por la profesora Ana Fernández. Se trata de un capítulo sugerente, de carácter dogmático, en el que se aborda la influencia de la economía conductual, o también denominada por el autor, economía del comportamiento, en la determinación del Derecho aplicable. Este método, que se plantea como complementario al análisis económico del Derecho, orientado este último, fundamentalmente, a lograr la eficiencia, apuesta por conceder un mayor grado de atención a los criterios subjetivos de elección del Derecho aplicable, puesto que considera que mejor será esta elección, que recurrir a unos criterios objetivos predispuestos por el legislador, a los que califica como paternalismo libertario, que no siempre tienen en cuenta todos los intereses privados en contienda.

En el capítulo 2, «El Derecho Internacional Privado ante el desarrollo sostenible», escrito por la profesora Fernández Pérez, se encuentra una de las paradas obligatorias del libro. Desde la premisa de que es preciso «repensar» el Derecho Internacional Privado desde la sostenibi-

lidad, y distinguiendo entre una función reguladora y una función habilitadora de esta disciplina, se presentan una serie de desafíos para que el Derecho Internacional Privado pueda contribuir a la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible, aludiendo a ejemplos concretos como, por ejemplo, todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad social corporativa, el medio ambiente o el cambio climático. El enfoque es muy inspirado y puede suponer una invitación a acercarse al Derecho Internacional Privado desde un prisma diferente, el de la sostenibilidad, que, es cierto, no ha sido muy desarrollado, al menos en nuestro país. Sobre esta materia, de sumo interés es el trabajo, que cita la profesora Fernández en el suyo, de R. Michaels, V. R. Abou-Nigm, H. Van Loon y S. Zeh, *The Private Side of Transforming our World*, Intersentia, 2021.

El capítulo 3, «A vueltas con la vecindad civil vasca: una selección de problemas irresueltos y posibles cauces de solución», a cargo del profesor Álvarez Rubio, es un aporte de Derecho interregional escrito por uno de los más destacados expertos en esta materia. Así que leerlo supone sumergirse en un viaje en el que el profesor Álvarez aporta su visión crítica y constructiva de lo que ha dado de sí el recorrido de la *Ley 5/2015, de Derecho civil vasco*, aderezado con la jurisprudencia que se ha ido elaborando, y poniendo especial énfasis en la concreción de la vecindad civil como punto de conexión que vertebra el sistema español de Derecho interregional.

El capítulo 4, «Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial y vehículos automatizados: compatibilidad con las normas de Derecho Internacional Privado», del que es autor el profesor Lafuente Sánchez, es otras las delicias que encontramos en este libro. Tras analizar en una primera parte los textos normativos que hacen

referencia a la responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación y de productos defectuosos, emprende luego un análisis pormenorizado tanto de los desafíos que para la responsabilidad civil aportan los vehículos automatizados como la normativa específica que ha ido ya abordando este tema. En este sentido, de particular importancia es la Resolución del Parlamento Europeo, de 2020 que incluye una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial. A juicio del profesor Lafuente, *“de aprobarse los textos legislativos propuestos..., las normas de conflicto de carácter unilateral en ellos incluidas pueden plantear problemas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivada del uso de los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la conducción automatizada, porque, de una parte, los instrumentos ya existentes serán de aplicación con carácter general en aquellos casos en los que el daño causado por un sistema de inteligencia artificial no tenga lugar en el territorio de la Unión Europea y, de otro, complicarán aún más la previsibilidad en los supuestos en los que los daños se produzcan dentro del territorio de la Unión, debido a la coexistencia de diversos instrumentos normativos de aplicación en esta materia”* (p. 126). Se trata de un tema en construcción sobre el que el autor ha publicado recientemente una monografía y que adquiere singular interés tras la aprobación el pasado 13 de marzo de 2024 por el Parlamento Europeo del Reglamento de inteligencia artificial (en estos momentos, a la espera de su publicación en el Diario Oficial).

Quizás por tratarse también de una materia cuya regulación se está desarrollando en estos momentos, situaría por proximidad al anterior el capítulo 8, elaborado por el profesor Medina Ortega, sobre “La aceptación de activos digitales como garantía jurídica”, en el que reali-

za un recorrido de los trabajos llevados a cabo en el *European Law Institute*, institución de naturaleza privada, sobre los criptoactivos y de forma más breve hace referencia a algunas de las cuestiones presentes en la entonces propuesta de la Comisión europea, hoy ya *Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937* [DO L 150, de 9 de junio de 2023].

A continuación el capítulo 5, “La incidencia de los conceptos autónomos de celebración del contrato y de oferta contractual en la calificación de las acciones judiciales en la contratación con consumidores”, realizado por el profesor Paredes Pérez, aborda con solvencia un tema clásico de nuestra disciplina, pero no por ello menos interesante como es la calificación autónoma del concepto “materia contractual”, desde la doble óptica del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012, que regula el foro especial por razón de la materia en el ámbito contractual y el artículo 17 del mismo texto que hace lo propio en lo relativo a los contratos de consumo comprendidos en la sección cuarta del Reglamento. El autor pone de manifiesto que el concepto de materia contractual no es idéntico en ambos preceptos, siendo más amplio en el primero, pues basta para entender que existe contrato la presencia de un compromiso voluntario libremente asumido por las partes, a diferencia del artículo 17 que exige la previa celebración de un contrato.

Muy relacionado con este tema está el capítulo 7, “Aplicación de la jurisprudencia *Wikingerhof* del TJUE sobre delimitación entre materia contractual y extracontractual a supuestos de infracción del secreto comercial”, escrito por el profesor Ruiz Rodríguez, en el que se aborda

la controvertida delimitación entre materia contractual y extracontractual, aportando la STJUE de 24 de noviembre de 2020, asunto C-59/19, *Wikingerhof* cierta luz, a juicio del autor, sobre el asunto, aunque siguen existiendo dudas sobre el criterio de la “indispensabilidad” de la interpretación del contrato. A su juicio, “[e]ste grado de inseguridad jurídica crea una especie de dilema de Shrodinger, que implica que la naturaleza contractual o extracontractual de una reclamación dada no podrá determinarse realmente hasta que el TJUE decida en última instancia sobre las particularidades del caso” (p. 193).

Hay otros dos trabajos que abordan la misma temática, aunque con diverso enfoque y con diferentes resultados, como el muy bien planteado por la profesora Parra Rodríguez, “Los obstáculos instrumentales en la europeización del Derecho de familia” y otro más modesto presentado por Dario Menichini, “Estado civil transfronterizo y reconocimiento de decisiones en la Unión Europea”.

En el capítulo 6, la profesora Parra Rodríguez, analiza uno de los temas que en el momento actual presenta mayor “ebullición” debido a las dificultades, puestas de manifiesto por la autora, con las que se encuentran las familias en el seno de la Unión Europea al hacer uso de su libre circulación. Como bien apunta, el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 [DO L 200, de 26 de julio de 2016]* no resuelve la cuestión,

pues no contempla el reconocimiento jurídico en el resto de Estados miembros de las cuestiones de familia establecidas en otros Estados miembros. Más bien, lo que hace es aflorar las dificultades de aplicación de este Reglamento, pues los documentos públicos no hacen más que trasladar la regulación material que muchas veces no converge con la de otros Estados miembros, por lo que la necesidad de avanzar en esta materia para garantizar la libre circulación de personas y familias en el espacio de la Unión Europea es urgente, algo que solo podrá venir desde la necesaria profundización en el reconocimiento mutuo. Vinculado con esta temática, como apuntamos, está el capítulo 9, desarrollado por Dario Menichini, “Estado civil transfronterizo y reconocimiento de decisiones en la Unión Europea”, que complementa al anterior.

Se trata, en fin, de un libro variado, con contribuciones de calidad en el que se abordan cuestiones actuales relacionadas con el Derecho Internacional Privado. Muchos de los trabajos, además, suponen nuevas vías de investigación y desarrollo de las que se seguirá hablando mucho en los próximos años, por lo que, sin duda, es un libro de lectura recomendable.

Este libro ha sido editado por Aranzadi y financiado por el proyecto Jean Monnet 101081721. EU-PRILAW. Cuenta con 233 páginas.

Antonia DURÁN AYAGO  
Universidad de Salamanca

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (coord.), *La situación de Ucrania ante el Derecho Internacional (perspectiva iberoamericana)*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2023, 542 pp.

Esta obra colectiva, coordinada por el profesor Pablo Antonio Fernández Sánchez, es el resultado de las aportaciones presentadas al Congreso Extraordinario del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), celebrado el 12 y 13 de mayo de 2022 en Sevilla, escasos meses después del inicio de la agresión a Ucrania por la Federación Rusa. El libro presenta pues una primera virtud, la de la oportunidad, puesto que constituye uno de los primeros y más completos estudios en español de todo el conjunto de cuestiones que plantea el conflicto de Ucrania desde una perspectiva jurídico-internacional. Le acompaña la pluralidad de visiones que proporciona la incorporación de una perspectiva iberoamericana y la participación de autores de ambos continentes. Se añade la amplitud y profundidad del análisis realizado, gracias a la metodología seguida en el Congreso extraordinario en el que el desarrollo del tema de cada una de las cuatro ponencias principales se compartió por tres relatores y se completó con las comunicaciones de otros Miembros y Asociados del IHLADI, e investigadores no vinculados formalmente al Instituto.

El resultado, como se señala acertadamente en el prólogo, es un libro monumental, que se estructura en cuatro partes, que se corresponden con las ponencias principales, y en las que el conflicto de Ucrania se examina a la luz de la intervención y el papel desempeñado por los órganos de Naciones Unidas, del Derecho Internacional de los conflictos armados, del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional Privado.

Así, la Parte I, titulada “Conflicto de Ucrania, Derecho Internacional y Naciones Unidas”, se abre con el trabajo de

Ricardo Abello-Galvis sobre “El Consejo de Seguridad y su obligación de cumplir con el mantenimiento de la paz y seguridad mundial”, en el que se destaca el problema que supone el derecho de veto para que el Consejo de Seguridad pueda cumplir dicha obligación en el caso de la actuación rusa en Ucrania, proponiendo una modificación de la Carta o, al menos, que sus miembros permanentes retomen la práctica de no votar cuando tienen interés en las situaciones que deben decidir. Seguidamente, Beatriz M. Ramacciotti, en “El Derecho internacional y las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Los nuevos desafíos en el caso del conflicto armado Rusia vs. Ucrania”, aborda las funciones que ha tenido que asumir dicho órgano para considerar y discutir el conflicto y la situación bélica en Ucrania y presenta una mirada crítica al funcionamiento del multilateralismo de Naciones Unidas. Por su parte, Ana Elisabeth Villalta Vizcarra, en “Conflicto de Ucrania, Derecho internacional y Naciones Unidas. Marco de cooperación de Naciones Unidas en el conflicto de Ucrania”, examina el papel desempeñado por el Secretario General de las Naciones Unidas en el marco de sus buenos oficios y de la ayuda prestada por la Organización y sus organismos especializados a Ucrania, incluyendo también una referencia a la intervención de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional.

El análisis llevado a cabo en estos trabajos en el marco de la primera ponencia principal se completa con el realizado por Arturo Aguiar y Óscar Benítez, “Grave afectación del derecho internacional en el conflicto en Ucrania”, dedicado al examen de los principios de Derecho Internacional que amparan la estatalidad

de Ucrania y a la cuestión del reconocimiento de Estados surgidos de la separación o secesión del territorio de un Estado. Le sigue el trabajo de Ana Gema López Martín, “La remisión del conflicto a la Corte Internacional de Justicia: interesante estrategia procesal de Ucrania”, que, en relación con la determinación de la responsabilidad internacional de Rusia por la Corte Internacional de Justicia, se centra en las cuestiones suscitadas por la competencia de la Corte y en las consecuencias de la estrategia procesal seguida por Ucrania al presentar una demanda contra Rusia, basada en el artículo IX de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio. Con relación a este mismo asunto, Luciano Pezzano en “La situación en Ucrania y la responsabilidad de proteger”, examina la Providencia de la Corte sobre medidas provisionales, de 16 de marzo de 2022, en la que advierte una serie de importantes implicaciones para los fundamentos de la responsabilidad de proteger, al menos en lo que respecta a la protección de las poblaciones del genocidio. A continuación, Graciela R. Salas, en “La agresión rusa a Ucrania en perspectiva latinoamericana”, se enfoca en América latina y en su posición jurídica ante el conflicto, que le afecta, a pesar de la distancia y de estar alejado de sus intereses más directos. En este sentido, como se destaca, a pesar de que todos los Estados latinoamericanos comparten la preocupación por la situación en Ucrania y su importancia como una amenaza a la paz y seguridad mundiales, su posición no es unívoca, distinguiéndose entre la condena explícita, la neutralidad o la abstención en las votaciones en Naciones Unidas. Cierra esta Parte I, el trabajo “El conflicto armado entre Rusia y Ucrania como riesgo para la seguridad alimentaria mundial” de Adriana Fillol Mazo, en el que estudia el factor de riesgo que supone dicho conflicto para el acaecimiento de una crisis alimentaria global y las posibles respues-

tas jurídico-políticas para mitigarlo, haciendo también referencia a la relación existente entre seguridad alimentaria y la paz y seguridad internacionales.

La Parte II de la obra se dedica al Derecho Internacional de los conflictos armados aplicable a la situación de Ucrania. Se inicia con la contribución a la ponencia principal de Pablo Antonio Fernández Sánchez sobre “La situación jurídica de los extranjeros”, en el que, partiendo de las nuevas circunstancias no previstas en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos en las que se desarrolla el conflicto de Ucrania, se analiza de forma diferenciada y en profundidad la situación jurídico-internacional de cuatro categorías de extranjeros presentes en este conflicto: los mercenarios combatientes; los voluntarios que se unen algunas de las partes beligerantes; los desplazados ucranianos a otros Estados, singularmente de la Unión Europea; y los extranjeros civiles atrapados en el conflicto.

El análisis realizado se enriquece en esta parte, primeramente, con el trabajo de Chema Suárez Serrano, “El veto de la Unión Europea a medios de comunicación rusos en el contexto de la guerra en Ucrania. ¿Protege o debilita el derecho a la libertad de expresión?”, dedicado al examen de las sanciones adoptadas por la Unión Europea contra medios de comunicación de la Federación Rusa a la luz del derecho a la libertad de expresión, tal como se establece en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y al hilo de los fenómenos de desinformación y propaganda. Continúa el de Ana Cristina Gallego Hernández, “La agresión de Rusia a Ucrania en el marco del Consejo de Europa”, en el que se describe y analiza la reacción del Consejo de Europa tras el flagrante incumplimiento de su núcleo duro por parte de uno de sus Estados miembros,



y que ha conducido a la expulsión de la Federación rusa de dicha Organización de conformidad con el artículo 8 del Estatuto de Londres. Seguidamente, Noelia Arjona Hernández estudia “Las acciones rusas contra los cables submarinos de Ucrania”. Partiendo de que el derecho internacional no protege la infraestructura cibernética en el fondo del mar del conflicto armado, trata los problemas jurídicos que plantea el que la Federación rusa pueda dañar las redes de cables a través del ataque a la red, el ataque físico, o el espionaje y explora la consideración de los cables submarinos como objetivos militares.

La Parte III en la que se examinan cuestiones relativas al “Derecho internacional penal y la situación en Ucrania”, comienza con la aportación a la ponencia principal de María del Luján Flores, titulada “La situación de Ucrania y el crimen de agresión. Perspectivas futuras”, que se centra en la tipificación del crimen de agresión y los problemas que plantea hacer efectiva la responsabilidad de la Federación Rusa por su comisión en Ucrania. Se apuntan también las consecuencias que a nivel mundial o global se pueden derivar de las acciones emprendidas en el conflicto, destacando la modificación paulatina de las influencias que ejercen las grandes potencias, y el riesgo de que el derecho internacional, el predominio de los derechos humanos y el ideal democrático se relativicen frente a la búsqueda de equilibrios. A continuación, Fredys Orlando Sorto en “Crímenes de guerra: o caso ucraniano” identifica los distintos crímenes de guerra que se han cometido en el conflicto ucraniano, insistiendo en la importancia del recurso a medios pacíficos de arreglo. Y, Cristian G. Sommer en “Jurisdicciones aplicables frente las responsabilidades penales generadas en el conflicto armado en Ucrania”, analiza las diversas opciones en el plano internacional y nacional con que cuentan los Estados involucrados y ter-

ceros Estados comprometidos en la búsqueda de la justicia para investigar, juzgar y eventualmente condenar los abusos surgidos del conflicto bélico e impedir situaciones de impunidad.

Esta parte se completa con el trabajo de Magdalena M. Martín Martínez, “La violencia sexual como método de guerra en el conflicto ucraniano: particularidades y avances en su investigación y sanción”, que profundiza en las particularidades de la violencia sexual que singularizan el conflicto en Ucrania, exponiendo los avances que están teniendo lugar en lo relativo a la investigación y sanción de los crímenes de violencia sexual a raíz de los perpetrados en dicho conflicto. Cierra el trabajo de Carlos Gil Gandía, “La Corte Penal ante la invasión de Ucrania por Rusia”, en el que se analiza la competencia de dicha Institución respecto de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania, teniendo en cuenta que ninguno de los contendientes son parte del Estatuto de Roma, y los principales desafíos a los que la Corte ha de enfrentarse especialmente en lo que se refiere a la aplicación adecuada de la complementariedad positiva y la cooperación de los Estados.

Finalmente, la Parte IV aborda la incidencia de la situación en Ucrania en la aplicación del Derecho Internacional privado. Empieza con el trabajo, enmarcado en la ponencia principal, de Sixto A. Sánchez Lorenzo, “Algunas implicaciones legales para los contratos y las inversiones transfronterizas de la invasión de Ucrania por Rusia y Bielorrusia”, que subraya las implicaciones legales de las sanciones económicas adoptadas por ciertas Organizaciones internacionales y Estados, incluidos los miembros de la Unión Europea y EE.UU, y la ejecución de sanciones y la adopción de contramedidas por parte de Rusia y de Bielorrusia desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho del



comercio internacional. Sigue el trabajo de Adriana Dreyzin de Klor, “Efectos de la invasión a Ucrania sobre la protección de niños/niñas y adolescentes: adopción y gestación por sustitución internacionales”, que aborda la situación de niños, niñas y adolescentes refugiados desplazados de Ucrania que se encuentran en Estados extranjeros en relación con los problemas que suscita la adopción internacional, así como la situación de parejas, que, de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho ucraniano, contrataron la gestación por sustitución con mujeres de este país. En relación con esta misma cuestión, Amalia Uriondo Martinoli en el “El grito de los inocentes clama por la movilización de los derechos humanos”, profundiza en la vulneración de los derechos fundamentales de los niños afectados, derivada de la inseguridad jurídica a la que ha dado lugar el conflicto.

Cierra la obra el trabajo de José Antonio de Yturriaga Barberán, “La OTAN, chivo expiatorio de Vladimir Putin”, que analiza y desmonta la argumentación del jefe de Estado de la Federación Rusa para justificar la invasión de Ucrania por Rusia, de la que culpa en exclusiva a la OTAN por su supuesta tradicional política agresiva hacia su país y su pretensión de atacarlo desde su flanco sur, identificando como una de las principales causas del conflicto la política de expansión de Putin, centrada en la creación

de zonas de influencia, y el propósito de modificar la estructura de seguridad de Europa.

En suma, estamos ante un libro de obligada consultada para entender las repercusiones del conflicto de Ucrania sobre el Derecho Internacional, hasta donde resulta posible hacerlo en el momento presente, con el conflicto desgraciadamente aun plenamente activo y, por tanto, con la continuación de sus devastadores efectos sobre Ucrania y su población. En este sentido, si bien es cierto que las consecuencias del conflicto y su alcance sobre el sistema internacional sólo podrán determinarse con claridad a su término, hay que tener en cuenta, como señala acertadamente María del Luján Flores, que “La situación en Ucrania puede constituirse en el hecho más relevante desde el fin de la Guerra Fría por su potencial en transformar el orden internacional, las consecuencias que en el mapa geopolítico puede producir, tanto de manera directa como indirecta en cuanto a la formación de bloques y el posicionamiento de las grandes potencias y las reglas con las que se regirán.” (p.311). Sea pues bienvenida esta nueva contribución del IHLADI al estudio de una de las situaciones de mayor gravedad y riesgo para la paz y la seguridad internacionales de la actualidad.

Isabel LIROLA DELGADO

*Universidad de Santiago de Compostela*

FONT I SEGURA, Albert; FONTANELLAS MORELL, Josep Maria; GARDEÑES SANTIAGO, Miquel; GARRIGA SUAU, Georgina (Coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Atelier, 2023, 500 pp.

Con carácter general, se puede afirmar que existen dos tipos de Manuales universitarios: aquellos que el autor, o autores, han escrito para demostrar a sus colegas sus conocimientos y que saben mucho de la asignatura y aquellos otros

dirigidos a los alumnos. Entre ambos grupos cabe también alguna tipología intermedia, combinando el carácter más o menos didáctico con cierta erudición en el tratamiento de determinadas cuestiones que pueden interesar a un práctico

del Derecho, pero que un alumno no precisa razonablemente estudiar a lo largo del semestre académico en el que va a abordar la asignatura. Es ésta una manera, legítima, de ampliar el público que pueda adquirir el Manual. Ahora bien, no podemos dejar de preguntarnos por el sentido de escribir un *Manual universitario* que no esté pensado para los alumnos, sus destinatarios naturales. Un indicio significativo, aunque no el único, de en quién podría estar pensando el autor como destinatario de su obra es el número de páginas del Manual. Un semestre académico consta de entre 13 y 15 semanas de docencia, dependiendo de los días festivos; cada semana pueden impartirse entre dos y cuatro horas de clases presenciales, según el sistema docente —presencial o semipresencial— utilizado; cada semestre los alumnos se matriculan de un promedio de cinco asignaturas, pero pueden hacerlo de más según el tipo de titulación y del número de asignaturas que les reste aún por superar para completar la titulación. Con estos datos y unas sencillas operaciones matemáticas, cualquier profesor universitario puede formarse una idea cabal de qué enfoque didáctico, incluido el número de páginas, es el más adecuado y deseable para un Manual “ideal” escrito *para* los alumnos.

Hace años, no tantos como podría imaginarse el lector, escribir un Manual requería del permiso previo de las “autoridades competentes”. Quien quería escribir uno, debía pedir el plácat a los mandamases del área. Esta autorización en modo alguno constituía un mero trámite y, por supuesto, no se obtenía por silencio positivo. Como consecuencia de ello, no escribía un Manual quien creía que tenía algo que aportar a la disciplina o quien, sencillamente, consideraba que podía decirlo de una forma mejor o más didáctica que los que lo habían hecho hasta ese momento. Aun así, con los años empezaron a publicarse manuales sin el *nihil obstat* de la jerarquía académica.

Tamaño atrevimiento cosechaba críticas, cuando no desautorizaciones, por parte de quienes consideraban que su autoridad (potestas) había sido menoscabada —para evitar esta desagradable situación siempre quedaba el recurso de incluir como coautor de la obra a alguna de dichas ‘autoridades’—. Afortunadamente, hoy en día se han superado estas absurdas reglas y puede escribir un Manual quien lo considere oportuno, sin necesidad de tener que someterse a la voluntad o al criterio, fundamentado o arbitrario, de nadie. Una prueba más de que cualquier tiempo pasado no ha sido necesariamente mejor.

La ‘liberalización’ del mercado de los Manuales ha tenido como consecuencia saludable que hoy en día cualquier profesor que considera que puede aportar algo a la docencia de una asignatura se anime a publicar uno. En esta situación enmarco estas *Lliçons de dret internacional privat*, de las que son autores un grupo de profesores de DIPr: pertenecientes, o que han pertenecido, a universidades públicas y privadas radicadas en Cataluña, coordinados todos por Albert Font, Josep Maria Fontanellas, Miquel Gardeñes y Georgina Garriga, y prologados por Joaquim J. Forner Delaygua. Así, son coautores de la obra Vésela Andreeva, Rafael Arenas, Luis Francisco Carrillo, Josep Maria de Dios, Maria Font, Albert Font, Josep Maria Fontanellas, Miquel Gardeñes, Georgina Garriga, Diana Marín, Carmen Parra, Alexia Pato, Ana Quiñones, Josep Suquet y Mònica Vinaixa.

Estamos ante el primer Manual de DIPr: publicado en lengua catalana, lo que sin duda viene a cubrir una laguna en el mundo jurídico de habla catalana. Puede citarse como antecedente de estas *Lliçons* el pionero manual de *Dret internacional privat del Principat d’Andorra*, del fallecido profesor Ramon Viñas Farré, aunque circunscrito, como su propio título indica, al sistema normativo del

Principado de Andorra. También cabe mencionar los materiales didácticos de la *Universitat Oberta de Catalunya*. Debemos pues felicitarlos porque, a partir de ahora, los alumnos de las universidades con sede en los territorios de habla catalana que deseen estudiar la asignatura en catalán cuentan con los materiales docentes en dicho idioma.

Escribir un Manual implica adoptar muchas decisiones, algunas de ellas nada fáciles. Así, el autor o autores, o en su caso el director o coordinador de la obra, deben ‘mojarse’ sobre qué materias se incluyen y cuáles se excluyen; sobre si se opta por un contenido minimalista, en el que se aborden las cuestiones fundamentales, o por unos contenidos más amplios, para que puedan ser aprovechados por los profesionales del Derecho que lo consulten; sobre la sistemática con que se abordan los temas, eligiendo entre un abordaje más didáctico o más erudito; sobre la extensión de la obra; etc. En definitiva, debe decidirse sobre qué incluir y cómo hacerlo. Obviamente, luego llegarán las consabidas críticas, entre las que destacan las de quienes jamás han escrito un Manual, sobre lo mal que se ha hecho, sobre si no se abordan determinados temas o no se resuelven cuestiones —los hay que buscan en un Manual las respuestas a las cuestiones que se le plantean en la práctica, como si éste fuera un Tratado general o el oráculo de Delfos de la asignatura—; si se ha optado por una teoría o por otra —normalmente porque se sigue una distinta a la que defiende el crítico—; si hay errores gramaticales o de expresión; y muchas otras objeciones, que se reducen a una: éste no es el Manual que quien critica hubiera escrito. Lo que sí es cierto es que algunos de los que objetan un Manual jamás han escrito uno y, por tanto, desconocen lo que implica escribir una obra de estas características. Como he dicho, sus objeciones se basan en la premisa de que ellos no lo hubieran escrito así, en cuyo caso, la so-

lución es sencilla y pasa por arremangarse, redactar ellos el Manual ‘perfecto’ y exponerse así a la crítica de la Academia y del resto de la doctrina y compañeros.

Basta con echar una rápida ojeada al índice de estas *Lliçons* para constatar que sus veinte lecciones contienen los temas más representativos y clásicos del DIPr., y ello con independencia de que el lector considere que podrían haberse introducido otros. Así, en su introducción aborda la problemática del DIPr. como rama del ordenamiento jurídico, así como la de los sectores que incluye y sus fuentes. La segunda parte está dedicada a las lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, desde la competencia judicial internacional hasta el reconocimiento de resoluciones extranjeras, pasando por el proceso civil internacional, la cooperación internacional y los documentos públicos extranjeros. La tercera parte se ocupa de los problemas relacionados con el sector de la ley aplicable: técnicas de reglamentación, tratamiento del Derecho extranjero, los problemas de aplicación de las normas de conflicto, así como la cuestión de los conflictos internos de leyes. La cuarta parte la integran los sectores del Derecho de la persona, del Derecho de familia y de las sucesiones. Finalmente, la última parte contiene las lecciones dedicadas al Derecho de obligaciones, contractuales y extracontractuales, así como los derechos reales. Me interesa resaltar la lección 10, dedicada a los conflictos internos de leyes, pues este tema no suele formar parte de los manuales al uso de DIPr. Es sabido que los conflictos internos de leyes, llamado también Derecho interregional, ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina internacionalprivatista, bien para excluirlo de su objeto de estudio, bien para incluirlo —incluso en ocasiones para incluirlo pero luego, en un gesto poco coherente, no tratarlo—. No es aquí el lugar apropiado ni el momento para abordar la cuestión de su inclusión entre las materias objeto de es-

tudio por el DIPr, pero sin ánimo de generalizar, siempre me ha llamado la atención que exista una escasa, por no decir nula, sensibilidad hacia los conflictos internos de leyes entre quienes radican en territorios en los que no existe una legislación especial en materia de Derecho privado. Prueba de ello son algunas resoluciones adoptadas en los últimos años por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —la Dirección General de los Registros y del Notariado de toda la vida—, en las que apenas existe una mínima sensibilidad hacia la aplicación de los Derechos propios de algunas Comunidades Autónomas frente a los Reglamentos de la UE, especialmente el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones. Por todo ello no puedo más que felicitar a los autores de estas *Lliçons* por haber dedicado un capítulo de 24 páginas a esta materia, abordando cuestiones de tanta relevancia como su fundamento, su singularidad frente a los conflictos internacionales, las conexiones utilizadas o la necesidad de una reforma del sistema.

Un obstáculo que deben superar las obras colectivas, especialmente cuando se trata de un Manual, es el de la coherencia interna. Una de las tareas, y no menor, de los coordinadores de la obra es lograr suprimir o reducir al mínimo posibles incoherencias (‘inconsistencias’ dicen erróneamente los cursis) de contenido entre los autores. Para ello el coordinador y cada autor deben tener un

conocimiento preciso del resto de colaboraciones. Aun así, es muy difícil —me atrevería a decir que imposible— conseguir una total coherencia interna, como si fuese la obra de un solo autor. A pesar de esta dificultad inicial, estas *Lliçons* gozan de gran coherencia, lo que dice mucho a favor de la labor de trabajo en equipo realizada por los autores y en las que se nota la mano experta de los coordinadores.

Concluyo mis reflexiones sobre estas *Lliçons de dret internacional privat* felicitando a sus coautores por el gran trabajo que han realizado y a los coordinadores por su magnífica labor de dirección y ensamblaje de contenidos. A todos ellos, les quiero felicitar igualmente por haber dado a la imprenta el primer Manual de DIPr. en lengua catalana, colmando de este modo el vacío existente hasta ahora. Una vez realizado el esfuerzo inicial de escribir la obra, esperamos su periódica actualización. Igualmente, les prevengo contra las consabidas (y esperadas) críticas que recibirán, lo que en modo alguno debe preocuparles. Ante ellas les quiero recordar la conocida máxima universitaria que solía invocar un famoso —y casi sempiterno en el cargo— Decano de una conocida Facultad de Derecho: “en la universidad, ninguna buena obra queda sin su justo castigo.”

Federico F. GARAU SOBRINO  
*Universidad de las Islas Baleares*

GIL, Carlos, *Sofía Volverá. La necesidad de nuevos planteamientos jurídicos medioambientales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 169.

Es de celebrar que el profesor Gil se una a otros iusinternacionalistas que han contribuido a la maravillosa colección de Cine y Derecho de Tirant lo Blanch que, a los aspirantes a cinéfilos, como el que escribe esta reseña, tanto nos gusta.

Una excelente oportunidad de disfrutar de diferentes inquietudes.

La monografía que es objeto de reseña parte del docu-ficción *Sofía Volverá* (2022), del director Joaquín Lisón. Esta meritoria cinta narra la ida y vuelta

de Sofía, primera refugiada climática del Mar Menor, víctima de la degradación ambiental hasta el extremo de que acaba con el tejido económico pesquero de la zona. Su padre decide vender el barco que utilizaba para faenar en la laguna salada, dejar atrás todo y a todos los que conocen e iniciar una nueva vida en Canadá. Años después, Sofía vuelve para encontrarse que, lo que en 2019 era una distopía, en 2056 se ha convertido en una utopía gracias al activismo de la población local y el reconocimiento de la subjetividad jurídica de la laguna salada.

A través de las diferentes escenas de la película, el autor nos propone una reflexión sobre el estado actual del derecho internacional medioambiental en el Antropoceno, la era geológica presente en la que el ser humano se ha convertido en la fuerza motriz de los cambios en el ecosistema planetario, así como su deseable evolución a formulaciones que permitan reconciliar a los seres humanos con el medio en el que viven. De esta manera, valiéndose de los versos que Carmen Conde dedicó al Mar Menor, el autor estructura y vehicula la obra, dividiéndola en siete apartados, incluyendo una ficha cinematográfica de la cinta en la que analiza su contenido hasta el extremo de que conviene leerla después de haber disfrutado de la propuesta de Lisón, una convincente justificación del sentido de la obra y una breve, pero relevante, bibliografía.

En la introducción, que bien podría constituir el primer capítulo de la monografía, el autor comienza exponiendo las causas del deterioro medioambiental del Mar Menor y sus consecuencias socioambientales. Una vez abordado el problema particular, ayudado de una multitud de referencias literarias, cinematográficas y artísticas, el profesor Gil pasa a lo general, reflexionando sobre la pertinencia de conceptualizaciones tales como el Antropoceno, Capitaloceno, Ecoceno y

*Homo Faber* o *Homo consumers*, a fin de poner en evidencia la limitación de los planteamientos filosóficos, económicos y políticos que se fundamentan en que los seres humanos pueden dominar, explotar o controlar el medio en el que viven como si fueran un organismo ajeno y no formarían parte indisoluble del mismo. Frente a estas limitaciones, propone una nueva ilustración ambiental que integre en igualdad al ser humano y la Naturaleza, considerando al planeta como un sistema vivo autónomo que se adapta a los cambios del entorno.

En el siguiente capítulo, el autor aborda el análisis del derecho internacional medioambiental del Antropoceno. Partiendo de la consideración de que este subsistema del derecho internacional general es fundamental para mantener la estabilidad y el equilibrio del medio ambiente a través de la regulación y limitación de la acción humana, lleva a cabo un repaso de la evolución del mismo, sus principales hitos, los instrumentos jurídicos que lo conforman y sus rasgos característicos, entre los que destaca la dimensión evolutiva, relacionada con el avance científico, la imprescindible interdisciplinariedad para abordar un problema multidimensional y la dimensión transgeneracional de este ámbito del ordenamiento jurídico. Con constantes referencias a *Sofía Volverá* y a otras propuestas documentales y cinematográfica, como las pertinentes *Black Sea* (2014) o *Before the flood* (2016), el profesor Gil logra aligerar y presentar con interés lo que fácilmente podría haber sido un simple repaso teórico-histórico del desarrollo de este ámbito del ordenamiento jurídico. A continuación, el autor aborda la responsabilidad que tenemos los seres humanos de proteger el medio ambiente, plasmada en la obligación internacional de cooperar que tienen los Estados, así como la responsabilidad internacional medioambiental que afecta a Estados y a empresas. Asimismo, también analiza

la responsabilidad civil por daños climáticos —una dimensión impulsada por la sociedad civil organizada a través de la vía jurisdiccional— y la necesaria tipificación del ecodidio como un crimen internacional, una cuestión de la que el autor se muestra un firme defensor.

En lo que respecta a España, uno de los aspectos más interesantes de dicho capítulo es que, si bien reconoce la ambición gubernamental en la fijación de objetivos de reducción de gases de efecto invernadero, critica con contundencia dos aspectos clave en la gestión de la crisis climática actual. En primer lugar, reprocha la falta de medidas efectivas para solventar la pobreza energética, cuyo máximo exponente tal vez sea la situación de la Cañada Real Galiana, y, en segundo lugar, destaca la falta de acciones efectivas para proteger el Mar Menor que, tristemente, ha acabado concretándose en un procedimiento sancionador de la Unión Europea. En este punto, el autor propone al movimiento SOS Mar Menor una vía de actuación jurisdiccional que en el pasado reciente ha resultado exitosa y que creemos que podría ser conveniente que se llevara a término.

El profesor Gil concluye el capítulo dedicado al derecho internacional medioambiental sosteniendo que este, como todo ámbito del derecho, es el resultado de una correlación de fuerzas, en este caso entre el pensamiento neoliberal y el pensamiento ecológico. En este sentido, afirma la necesidad de superar la actual configuración en la que se regula el expolio ambiental con ciertas medidas paliativas para pasar a afrontar los desafíos específicos del Antropoceno, como son la protección de sistemas naturales críticos, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero o la garantía del acceso en equidad a los recursos naturales y la sostenibilidad medioambiental.

En el siguiente capítulo, el autor se detiene a reflexionar sobre el vínculo que existe entre los derechos humanos y el medio ambiente. Si las sociedades antiguas e indígenas eran conscientes de la conexión indisoluble entre el ser humano y el medio ambiente, la Revolución industrial y el paradigma científico moderno desembocaron en una dualidad que tuvo su reflejo en el desarrollo inicial del Derecho internacional de los Derechos Humanos, imponiendo a la Naturaleza un simple papel de reparto. No obstante, la labor realizada desde la Declaración de Estocolmo de 1972 ha dado lugar a una reinterpretación de los derechos humanos atendiendo a la cuestión medioambiental, llegando a reconocerse su carácter interdependiente e interrelacionado en numerosas declaraciones de conferencias internacionales, convenios, acuerdos de *soft law*, programas y agendas, como la Agenda 2030. La ciencia ecológica ha sido exitosa en tanto en cuanto hoy en día no es concebible la elaboración de un texto sobre derechos humanos que no cuente con una perspectiva ecológica y viceversa. Así, el reconocimiento del derecho humano a un medioambiente sano sería la síntesis de este vínculo. En todo caso, el profesor Gil cuestiona que se haya abandonado el prisma Antropogénico, plasmando la necesidad de caminar hacia una concepción relacional y de subjetividad de los derechos del ecosistema. Esta concepción se plasmaría en el reconocimiento de la Naturaleza como un sujeto de derecho y en la creación una justicia de naturaleza ecocéntrica, que trate en pie de igualdad los derechos humanos y los derechos de la Naturaleza.

El libro termina con un capítulo que, en realidad, es una oda a las personas que toman partido, a los movimientos ambientalistas, indígenas, ecofeministas que en diferentes partes del mundo enfrentan la degradación ambiental y, por supuesto, a las personas y comunidades



que han impulsado y mantenido la lucha para salvar el Mar Menor. No exagero si afirmo que para el profesor Gil estas personas y grupos representan el horizonte al que debemos caminar: una utopía positiva, colectiva y necesaria en la que asumamos que somos parte, y no dueñas, de un sistema vivo con un valor intrínseco, cuyo cuidado y respeto nos corresponde como uno de sus elementos con más capacidad de impacto. Por consiguiente, en línea con lo que sostiene el autor, un paso necesario para asegurar esta utopía sería el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto jurídico con derechos.

En definitiva, la obra del profesor Gil va más allá de un mero comentario al filme *Sofía volverá*. Desde un saber profun-

do del derecho internacional del medio ambiente y de la evidencia científica, ayudado con las escenas de la cinta de Lisón, denuncia el carácter antropocéntrico de las conceptualizaciones dominantes, incluido este subsistema del ordenamiento jurídico, y propone una evolución en el sentido de transitar hacia modelos jurídicos que reconozcan la centralidad de la Naturaleza. Sin lugar a duda, esta obra contiene una propuesta valiosa sobre la orientación que debe tomar el derecho internacional del medio ambiente y a la que conviene prestar especial atención.

Arítz OBREGÓN FERNÁNDEZ  
Universidad del País Vasco

HEREDIA CERVANTES, Iván (Dir.) y ELVIRA BENAYAS, María Jesús (Coord.), *Cesiones internacionales de créditos (Retos presentes y futuros)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 233 pp.

La importancia del estudio de las cuestiones de Derecho aplicable que suscitan las transacciones sobre créditos se vincula directamente con la trascendencia de estos activos incorporales en operaciones internacionales de financiación. La heterogeneidad y complejidad de tales operaciones —como en la obra reseñada refleja la contribución de Rafael González-Gallarza Granizo (p. 223-233)—, unidas a las carencias de nuestro sistema de DIPr en esta concreta materia, son fuente de incertidumbre, lo que se asocia con mayores costes de financiación. Esa incertidumbre va referida a ámbitos en los que la posibilidad de quienes intervienen en las operaciones de diseñarlas de modo que proporcionen una elevada seguridad jurídica encuentra significativas limitaciones. A diferencia de lo que sucede en materia contractual, en lo relativo a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos —en sentido amplio,

de modo que abarca también las prendas u otros derechos reales sobre ellos constituidos—, la autonomía conflictual desempeña un papel limitado, como es propio de la determinación de la ley aplicable en el ámbito de los derechos reales. En ese contexto, la configuración de una operación para hacer frente a esa elevada incertidumbre puede estar asociada a costes adicionales, como los derivados de optar por cumplir cumulativamente los requisitos de varios de los ordenamientos con los que la transacción se encuentra conectada, en lo relativo a los presupuestos de la eficacia de la cesión de créditos frente a terceros.

En nuestro ordenamiento, el Reglamento Roma I incorpora normas unificadas que facilitan la determinación de la ley aplicable a las relaciones entre el cedente y el cesionario del crédito —que son objeto de estudio especial en la contribución de la profesora Laura García



Gutiérrez (pp. 119-128)—, así como a la posición del deudor cedido y sus relaciones con el cesionario, cuestiones para las que en el marco jurisdiccional resulta relevante el análisis del alcance subjetivo de las cláusulas de elección de foro, objeto de la contribución de la profesora Katia Fach Gómez (pp. 167-198). Por el contrario, no se ha logrado de momento la unificación de las normas sobre ley aplicable en lo relativo a los aspectos jurídico-reales de tales cesiones. De ahí la trascendencia de los esfuerzos por unificar en el seno de la UE la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, a partir de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea en marzo de 2018. Asimismo, la unificación en el seno de la Unión mediante normas de conflicto de alcance universal contribuiría a superar la incertidumbre inherente a la actual regulación de fuente interna, en la medida en que la norma de conflicto contenida en el artículo 17.3 del Real Decreto-ley 5/2005 se inserta en una disposición referida específicamente a las garantías financieras, por lo que su generalización y extensión más allá de ese ámbito es producto de una labor de interpretación doctrinal.

En ese marco ha tenido lugar la elaboración, bajo la dirección del profesor Iván Heredia Cervantes, del libro reseñado. Tras una breve presentación de la obra (pp. 9-11), en la que su director expone la trascendencia de su objeto, el libro comienza con una exposición general de la Propuesta de Reglamento, tomando como referencia, junto al texto inicial de la Comisión, la versión de la Orientación General formulada por el Consejo en 2021. En esta contribución los profesores Francisco J. Garcimartín Alférez e Iván Heredia Cervantes (pp. 13-22) ponen de relieve la necesidad del nuevo instrumento para colmar la importante laguna que existe en este ámbito en el DIPr de la UE, así como los fundamentos de su estructura y de las soluciones que

contempla, reflejando las divergencias puntuales, pero significativas, entre la propuesta inicial de la Comisión y la posición del Consejo. Con respecto a esta última cuestión, se destaca cómo si bien se mantiene el criterio de que la regla general es que los efectos frente a terceros de la cesión de créditos se regirán por la ley del país de la residencia habitual del cedente, el Consejo contempla el incremento de las excepciones en las que ese criterio se sustituye por la ley aplicable al crédito cedido (criterio éste último que es el que prevalece en nuestro sistema de fuente interna en el marco del mencionado artículo 17.3 del Real Decreto-ley 5/2005).

Además, pese a que la regla general —que es objeto de atención específica en la contribución de Jorge Erazo Robles (pp. 23-45)— se mantenga, al menos formalmente, en su formulación existen diferencias relevantes entre la versión de la Comisión y el texto posterior del Consejo. Con respecto a la concreción temporal para determinar la residencia habitual del cedente, la propuesta de la Comisión va referida al “momento en el que tenga lugar la cesión”, mientras que el texto del Consejo precisa que es el momento de celebración del contrato de cesión. Se trata de una cuestión que es objeto de análisis específico en la contribución de la profesora María Jesús Elvira Benayas (pp. 79-88), relativa al tratamiento del conflicto móvil en relación con el empleo como punto de conexión de la residencia habitual del cedente. Otra de las modificaciones significativas introducidas por el Consejo es la relativa a la determinación de la ley aplicable a créditos con garantía real, cuyas implicaciones en materia registral y su interacción con la regulación civil e hipotecaria española son examinadas en la contribución de Rafael Arnaiz Ramos (pp. 89-117).

A una de las reglas especiales —por contraposición al criterio general de que

la ley aplicable es la de la residencia habitual del cedente— más importantes del Reglamento proyectado, va referida otra contribución de Iván Heredia (pp. 47-65). En concreto, se dedica al estudio del tratamiento de las cesiones de créditos en titulizaciones internacionales. Destaca el autor la interacción entre el tratamiento de las cuestiones jurídico-privadas para las que resulta determinante la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos y el marco regulatorio jurídico-público, contenido básicamente en el Reglamento (UE) 2017/2402 sobre titulización, por la trascendencia práctica del cumplimiento de los requisitos que el marco regulatorio prevé para que una titulización sea considerada simple, transparente y normalizada (o STS). La seguridad jurídica en relación con la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones es determinante para facilitar la inmutabilidad de la cesión en el marco de la titulización. En su artículo 4.3 la Propuesta de Reglamento prevé la atribución al cedente —típicamente, el originador— y al cesionario —el vehículo o fondo de titulización— de la posibilidad de elegir la ley aplicable al derecho cedido como la ley aplicable a los efectos frente a terceros de la cesión de créditos en el caso de las titulizaciones. El autor destaca la utilidad de la norma especial ante las dificultades inherentes a la aplicación con carácter general en el marco de las titulaciones del criterio de la residencia habitual del cedente, que resultará en muchas situaciones —por ejemplo, en ciertos casos en los que estén implicados varios originadores— fuente de incertidumbre. Asimismo, pone de relieve cómo la regla especial refuerza la seguridad jurídica en la medida en que permite restringir el riesgo de acciones rescisorias, a la luz de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia. Por otra parte, en relación con la regla especial prevista en materia de titu-

lizaciones resulta relevante la introducción en el artículo 4.4 de la Propuesta, para hacer frente a las situaciones en las que los efectos frente a terceros de una de las cesiones se rijan por la ley del país en el que el cedente tenga su residencia habitual y los efectos frente a terceros de las demás cesiones se rijan por la ley del crédito cedido, de la previsión de que en tales supuestos la prioridad entre los cesionarios de un mismo crédito se regirá por la ley aplicable a los efectos frente a terceros de la cesión del crédito que en primer lugar se hizo efectiva frente a terceros en virtud de su ley aplicable.

Entre las excepciones al criterio general, según el cual los efectos frente a terceros de la cesión de créditos se regirán por la ley del país de la residencia habitual del cedente, en la Propuesta de Reglamento se encuentra la previsión de que en el caso de los créditos derivados de un instrumento financiero la ley aplicable será la del crédito cedido, cuestión en la que se centra la siguiente contribución, a cargo de Francisco Garcimartín (pp. 67-78). Con carácter previo, analiza la exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento proyectado de los efectos frente a terceros de las transmisiones de instrumentos financieros, así como las implicaciones de que el Reglamento remita la definición de instrumento financiero a lo dispuesto en la Directiva MiFID y su normativa de desarrollo. Con respecto a la exclusión, pone de relieve cómo con respecto a los valores negociables, como subcategoría de instrumentos financieros, quedarían al margen del nuevo instrumento tanto la transmisión del derecho mediante transmisión del título-valor o anotación en cuenta, así como la cesión por vía de régimen general y las cesiones o prendas de los intereses o dividendos. Por el contrario, con respecto a otros instrumentos financieros, como las permutas financieras, si bien su transmisión queda excluida del Reglamento —de manera coherente con la exclusión de la

cesión de los contratos—, sí se contempla su aplicación a la cesión de derechos de crédito a favor de una de las partes que pueden derivar de tales instrumentos financieros. La excepción a la regla general en las Orientaciones del Consejo, a favor de la aplicación de la ley que rige el crédito cedido, va referida no solo a los derechos de crédito derivados de un instrumento financiero, de un contrato financiero y de los acuerdos de garantía financiera asociados, sino también a los derechos de crédito sobre un criptoactivo que no sea un instrumento financiero, así como a los derivados de contratos celebrados en un mercado financiero o con una infraestructura de mercado financiero y los derivados de un contrato de préstamo o crédito.

Particularmente innovadora resulta la elaborada contribución del profesor José Ignacio Paredes Pérez (pp. 129-165) acerca de los conflictos interregionales de leyes en materia de cesión de créditos, al hilo de las recientes normas autonómicas en este ámbito, como las que contemplan obligaciones de notificación de cesiones o previsiones específicas en relación con el retracto del crédito cedido, que introducen un elemento adicional de complejidad e incertidumbre en transacciones sobre esos activos. Destaca su análisis de las competencias legislativas de las CCAA, con un riguroso examen de la jurisprudencia constitucional al respecto, en tanto que presupuesto que delimita las situaciones en las que realmente resulta necesario determinar la concreta legislación aplicable. Asimismo, el autor aporta un esclarecedor examen de los criterios de determinación de la ley aplicable a las cesiones de créditos en el marco del actual sistema de Derecho interregional.

Al análisis de las importantes implicaciones, en relación con la protección frente a la insolvencia del cedente, de las normas especiales sobre ley aplicable a

los derechos reales contenidas en el artículo 8 del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia y el artículo 723 del Texto refundido de la Ley Concursal, está dedicada la contribución de la profesora Rocío Caro Gándara. Junto a los respectivos ámbitos de aplicación de esos instrumentos, la autora detalla el significado en relación con los derechos reales sobre créditos de la regla de inmunidad respecto del procedimiento de insolvencia contenida en el mencionado artículo 8 a favor de los derechos reales sobre bienes situados en un Estado miembro distinto al de apertura del concurso, así como el tratamiento diferente previsto en el artículo 723 TRLC, mediante su regla de conflicto especial que se remite a la aplicación de la ley del Estado en el que el bien se encuentre. Seguidamente se valora cómo la regla general de la Propuesta de Reglamento, basada en la aplicación de la ley de la residencia habitual del cedente, favorece en las situaciones típicas la coordinación entre la ley aplicable al procedimiento de insolvencia del cedente y la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, lo que limitaría en la práctica la relevancia de la inmunidad del artículo 8 del Reglamento (UE) 2015/848 en este ámbito. Por último, la autora valora cómo la adopción de la Propuesta de Reglamento sobre cesiones de créditos y los puntos de conexión que utiliza puede hacer aconsejable, para una mejor coordinación, la adaptación de la norma sobre localización de créditos del artículo 2.9 del Reglamento de Insolvencia, que los sitúa donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor.

Para concluir, a modo de apreciación del conjunto de la obra, cabe dejar constancia de que se trata de un trabajo especialmente valioso. Constituye una obra clave no solo para el mejor conocimiento de las complejas cuestiones de DIPr que se suscitan en las operaciones de financiación que incluyen transacciones

sobre créditos, sino también, muy especialmente, para valorar los cambios que implicaría la eventual adopción del Reglamento proyectado, así como la interacción de ese instrumento con otros con

los que coexistiría, como el Reglamento Roma I o el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO  
*Universidad Complutense de Madrid*

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica y FEBLES POZO, Nayiber (dirs.), PEREIRA PUIGVERT, Silvia (coord.), *Protección de Menores y Discapacitados*, Colex, La Coruña, 2023, 209 pp.

Esta interesantísima obra colectiva es fruto de un Proyecto de Investigación sobre protección en las crisis familiares internacionales financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, aunque los temas tratados, como anuncia su título, comprenden también a las personas mayores vulnerables.

Viene introducido por un acertado prólogo a cargo de Antonio del Moral García que conecta la diversidad de temas tratados en esta obra con la variedad de tareas que tiene asignadas el Ministerio Fiscal, que incluyen muchos procesos sobre protección de menores y personas con discapacidad. En él se pone de relieve que lo que une todos esos desempeños es su misión de “representar a la Sociedad ante los Tribunales: es un auténtico abogado, no del Estado, sino de la Sociedad”.

En el primer capítulo se aborda la difícil interpretación del principio del interés superior del menor en el ámbito de la sustracción ilícita de menores, sector donde concurren un gran número de instrumentos internacionales. Luis Francisco Carrillo Pozo pone de relieve que este principio justifica según los casos soluciones aparentemente opuestas. Principalmente, la opción entre inmediatez en la restitución o estabilidad. En este sentido, destaca que recientemente se han dictado importantes sentencias en las que se ha puesto en entredicho el princi-

pio general del Convenio de La Haya de 1980, esto es, la restitución inmediata del menor. En efecto, se ha puesto el énfasis en que el respeto al interés del menor pasa por un análisis de la situación, caso por caso. Ello, de por sí legítimo y sensato, ha ido alterando la aplicación restrictiva de los motivos de denegación de la restitución. El análisis de los hechos por la autoridad requerida termina dilatando el procedimiento y ello conduce, por la vía de los hechos, a que se consolide la relación creada como fruto de la sustracción. El paso de los años hace que se refuerce el vínculo con el sustractor y que se debilite el que el menor mantenía con el otro progenitor. El resultado, como bien pone de relieve CARRILLO POZO, es que se premia al sustractor. Se rompe así con dos principios esenciales en el sistema: la restitución inmediata y que la decisión sobre la custodia esté en manos de los tribunales de la residencia habitual previa al secuestro y no en las de el tribunal del país del secuestro, que es lo que de hecho ocurre en las sentencias analizadas en este valioso trabajo.

En el segundo capítulo, Mónica Herranz Ballesteros aborda casuísticamente un tema complejo y cuya solución no es clara a la luz de las normas vigentes: la normativa aplicable para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental cuando el menor tiene su residencia ha-

bitual en un Estado extranjero no comunitario. Si la respuesta es clara cuando el menor tiene su residencia en un Estado miembro de la UE (se aplica el RBII Ter con carácter general, aunque con algunas excepciones que apunta la autora acertadamente), no lo es tanto cuando tiene su residencia en un Estado no comunitario parte en el Convenio de La Haya de 1996, sobre protección internacional de menores, y menos todavía si reside en un país que tampoco forma parte de este Convenio. El estudio se centra, como se ha dicho, en estos dos últimos casos más problemáticos. La autora hace un completo y agudo análisis jurisprudencial distinguiendo los supuestos en los que la medida de protección del menor está conectada con un proceso de divorcio de aquellos supuestos en los que la medida de protección se solicita de forma independiente. De este análisis extrae que en los casos en los que termina siendo aplicable el RBII Ter, la cláusula residual en el contenida puede conducir a soluciones dispares en los distintos Estados miembros, algo criticable pero tolerable según el TJUE. Además, cuando un tribunal de un Estado miembro se declare competente en estos casos en los que se ha aplicado el RBII Ter surgirán, probablemente, problemas de reconocimiento. En los casos en los que la normativa que determine la competencia sea el Convenio de La Haya de 1996 será difícil que los tribunales españoles se puedan declarar competentes (estando, por hipótesis la residencia habitual del menor en un tercer Estado) ya que los mecanismos de delegación y solicitud de transferencia de la competencia previstos por el instrumento internacional no están resultando eficaces.

Resulta especialmente sugerente el trabajo de Nayiber Febles Pozo sobre el interés superior del menor en los textos de derecho internacional. Apunta el carácter central de la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los Dere-

chos del Niño, como texto decisivo para interpretar el principio del interés superior del menor. Dentro de la mencionada norma, el interés superior del menor se manifiesta en tres dimensiones, a saber, la de derecho sustantivo, la de principio jurídico interpretativo y la de norma de procedimiento (en el sentido de que toda decisión que afecte a un menor debe ir envuelta de las necesarias garantías procesales). De la Convención se deriva también su consideración primordial. Sobre este punto, el autor detecta posiciones encontradas: quienes consideran que su aplicación incondicional puede conducir a resultados no adecuados en ciertos casos, frente a quienes reconocen su valor primordial que debe prevalecer sobre el resto de los intereses en juego. Algunas decisiones del TC han tomado posición a favor de ponderarlo con otros intereses, pero reconociéndole un mayor rango.

Posteriormente, el autor se centra en la aplicación del principio en dos ámbitos: el derecho internacional privado y la jurisprudencia del TJUE. Sobre el primero, se pone de relieve el efecto que el interés superior tiene a la hora de dar una orientación material a las normas internacional-privatistas. Por lo que se refiere a la labor del TJUE, el autor destaca su defensa inquebrantable del principio del interés superior del menor. Finalmente, deposita su esperanza en el Tribunal para conseguir una aplicación más coherente del principio en los distintos textos comunitarios. La lectura de este capítulo lleva a reflexionar sobre la necesidad de realzar este principio y de aplicarlo de forma más general.

El siguiente capítulo, obra de Lidia Moreno Blesa, aborda la relación de las nacionalizaciones masivas con el interés superior del menor. Se analizan las consecuencias de la reciente Ley 20/2022, de 19 de octubre, que entre otras previsiones permite acceder a la nacionalidad española a los descendientes de personas que

por distintas razones perdieron dicha nacionalidad. En especial, se centra en las consecuencias que tiene en cuanto supone la adquisición de la ciudadanía europea y con ello un conjunto de derechos propios de tal condición que se recuerdan en el texto. Se expone, por un lado, la paradoja que supone que los Estados conserven la competencia para determinar quiénes son sus nacionales y que al mismo tiempo esto tenga consecuencias para los demás Estados miembros en la medida en que las personas que adquieran la nacionalidad de un Estado miembro podrán circular libremente por el espacio europeo. Por otro lado, se analiza la problemática que se deriva de que las personas que adquieran la nacionalidad española por esta vía conservarán, probablemente, su nacionalidad anterior. Constituirán, por lo tanto, supuestos de doble nacionalidad. El autor propone que las reglas habituales para determinar cuál de ellas debe ser la prevalente se deben atemperar por el principio del interés superior del menor y ello puede suponer que prevalezca la española.

El capítulo redactado por Encarnación Abad Arenas se centra en un problema muy concreto, pero desgraciadamente aún frecuente según se deduce del texto: el del matrimonio forzado de menores. La autora comienza poniendo de relieve la actualidad de este fenómeno y su localización geográfica. Llama la atención sobre cómo ha reaparecido, como consecuencia de la inmigración y la globalización, en países donde parecía algo ya desterrado. Entrando ya al análisis jurídico, se expone la censura de esta práctica por parte de los textos e instituciones internacionales. Finalmente, la autora se centra en su tratamiento por parte del Derecho penal español, que ha acogido recientemente las directrices internacionales y europeas. En concreto, se explica su doble tipificación en nuestro Código Penal (tras su modificación por LO 1/2015, de 30 de marzo): como una

forma de coacciones y como una forma de trata de seres humanos.

Puede llamar la atención a primera vista que se incluya un trabajo sobre arbitraje comercial internacional. Sin embargo, el capítulo de Diego Agulló Agulló tiene perfecto encaje en la medida en que conecta con la protección del menor por tomar como punto de partida un laudo de Singapur que fue anulado por motivos de orden público en la medida en que afectaba los derechos de las personas menores de edad. En concreto, el laudo declaraba que unos menores de edad (8 y 12 años) quedaban vinculados por un contrato de compraventa de acciones, cuando según el derecho de Singapur no debía ser así, pues, salvo casos muy excepcionales, los contratos no vinculan a los menores de edad. A partir de ahí, el Prof. Agulló Agulló analiza cuál sería la respuesta de nuestras normas de arbitraje en una situación semejante. Tras hacer un repaso de distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Constitucional, estas últimas más restrictivas en relación con el control de orden público. Sin embargo, su conclusión es que la conculcación de normas imperativas españolas, como es el caso del art. 166 CC, puede en ocasiones suponer una vulneración del orden público español y justificar la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento de un laudo extranjero.

Volviendo al Derecho penal, el trabajo de Elisabet Cueto Santa Eugenia versa sobre las especialidades que establece esta rama del derecho cuando el infractor es un menor de edad. Toma como punto de partida los textos internacionales en los que este tratamiento especial se justifica por el hecho de que el menor es una persona en desarrollo y, la consecuente necesidad de que las medidas que se adopten tengan un carácter educativo. El tratamiento especial debe manifestarse tanto en las normas procesales como en



las sustantivas. Tras el completo análisis de la normativa internacional, la autora desciende a nuestro sistema de justicia juvenil, que en su opinión respeta los estándares de los textos internacionales, y lo concreta en tres aspectos: la previsión de medidas de carácter educativo, la especialización de los profesionales (tanto del ámbito jurídico como policial) y la flexibilización del sistema a través del principio de oportunidad, que permite que al titular de la acción no ejercitarla. Como bien explica el autor, el fundamento de este último principio en el caso de los menores es posibilitar respuestas individualizadas para las circunstancias de cada menor. En concreto, permitirá desjudicializar algunos asuntos de menor gravedad.

En los dos últimos capítulos se deja atrás la protección del menor para centrarse en dos problemas —bien distintos— que afectan a las personas mayores vulnerables: el del apoyo a su capacidad jurídica en supuestos transfronterizos y el del maltrato a los adultos vulnerables.

El primero de estos capítulos es obra de Marina Vargas Gómez-Urrutia. En el se aboga por la ratificación por España del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos, que establece soluciones de derecho internacional privado a la adopción de medidas de apoyo a personas mayores de 18 años. La autora pone de manifiesto acertadamente los principales problemas y carencias del actual sistema español de Derecho internacional privado en este sector, que las recientes reformas llevadas a cabo en 2015 no han terminado de solucionar. Posteriormente, expone el estado de la cuestión en el ámbito europeo y los distintos anclajes competenciales que podría tener un reglamento sobre esta materia. La parte principal del trabajo es un destacable análisis del Convenio de La Haya de 2000, en el que se ponen en valor sus principales soluciones, mostrando de

esta forma los beneficios que reportaría a España su ratificación. Algunas de esas ventajas —como las referidas a la cooperación de autoridades, mantenimiento de eficacia de medidas, reconocimiento de decisiones o circulación de certificados— no se pueden conseguir con normas de carácter interno.

El colofón de esta sobresaliente obra colectiva lo constituye el capítulo elaborado por Iracema Gálvez Puebla, Joanna Pereira Pérez y Dariana Lázara Martínez Hernández. En el se hace un estudio de la violencia contra las personas mayores con discapacidad en Cuba, pero que es válido en muchas de sus conclusiones a otros países. Se fija, en primero lugar, el ámbito material del estudio y se expone su tratamiento en los instrumentos internacionales, principalmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A continuación, se estudian con detenimiento las características de la víctima, del victimario (agresor, que no identifica con un delincuente o criminal) y del medio en el que el maltrato se produce. De su lectura, y centrándonos en el denominado victimario, cabe pensar en que se podrían adoptar medidas que permitieran reducir los factores de riesgo que apunta el autor: falta de ayuda, falta de socialización, agotamiento, falta de formación, etc.

En definitiva, se trata de una obra muy destacable, de lectura amena y ágil, pero que aborda problemas de gran complejidad y ofrece propuestas de gran calado. Una pequeña crítica, anecdótica, es que en su título se prioriza la concisión y emplea la expresión “discapacitados” en lugar de “personas con discapacidad”, que es la más aceptada y la que acoge la Convención de las Naciones Unidas.

Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ  
*Universidad de Navarra*



HOBE, Stephan, SCHMIDT-TEDD, Bernhard, SCHROGL, Kai-Uwe, (Editores), MORO AGUILAR, Rafael, POPOVA, Rada (Editores Asistentes), *Comentario de Colonia al Derecho del Espacio. Tratado del Espacio*, Madrid, Dykinson, 2021, 506 pp.

El libro que se comenta es el primer volumen de tres publicados anteriormente por iniciativa del Instituto de Derecho Aéreo y Espacial de la Universidad de Colonia y del Centro Aeroespacial de Alemania. Al celebrarse el 55° aniversario de la elaboración del Tratado del Espacio de 1967 se presenta esta versión en español del Volumen I del *Comentario de Colonia al Derecho del Espacio: Tratado del Espacio*.

El Comentario de Colonia apareció por primera vez en su versión en lengua inglesa en tres volúmenes entre 2009 y 2015. El volumen I está centrado en el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes” (Tratado del Espacio). El volumen II publicado en el año 2013 se aboca a los cuatro tratados relativos al espacio que fueron celebrados en el ámbito de la ONU: Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1968; Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972, Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1974 y el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 1979. El volumen III, publicado en 2015, contiene estudios sobre las Resoluciones y Declaraciones de Principios que fueron adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre las actividades espaciales.

La obra brinda un análisis sobre el derecho espacial vigente incluyendo las normas jurídicas internacionales nacidas en el ámbito de Naciones Unidas como

fuera de la organización, las prácticas espaciales vinculadas y pone el acento en la visión europea del derecho del espacio. Incluye estudios profundos realizados por especialistas de amplia trayectoria en la especialidad y una visión interdisciplinaria.

Del volumen I existen traducciones al idioma ruso y chino. La versión española surge de conversaciones, sobre la necesidad de contar con una traducción a este idioma, entre *Bernhard Schmidt-Tedd*, integrante de la delegación alemana ante la Comisión de Naciones Unidas sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS) y *Rafael Moro Aguilar*, integrante de la delegación de España. Este último jurista acepta llevar a cabo la misión de dirigir el equipo de traducción. En la nota de los traductores a esta versión se subraya que “se ha aprovechado para actualizar la obra original en varios aspectos (incluyendo, en particular, en lo que concierne a los datos incluidos en las notas a pie de página) para así trasladarlo a plenamente a la actualidad del 2021”. Además, incorporan un pormenorizado estudio sobre la terminología empleada en el Tratado en su versión inglesa y española con importantes consideraciones jurídicas.

Desde el lanzamiento del *Sputnik 1* por la entonces Unión Soviética (URSS), el 4 de octubre de 1957, la sociedad internacional anheló un tratado que se convierta en una ley fundamental para el Espacio Ultraterrestre o Carta Magna del espacio al decir de la doctrina. Así, diez años después se adoptó el ya mencionado “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros

cuerpos celestes” que fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2222 (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Se abrió a la firma el día 27 de enero de 1967 y entro en vigor el 10 de octubre del mismo año.

La actividad espacial y el Tratado del Espacio surgen durante la Guerra Fría en un sistema internacional signado por una confrontación entre las dos superpotencias (EE. UU. y la URSS) de ese momento. Este tratado establece principios o líneas rectoras que responden a un entendimiento o consenso entre *Kennedy* y *Krushev*. En ese sentido, al decir del ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia, *Hisashi Owada*, en el Prefacio al libro que se comenta “este Tratado sentó por primera vez en la historia los fundamentos del régimen jurídico-internacional aplicable a las actividades espaciales. El principal objeto y fin del Tratado fue extender la legalidad internacional al nuevo ámbito del espacio ultraterrestre...”.

El *Comentario Colonia al Derecho del Espacio* se circunscribe al Tratado del Espacio de 1967. Se estructura en base a una aproximación desde la historia y la negociación del Tratado, el comentario al Preámbulo y a sus 17 artículos que son analizados en profundidad siguiendo el esquema de introducción, historia de las negociaciones y redacción del texto, comentario y perspectivas futuras.

La obra se inicia indagando sobre las circunstancias históricas en las cuales se negoció el tratado teniendo en cuenta las consideraciones que se planteaban en ese momento, como ser: si debían realizarse negociaciones bilaterales solo entre los Estados con capacidad satelital o elaborar un convenio multilateral; los intereses de los Estados que realizaban actividades espaciales frente a aquellos no la realizaban; uso militar o no militar; intereses de los Estados desarrollados frente a los no desarrollados. Los auto-

res destacan el rol de Naciones Unidas como intermediario entre las principales superpotencias de ese momento dando marco a las negociaciones multilaterales, el contexto militar que rodeaba a las conversaciones diplomáticas y las reivindicaciones de los Estados en desarrollo por instaurar un nuevo orden económico internacional.

Los autores se detienen en el desarrollo de la tecnología satelital aproximándose a los principales logros tecnológicos que permiten utilizar el espacio ultraterrestre: lanzadores, satélites artificiales, vuelos tripulados, sondas científicas, beneficios o retornos indirectos (*spin offs*). Luego de haber realizado un análisis histórico de las negociaciones que condujeron al Tratado del Espacio destacan entre las perspectivas futuras que “subsiste un equilibrio delicado entre las ambiciones de muchos Estados por materializar de algún modo la cooperación internacional en el uso del espacio ultraterrestre, y la cooperación internacional que de hecho ya se ha institucionalizado de forma sólida”. Un claro ejemplo es la Agencia Espacial Europea (ESA) en el ámbito regional europeo. Además, se deben considerar la creciente tendencia a la comercialización y privatización de las actividades espaciales donde se destacan la teleobservación y los servicios de lanzamiento, telecomunicaciones, navegación por satélites, vuelos espaciales tripulados y turismo espacial. Entre los desafíos a que se hace frente se encuentran los desechos espaciales y la brecha tecnológica existente entre los Estados en desarrollo y los desarrollados. A esto se suma que después de “1980 no se negociaron ni adoptaron nuevos acuerdos internacionales sino solamente Resoluciones de Asamblea General de Naciones Unidas” y como reflexionan los autores que “solo cabe expresar la esperanza de que la comunidad internacional regrese a la vía de asumir textos jurídicos vinculantes puesto que el mantenimiento del

imperio de la ley es un factor decisivo para garantizar las relaciones internacionales pacíficas”.

Al analizar el Preámbulo se considera que es parte de su *contexto* conforme el Art. 31 párrafo 2 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 y es fuente primaria para la interpretación del tratado internacional y que no generan compromisos jurídicos que vayan más allá del texto del mismo.

Al analizar el Artículo I se comienza señalando la diferencia entre el régimen jurídico del espacio aéreo y del espacio ultraterrestre, y la laguna producida por la ausencia de una delimitación entre ambos espacios. Se hace referencia a la práctica más reciente de los Estados que indica “que podría estar surgiendo una norma de derecho internacional consuetudinario en el sentido que la órbita más baja de los satélites artificiales de la Tierra (aproximadamente entre los 95 y 110 km sobre el nivel del mar) es parte del espacio ultraterrestre”, y se agrega que “la situación del espacio en el área comprendida entre los 80 y 110 km de altitud no está del todo clara”.

Se considera también la ausencia de una definición sobre el espacio ultraterrestre. En ese sentido, los autores postulan que puede afirmarse que “el espacio ultraterrestre abarca el espacio circunplanetario y el espacio interplanetario del universo, comenzando la delimitación del espacio ultraterrestre alrededor de la Tierra por lo menos a los 110 km sobre el nivel del mar”. El Tratado del Espacio tampoco brinda una definición de cuerpos celestes y objetos espaciales. Se estima que los primeros son resultado de la “creación natural del universo”; mientras que los segundos pueden definirse como aquellos que “son creados por el hombre, que son llevados al espacio y están diseñados para ser utilizados en el espacio ultraterrestre”. El análisis del Artículo I se detiene también en los términos “in-

cumbencia de toda la humanidad”, “las libertades del espacio ultraterrestre”, “discriminación”, “derecho al libre acceso”. Se hace hincapié en los derechos de los beneficiarios de las libertades, destinatarios de las obligaciones y límites de los derechos garantizados.

En el Artículo II se analiza el principio de “no apropiación” como norma fundamental que regula la exploración y utilización del espacio ultraterrestre. Se puntualiza que este principio confirma que el espacio ultraterrestre (incluida la Luna y los cuerpos celestes) no está sujeto a derechos de propiedad y prohíbe toda reivindicación de soberanía o de territorio en el espacio y cuerpos celestes. Se subraya que este principio constituye un elemento esencial del derecho internacional del espacio y debe preservarse y cumplirse en la realización de todas las actividades espaciales. Se indaga sobre el rol de los entes privados en relación al principio de no apropiación. Además, se consideran los términos “uso u ocupación” a la luz del presente artículo. A continuación, los autores reflexionan sobre la posibilidad de explotación de los recursos naturales y la capacidad de regulación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la asignación equitativa de posiciones orbitales.

El Artículo III establece que los Estados deben realizar sus actividades de exploración y utilización conforme al derecho internacional incluida la Carta de Naciones Unidas. Al analizar esta disposición los autores se plantean interesantes cuestiones que tienen su respuesta a lo largo del análisis. ¿el derecho internacional se aplica *in toto*? ¿la Carta se aplica *in toto*? ¿el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho también se aplican? ¿en qué medida? ¿qué supone esta obligación respecto de la aplicación de otras normas jurídicas internacionales posteriores? Los autores concluyen que

“la flexibilidad con que fue redactado el Artículo III asegura que las futuras modificaciones que se produzcan en el Derecho Internacional incluida la Carta de las Naciones Unidas se extienden al espacio ultraterrestre (y a su utilización) en el sentido más amplio”.

El Artículo IV para los autores es el eje central de los usos militares del espacio en el Tratado del Espacio y es considerado un límite a la libertad de exploración y utilización establecido en el párrafo 2 del Artículo I. No obstante, señalan que “el Tratado del Espacio, en tanto que, tratado de principios, se configura en términos generales. Por lo tanto, el Artículo IV, como una de las primeras y más importantes disposiciones sobre control de armas, se complementa con otros tratados sobre control de armas”. Se subrayan las dos obligaciones que contiene este artículo: 1) la prohibición de colocar armas de destrucción en masa en órbita alrededor de la Tierra (párrafo 1) y 2) la utilización de la Luna y demás cuerpos celestes exclusivamente con fines pacíficos (párrafo 2). Si bien las obligaciones son claras, los autores en el Comentario consideran que el Artículo IV en su conjunto no proporciona ninguna definición que ayude a aclarar términos como “usos militares”, “arma espacial”, “usos pacíficos”, o que permita una distinción clara entre los términos “pacífico” y “exclusivamente pacífico” o “armas de destrucción en masa”. Profundizan el análisis en las expresiones “colocar en órbita alrededor de la Tierra” y “a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma”.

El Artículo V en expresión de los autores contiene un elemento humanitario que es la protección efectiva de las personas involucradas en la exploración del espacio ultraterrestre en provecho de toda la humanidad. Focalizan en la expresión “los astronautas como envia-

dos de la humanidad” considerando que desde una perspectiva amplia se debe tener en cuenta tres aspectos que son: la situación en que los astronautas están en peligro en algún lugar de la Tierra; la segunda es la misma situación, pero en el espacio, y la tercera centralizada en la obligación de brindar información. Los autores señalan que estos tres elementos son la piedra angular del Artículo V y presentan el punto de partida para cualquier debate significativo sobre el lugar y función del artículo en el Tratado del Espacio y en el Derecho Espacial en su conjunto. En relación a las perspectivas futuras, se observa que el término astronauta será cada vez menos apropiado si individuos con motivaciones privadas y escaso entrenamiento son lanzados por razones comerciales al espacio exterior.

En el Artículo VI, los autores consideran que se establece un límite a la libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre (Artículo I, párrafo 2) debido a que instituye una responsabilidad internacional sobre las actividades nacionales y sobre las actividades llevadas a cabo por las organizaciones internacionales. Esta responsabilidad debe diferenciarse de la regulada en el Artículo VII. La responsabilidad (*responsibility*) supone asumir las actividades, mientras que el deber de reparación (*liability*) se genera por los daños causados por objetos espaciales. La responsabilidad (*responsibility*) se atribuye al “Estado pertinente” en tanto que la obligación de reparar (*liability*) se atribuye al Estado o Estados involucrados en el lanzamiento de un objeto espacial. Profundizan el análisis en relación a las actividades nacionales en el espacio ultraterrestre llevadas a cabo por entes gubernamentales y no gubernamentales. En relación a estos últimos, la responsabilidad estatal se extiende a la autorización y fiscalización permanente. El Artículo VI también considera responsable a las organizaciones internacionales junto con los Estados

que participan en ella, aspecto que también es desarrollado en los Comentarios de Colonia.

En el Artículo VII, consideran los autores que se establece un nexo jurídico entre la responsabilidad internacional que tiene cada Estado sobre sus actividades espaciales nacionales (Artículo VI) y su responsabilidad internacional por los daños causados por sus objetos espaciales. Destacan la necesidad de diferenciar el Artículo VI del VII. En el primero, la responsabilidad es del Estado que desarrolla actividad nacional conforme al Derecho Internacional en el espacio sin importar si proviene de un ente gubernamental o no gubernamental. Mientras que, en el segundo, se impone una responsabilidad internacional solo sobre aquellos Estados considerados de lanzamiento.

Los autores estiman que el efecto combinado de los Artículos VI y VII es asegurar que los Estados asuman una doble responsabilidad: sobre sus actividades espaciales nacionales y sobre los daños que estas puedan causar a otros Estados partes y a sus nacionales. En ese sentido, por el hecho de lanzar un objeto espacial, de promover su lanzamiento o de facilitar dicho lanzamiento desde una instalación o base de lanzamiento propia. Se analiza en profundidad el concepto de Estado de Lanzamiento.

En el Artículo VIII los autores señalan que los términos “registro”, “jurisdicción y control” y “derecho de propiedad” son el eje central. Consideran que este artículo coloca la jurisdicción y control en las manos de un único Estado de lanzamiento, mediante el mecanismo del registro. Se establece la existencia de un Registro nacional de objetos espaciales para cada Estado parte en el Tratado. Marcan la vinculación con el Convenio sobre Registro. Un aspecto interesante es el análisis que realizan sobre la posible aplicación del *principio de vinculo genui-*

*no* empleando una analogía con el Derecho del Mar.

El Artículo IX para los autores está dividido en partes. Una primera donde codifica una serie de principios sustantivos relativos a la cooperación, la asistencia mutua, obstáculos potencialmente perjudiciales y contaminación; mientras que la segunda parte establece un deber de consulta. Reflexionan que, debido a su formulación programática, el presente artículo, deja las cuestiones abiertas más que aportar soluciones. Entre otras cuestiones, se detienen en el principio de “debida consideración” (*due regard*) y consideran que se refiere a ejecutar o llevar a cabo una acción con un determinado nivel de cuidado, atención o diligencia. Se detienen en la importancia de este artículo en relación a la protección ambiental.

En el Artículo X se focaliza en la cooperación internacional y señalan que existe una red en materia de actividades espaciales que comprende varios niveles y tiene diferentes formas jurídicas e institucionales. Consideran que la cooperación internacional puede instrumentarse mediante acuerdos entre las partes interesadas.

El Artículo XI reafirma la cooperación internacional con fines pacíficos como un principio básico del Derecho del Espacio, en palabras de los autores. Se detienen en el análisis en el vínculo entre la cooperación internacional y la información; ya que esta abarca varios aspectos: la naturaleza de las actividades espaciales, la marcha, la localización y el resultado de dichas actividades. No se deja al margen del análisis la obligación de informar al público.

En relación al Artículo XII, los autores estiman que enfatiza la cooperación internacional en la medida que establece el régimen legal para las visitas a instalaciones situadas en la Luna y otros cuerpos celestes. Estas visitas deben basarse

en la reciprocidad, y la notificación y consulta con anterioridad. Consideran que, dada la ausencia de práctica, este artículo debe interpretarse bajo el concepto de medidas que fomenten la confianza.

En el análisis del Artículo XIII se considera que la cooperación internacional es una necesidad del esfuerzo espacial y responde al entendimiento de que, en un entorno de alto riesgo, un Estado Parte no puede eludir su responsabilidad atrás del “velo corporativo” que le permita transferir su responsabilidad a una organización internacional intergubernamental.

Los Artículos XIV, XV, XVI y XVII establecen formalidades, pero también son

objeto de consideraciones por parte de los autores del Comentario de Colonia al Derecho del Espacio.

La obra que se comenta es un valioso aporte al conocimiento del Tratado del Espacio desde las negociaciones y las consideraciones sobre sus perspectivas futuras. El análisis reviste rigor científico y una visión que comprende en su totalidad al Derecho del Espacio. Su principal valor es demostrar la actualidad de un tratado celebrado en 1967 y su ductilidad para adaptarse a los avances tecnológicos de nuestros días.

Luis Fernando CASTILLO ARGANARÁS  
*Universidad Argentina de la Empresa*  
 (UADE)

IRIARTE ÁNGEL, FRANCISCO DE BORJA: *La necesaria actualización del sistema de resolución de los conflictos internos de leyes*, Madrid, Dykinson, 2023, 183 pp.

Si ya desde el siglo pasado la doctrina venía clamando la necesidad de una Ley de carácter general que resolviera los problemas de Derecho Interregional (atendiendo al contenido y a las peculiaridades de los Derechos civiles forales), sin obtener satisfacción alguna por parte del legislador competente para colmar dicha aspiración doctrinal, sea bienvenida y aplaudida en estos momentos una obra, como la que es objeto de la presente recensión, que lleva por título “La necesaria actualización del sistema de resolución de los conflictos internos de leyes”.

Antecede a su publicación un riguroso trabajo de investigación que culminó con la que fuera Tesis doctoral de su autor, que obtuvo la máxima calificación académica, como puede leerse en el Prólogo escrito por el Profesor Juan José Álvarez Rubio. A la profundidad del estudio que conlleva la realización de una

memoria de tesis, se une en este caso, el conocimiento preciso y cercano de la práctica judicial, derivada de la actividad profesional de Francisco de Borja Iriarte Ángel como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La monografía tiene como objeto la problemática que los conflictos de leyes internos generan en el marco del ordenamiento plurilegislativo español, aunque no se limita a los conflictos de leyes puramente interregionales, carentes de elemento extranjero; incluye también aquellas situaciones en las que, como consecuencia de la solución conflictual de una relación privada internacional, resulta de aplicación el Derecho Español, siendo preciso determinar cuál de los Derechos civiles coexistentes es el aplicable, solapándose al conflicto de leyes internacional el conflicto de leyes interno. No en vano en el inicio de la obra el autor, con



gran acierto, califica el sistema español de “multiconflictual”.

Y es así como comienza el primer apartado de la monografía, estructurada en dos partes bien diferenciadas. En una primera parte, se abordan las cuestiones generales y los presupuestos constitucionales de la regulación de los conflictos internos de leyes, introduciendo al lector en el escenario conflictual y en el complejo entramado normativo en el que se suscitan. En la segunda parte, denominada “Estatuto personal y conflictos internos”, se realiza un análisis de ley aplicable, destacando el impacto que las normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea y de los Convenios internacionales tienen en los conflictos de leyes internos, según la materia que es objeto de las mismas.

En la Parte Primera, titulada “Cuestiones comunes”, el autor responde a los interrogantes que encabezan sus distintos apartados, y que constituyen los pilares sobre los que se cimienta la solución de los conflictos de leyes internos, como son: (1) el alcance de la competencia exclusiva del legislador estatal sobre las normas de solución de conflictos de leyes, tanto en cuanto a las técnicas normativas como en la inclusión o no en esa competencia de los conflictos de leyes interlocales; (2) la línea divisoria entre la situaciones internacionales e internas en función de la presencia del elemento de extranjería; (3) el cuestionamiento del principio de unidad de soluciones que inspiró la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 y que tuvo como eje la remisión del artículo 16.1 a las normas de Derecho Internacional Privado del mencionado Título y por último, (4) el alcance que actualmente tiene dicha remisión, cuando algunas de las normas remitidas han sido desplazadas por Reglamentos de la Unión Europea, y en otras el legislador ha incorporado las soluciones convencionales, que ya

por su carácter universal desplazaban las normas de fuente interna. De todo ello concluye el autor, y no le falta razón, que el sistema resulta inconsistente e inadecuado a las necesidades actuales, y que nos encontramos ante un principio “teórico” de unidad de norma de conflicto que debe considerarse severamente modulado.

En la Segunda Parte, y a modo de parte especial, se realiza un estudio de las soluciones de los conflictos de leyes por materias, y a la luz del triple plano normativo, el convencional, el institucional (UE) y el de fuente autónoma; destacan, por su especial interés, los apartados relativos a la interacción entre las normas emanadas de las diferentes fuentes, cuando se proyectan sobre una relación privada internacional a la que resulta aplicable la ley española, o dicho de otro modo, la problemática de la remisión de la norma de conflicto internacional o europea al sistema plurilegislativo español.

Comienza esta parte especial, analizando el papel de la vecindad civil como determinante del estatuto personal, y también como punto de conexión que reemplaza a la nacionalidad en la proyección de las normas de conflicto del Título Preliminar a los conflictos internos; no se elude el debate del problema al que el autor se refiere como la “(no) vecindad civil de los extranjeros”, ausencia de conexión que, sin embargo, no debe impedir la aplicación, en pie de igualdad, de uno u otro derecho civil español a las pretensiones de los extranjeros cuando les sea aplicable la ley española. El autor se pronuncia al respecto, posicionándose en una postura de severa crítica respecto a la errada interpretación, mantenida en algunas Resoluciones de la DGRN /DGS-JFP, en relación con el rol que desempeña la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes.

A continuación, y tras un exhaustivo estudio de las normas de conflicto apli-



cables, tanto en el plano de las relaciones privadas internacionales como interregionales (en materia de régimen económico matrimonial, filiación, protección de menores y de adultos, obligaciones de alimentos, sucesiones y forma de las disposiciones testamentarias, crisis matrimoniales y parejas de hecho) queda demostrada la quiebra de la identidad de soluciones como principio general.

Las tesis de la remisión dinámica o literal del artículo 16.1 del Código Civil a las normas de Derecho Internacional Privado del Título Preliminar, se ve hoy en día aparentemente superada por la acción, ya sea consciente o inconscientemente, del legislador que, con ocasión de la reforma del Código Civil por la Ley 26/2015, incorporó por referencia en su articulado algunas soluciones convencionales, como sucede en las normas de conflicto sobre el contenido de la filiación, la protección de menores y las obligaciones de alimentos; normas convencionales, que en virtud de la remisión del 16.1 se aplican igualmente en los conflictos de leyes puramente internos. Mientas que, en otras materias, como los regímenes matrimoniales o las sucesiones, objeto en su dimensión internacional de sendas soluciones conflictuales de fuente institucional, se mantiene la dualidad, al ser objeto en su dimensión interna de las normas de conflicto del Título Preliminar, a las que literalmente se remite el artículo 16.1 del Código Civil.

El último de los apartados de esta parte especial aborda la singularidad que en este esquema supone la regulación conflictual de las parejas de hecho registradas, cuyas relaciones patrimoniales son objeto del Reglamento de la Unión Europea 2016/1104, sin que exista normativa conflictual de fuente interna, por lo que la remisión del artículo 16.1 conduce a un vacío normativo, mientras que, sin embargo, ha sido objeto de diversas normativas autonómicas. La acción del

legislador es considerada en esta materia como prioritaria por la inseguridad jurídica existente.

Recapitulando, y tras la sosegada lectura del libro, en el que el autor ilustra el discurso doctrinal, con la práctica judicial y registral más actual y relevante, y con numerosos ejemplos que ponen de relieve las carencias del sistema o incluso la ausencia del mismo, sólo cabe hacerse las mismas preguntas que él plantea al final de la obra ¿Dónde estamos? ¿Hacia dónde podemos dirigirnos? Dejemos a los lectores que valoren las opciones que sugiere como conclusión y que en cualquier caso se hagan eco de esa “necesidad legislativa prioritaria” de reconstruir el sistema de solución de conflictos de leyes internos.

La monografía que ha sido objeto de esta recensión constituye un paso adelante en ese camino y una aportación doctrinal de imprescindible lectura para académicos y prácticos del Derecho, que se enfrentan con la compleja tarea de encontrar soluciones adecuadas a las situaciones heterogéneas que se plantean cada día en una sociedad cada vez más internacionalizada e interrelacionada. Pero, sobre todo, es una llamada de atención al legislador estatal, responsable de aportar un marco normativo adaptado al actual escenario de los conflictos de leyes internos, que teniendo en cuenta las soluciones conflictuales adoptadas en los Convenios y en la normativa de la Unión Europea, aporte seguridad jurídica y coherencia, de modo que no se vean afectados los derechos de los particulares cuando sus relaciones jurídicas entran en concurso con otros ordenamientos jurídicos, convirtiéndolas en internacionales o interregionales, y por tanto objeto del Derecho Internacional Privado.

M<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero  
*Universidad de Zaragoza*

JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, *La Unión Europea y la promoción de sus valores y objetivos a través de los acuerdos con terceros*, Tirant lo Blanch, 2024, 309 pp.

Los valores de dignidad, libertad, democracia, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos constituyen, de conformidad con el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), el fundamento y razón de ser del proceso de integración europea. Se erigen así en condición de adhesión a la UE en aplicación del art. 49 TUE, pero también en condición de permanencia de los Estados miembros en la Organización, tal y como se predica del procedimiento previsto en el art. 7 TUE y la eventual —y todavía teórica— suspensión temporal de los derechos inherentes a dicha membresía. Los objetivos asignados a la Unión, por su parte, condicionan la aplicación de principios tan fundamentales para el ordenamiento europeo como los de atribución, subsidiariedad, cooperación leal o equilibrio institucional, cuya operatividad y respeto se mide precisamente en función de la contribución a la realización de los objetivos políticos concretos que se han asignado a la Unión. Esta relevancia constitucional de primer orden que comparten los valores y objetivos de la UE no sólo se manifiesta, como es evidente, a la hora de desarrollar sus políticas internas, sino que también se plasma en su acción exterior. Como se desprende de los artículos 3.5 y 21 TUE, la acción internacional de la Unión se fundamenta, como no podía ser de otra manera, en estos valores, los cuales habrá de promover y defender, esforzándose al mismo tiempo por lograr un alto grado de cooperación internacional en diversos ámbitos políticos con el fin de alcanzar una serie de objetivos específicos de sus relaciones exteriores, tales como el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza en los países en desarrollo, la integración de

todos los países en la economía mundial o la protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Y aunque los términos empleados en estos preceptos del TUE no parezcan remitir a obligaciones de resultado, lo cierto es que la importancia que los valores y objetivos de la Unión presentan para el diseño y desarrollo de su acción exterior va más allá del simbolismo, por lo que la exigencia jurídica de su realización ha de encontrar formas concretas de plasmación que permitan que la acción internacional de la Unión respete estos mandatos que el Derecho originario le impone.

La obra que el profesor Jiménez Pineda acaba de publicar se centra precisamente en una de estas formas, al conectar la intensa actividad convencional de la UE con los valores que le sirven de fundamento y los objetivos para cuya realización fue creada. Así, el objeto central de esta monografía consiste en evaluar cómo la Unión, a través de su *treaty-making power* en tanto que manifestación más acabada de su subjetividad internacional, trata de promover sus propios valores y objetivos, que son reflejo de su autonomía pero que dejan también traslucir su compromiso con principios esenciales del Derecho internacional. Su autor elige así, con gran acierto, abordar un tema —la promoción de los valores y objetivos de la UE a través de su acción exterior— que, siendo objeto de atención tradicional del Derecho de las relaciones exteriores de la UE, no pierde interés ni actualidad con el paso del tiempo. Y lo hace desde una perspectiva jurídica que podemos calificar de clásica por dos motivos. En primer lugar, se centra en analizar la actividad convencional de la Unión, particularmente los acuerdos internacionales que cabe caracterizar de

“globales”, esto es, los acuerdos de asociación, de cooperación y comerciales, por oposición a aquellos de enfoque más sectorial, centrados en el ejercicio de las competencias asignadas a una política concreta. En segundo lugar, pone el acento en la práctica que, consolidándose desde sus inicios en los años 90, consiste en la inserción de cláusulas específicas en tales acuerdos por las que se supedita o condiciona la aplicación de los mismos al respeto de estos valores. Frente a una condicionalidad positiva, estas cláusulas ejemplifican una condicionalidad de carácter negativo al prever que los valores de respeto de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho sean considerados “elementos esenciales” de los acuerdos, cuya violación por la otra parte pueda dar lugar a la apertura de consultas y, en su caso, a la suspensión de la aplicación de los propios acuerdos. Además de estas cláusulas características de la acción exterior de la UE, la obra pone también el foco en cómo los “acuerdos globales” que la Unión celebra contribuyen a la consecución de dos objetivos particulares, la cooperación al desarrollo y la protección medioambiental, por tratarse de ámbitos prioritarios para las relaciones exteriores de la UE en los que destaca especialmente el liderazgo que esta ejerce en la escena internacional y por gozar de un alcance transversal para el conjunto de la acción de la Unión.

La importancia del análisis que la obra acomete se acentúa si atendemos a la medida en que la evaluación de la actividad internacional de la UE por referencia a la promoción de estos valores y objetivos permite asimismo valorar el grado de realización del principio estructural de coherencia, el cual, si bien ha de predicarse del conjunto de políticas de la Unión (art. 7 TFUE), cobra especial relevancia como exigencia que ha de materializarse entre los distintos ámbitos de su acción exterior y entre estos y las restantes políticas en las que

la UE es competente (art. 21.3, segundo párrafo, TUE). Nótese, a este respecto, cómo los valores aquí destacados no sólo fundamentan la acción internacional de la Unión y han de ser promovidos en sus relaciones exteriores, sino que “consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional” se erige también en objetivo concreto de esta acción exterior. Dicho objetivo, junto con los de cooperación al desarrollo y protección medioambiental, figuran en el listado que la reforma de Lisboa introdujo en el art. 21.2 TUE, por lo que el ejercicio de toda competencia externa de la Unión, además de cumplir sus objetivos específicos, se somete, en consecuencia, a estos y se inscribe así en una lógica de coherencia global a la que debe aspirar la UE como actor internacional (en este sentido, E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, L.G.D.J., 2010, pp. 144-145), llegando a convertirse en *conditio sine qua non* de la efectividad de su acción exterior (M. Estrada Cañamares, “Building Coherent EU Responses: Coherence as a Structural Principle in EU External Relations”, en M. Cremona (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Hart, 2018, p. 246).

Antes de abordar el objeto central de la obra, el capítulo primero repasa algunas cuestiones generales relativas a las bases constitucionales de la acción exterior de la UE. Para ello, tras referirse a su personalidad jurídica internacional, aporta algunas pinceladas sobre la naturaleza de las competencias externas en materia comercial —centrándose, para ello, en una interpretación estricta del Dictamen 2/15 que cabría matizar a la luz de la sentencia dictada en el asunto *OTIF* en la que el Tribunal de Justicia permitió considerar facultativo el recurso a los acuerdos mixtos en ámbitos de competencias concurrentes—, y recuerda ciertos aspectos del procedimiento

de celebración de acuerdos internacionales recogido en el art. 218 TFUE o de la recepción de estos en el ordenamiento jurídico de la UE antes de realizar un recorrido por los principales acuerdos “globales” celebrados por la Organización.

Tras esta contextualización, el capítulo segundo de la obra describe detalladamente la práctica relativa a la inserción, en los acuerdos internacionales celebrados por la UE, de cláusulas que condicionan la aplicación de los compromisos internacionales contenidos en dichos acuerdos al respeto y realización de los valores de protección de los derechos humanos, democracia y Estado de Derecho. A estos efectos, Jiménez Pineda distingue, en su análisis, entre la *cláusula de derechos humanos y democracia* y la cláusula de promoción del Estado de Derecho, la cual ha venido a añadirse con posterioridad al año 2000 y a la que resulta idóneo atender especialmente en momentos, como los actuales, en que su respeto *ad intra* está siendo cuestionado en algunos Estados miembros. En uno y otro caso, se van desgranando las disposiciones relevantes que contienen dichas cláusulas de los principales “acuerdos globales”, siguiendo una subdivisión que atiende a la década de su formulación, y se valora asimismo la invocación de estas cláusulas, cuya aplicación práctica resulta, sin duda, decepcionante por su limitado alcance en contraste con la realidad política que caracteriza a un número importante de países socios de la UE. Llama especialmente la atención constatar, como hace el autor, cómo la invocación práctica de las *cláusulas de derechos humanos y democracia* se vincula generalmente con vulneraciones de esta última y se ha producido, hasta el momento, solamente en relación con Estados ACP y, por tanto, en aplicación del art. 96 del Acuerdo de Cotonú, recientemente revisado tras la firma del Acuerdo post-Cotonú, que no deja de reforzar los “elementos esenciales” de esta asocia-

ción. La práctica seguida respecto de la *cláusula de Estado de Derecho* se relaciona igualmente con Estados ACP y resulta aún más limitada, en contraste con la relevancia de este valor y la cada vez mayor atención que recibe en el seno de la Unión a tenor de los significativos desarrollos legislativos y jurisprudenciales de los últimos años.

El capítulo tercero de la obra aborda cómo los acuerdos internacionales celebrados por la UE se refieren explícitamente a los objetivos de cooperación al desarrollo, por una parte, y de protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, por otra, fines ambos que la Unión debe perseguir en su acción exterior. Como es bien conocido, la UE desarrolla una intensa acción exterior en materia de cooperación al desarrollo y también en materia medioambiental, a través de la conclusión de acuerdos internacionales sectoriales o específicos en estos ámbitos sobre la base de las competencias externas que se derivan de los art. 208 y 191 TFUE, respectivamente. No obstante, este capítulo se centra en observar cómo, de nuevo, los acuerdos “globales” de la UE, bien sean de asociación, de cooperación, o comerciales, se vinculan con estos objetivos que el Derecho originario, concretamente los art. 11 y 208.1 TFUE, califica de transversales y que, por tanto, han de ser perseguidos a través de cualquier política o acción de la Unión. Tras destacar la importancia de la acción exterior de la Unión tanto en la cooperación al desarrollo como en la protección del medio ambiente, el autor detalla nuevamente los preceptos relevantes de una serie de acuerdos “globales” y muestra cómo ambos objetivos llegan a vincularse entre sí, al aparecer formulados, en los acuerdos más recientes, en relación con el desarrollo sostenible. Su análisis le permite concluir que la protección medioambiental ha adquirido, en todo caso, un mayor peso en la

acción exterior de la UE que la cooperación al desarrollo.

Cierran la monografía unas interesantes y acertadas consideraciones finales que, por un lado, reclaman, en términos generales, mayor rigor en la aplicación práctica y precisión en la formulación de las cláusulas que promueven los valores de la Unión y, por otro, destacan el distinto grado de importancia que adquieren los objetivos de desarrollo y protección medioambiental en los acuerdos globales, abogando por un mayor alineamiento

de otras potencias en su consecución. Sienta así las bases para desarrollos posteriores en los que profundizar acerca de la posibilidad de contar con modos y mecanismos más precisos que garanticen el respeto de la exigencia de coherencia de la acción exterior de la UE, lo que redundará en afianzar su identidad y credibilidad como actor internacional.

Paula GARCÍA ANDRADE

*Universidad Autónoma de Madrid*

MARTÍNEZ SAN MILLÁN, Carmen, *La integración normativa de los derechos laborales fundamentales en los sistemas comerciales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 623 pp.

La tendencia a la fragmentación normativa es una característica esencial del derecho internacional que, en los últimos años, se ha visto acentuada a raíz de la diversificación y proliferación de regímenes o sistemas internacionales especializados, relativamente autónomos, que vienen a ofrecer respuesta a los desafíos que plantea la sociedad internacional contemporánea. Como bien destaca la Dra. Martínez San Millán, la convivencia de una pluralidad de regímenes internacionales, cuyos principios rectores pueden ser fundamentalmente distintos, en ciertas ocasiones, hace que “se genere una pérdida de seguridad jurídica y conflictos entre las normas de un mismo o de diferentes regímenes internacionales cuando se contradicen entre sí y se haga imprescindible el recurso a diversas técnicas jurídicas para evitarlos” (p. 25). En este contexto, la integración normativa se convierte en una de las herramientas jurídicas más adecuadas para tender puentes que permitan entrelazar, de una forma coherente, estos regímenes fragmentados.

Esta monografía, muy adecuada en cuanto a extensión y contenido, recoge una versión adaptada y actualizada de la tesis doctoral que la autora defendió en la Universidad de Valladolid en junio de 2022 y es fruto de un análisis riguroso y crítico que, sin embargo, mantiene una exposición clara de las implicaciones jurídicas del ámbito temático objeto de estudio. A lo largo de los cinco capítulos que componen la obra, la autora explora los desafíos que emergen del conflicto entre el derecho internacional laboral, que “persigue la efectiva protección de los derechos de los trabajadores”, y el derecho comercial internacional, “que tiene como finalidad la liberalización de los intercambios comerciales que, enturbiada con prácticas como el *dumping social*, puede derivar en incumplimientos de los derechos laborales fundamentales” (p. 34).

En la sección de carácter introductorio la autora plantea la hipótesis de su investigación y comienza mostrando el vínculo existente entre dimensiones sustantivas que convergen en la presente investigación, a saber, el comercio y el

trabajo, desde una perspectiva material, así como desde el prisma de la integración formal de las cláusulas de condicionalidad laboral en las normas que regulan el comercio internacional. Por lo demás, los capítulos I y II comprenden un análisis exhaustivo de los derechos laborales fundamentales, su posición en el ordenamiento jurídico internacional y los mecanismos de tutela articulados en la centenaria Organización Internacional del Trabajo (OIT), y los capítulos III, IV y V, se centran en su integración en los diversos sistemas que regulan el comercio internacional a nivel multilateral, regional o bilateral y unilateral.

Una vez precisados en estos términos los enfoques de la investigación, por lo que hace al capítulo I, la autora centra el estudio en el concepto de “derechos laborales fundamentales”, definidos estos como “un conjunto de estándares internacionales que hacen referencia a un pequeño grupo de derechos humanos en el trabajo que proporcionan una guía para hacer del trabajo un entorno civilizado, digno y sostenible” (p. 43). Tras situar su base normativa en la Declaración de la OIT de 1998, se adentra en el análisis del contenido y alcance de los derechos consagrados en ella, esto es, la libertad de asociación y negociación colectiva, la eliminación de todo trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación del trabajo infantil, la no discriminación en el empleo y la seguridad y salud en el trabajo. Con vistas a comprender la importancia de su efectiva protección en el derecho internacional, el capítulo concluye con una revisión del controvertido debate de la naturaleza jurídica de los derechos laborales fundamentales como normas de *ius cogens* o de derecho imperativo.

En el segundo capítulo, la Dra. Martínez San Millán analiza en profundidad el “modelo en crisis” de la tutela de los derechos fundamentales en el contexto de la OIT y pone de manifiesto las insu-

ficiencias que ha revelado la aplicación práctica de los mecanismos de control a lo largo de los años. Así, destaca la complejidad en su articulación, el incumplimiento por parte de los Estados de la obligación de información o su remisión incompleta, el cuestionamiento de la labor de interpretación que lleva a cabo la Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, o la infrutilización de las sanciones contempladas en caso de un posible incumplimiento. Como salida al “punto muerto” en el que se encuentra este sistema (p. 211) la autora propone optar por un modelo de control más simplificado, actualizado y racionalizado.

Seguidamente, el capítulo III aborda el estudio de los principales hitos y los intentos fallidos de incorporar las disposiciones laborales en el sistema multilateral del comercio internacional y, una vez puesta de manifiesto la profunda crisis institucional que afronta la Organización Mundial del Comercio (OMC), la autora emprende una revisión teórica-doctrinal de los posibles modelos de integración normativa de los derechos laborales fundamentales en este entramado. Sin perder de vista que se trata de modelos cuyo grado de legitimidad, a menudo, se pone en tela de juicio, presenta un estudio bien articulado en el que analiza la efectividad y aceptación de las distintas técnicas jurídicas que podrían contribuir a una tutela más efectiva de los intereses protegidos. Así, explora el potencial de la interpretación evolutiva de los preceptos del GATT, la posible reforma de este acuerdo o la adopción de un nuevo instrumento multilateral o plurilateral, y la integración institucional en la estructura orgánica de la OMC, a través de grupos o actividades de cooperación. Recordando la buena experiencia del Comité sobre Comercio y Medio Ambiente, la autora propone que el punto de partida para lograr un avance en este ámbito sea la creación de un Comité análogo sobre Comercio y Derechos



Laborales Fundamentales que pueda facilitar un diálogo estructurado entre los Estados miembros.

Frente a la paralización prolongada de las negociaciones multilaterales, que ha ocasionado el desgaste de la centralidad del sistema multilateral del comercio, en los dos últimos capítulos de esta monografía, a través de un estudio de derecho comparado, se abre un espacio de reflexión sobre la articulación de modelos alternativos de regulación de los derechos laborales fundamentales, de modo que se integren en los sistemas bilaterales y regionales del comercio internacional, por una parte, o, en los sistemas comerciales unilaterales o autónomos, por otra.

De esta forma, en el capítulo IV, la autora estudia los distintos enfoques de condicionalidad laboral presentes en la prolija práctica convencional de Estados Unidos y de la Unión Europea. Así, no pasa por alto que la cooperación bilateral y regional se ha convertido en el instrumento predilecto para la regulación del comercio mundial del siglo XXI, en contraposición al foro multilateral de la OMC y a las actitudes proteccionistas, cada vez más notorias, de grandes potencias económicas. A propósito de las carencias que identifica y expone con claridad, realiza propuestas concretas y viables para lograr una mayor coherencia normativa en el contexto de los acuerdos comerciales regionales y bilaterales que conectan mercados altamente competitivos. En particular, la autora opta por un modelo que aúne las virtudes de la cláusula estadounidense que presenta características propias de lo que se ha denominado “unilateralismo progresivo” (p. 38) y la cláusula europea que aboga por el desarrollo sostenible y la protección de los derechos laborales fundamentales. Para ello, sostiene que la coherencia debe buscarse incluso en una fase más temprana, previa a la negociación

de los acuerdos comerciales, donde sería imprescindible buscar el asesoramiento técnico de la OIT. Del mismo modo, sugiere, con gran acierto, que el contenido sustantivo de las cláusulas laborales debería ser más uniforme, y aún más ambicioso, en cuanto a los compromisos de ratificación de los Convenios de la OIT, a través del reenvío interconvencional y, para su mayor efectividad, abarcar tanto aspectos de condicionalidad positiva, como negativa, con posibilidad de adoptar sanciones en caso de vulneración de estos derechos por parte de los países socios.

En esta misma línea, en aras de presentar un estudio exhaustivo de las opciones normativas que podrían contribuir a lograr una mejora de la tutela de los derechos laborales fundamentales, el capítulo V se dedica al análisis de la integración de estas normas en los sistemas unilaterales o autónomos de comercio internacional, con especial atención a la incorporación de la “condicionalidad social” en el sistema de preferencias arancelarias generalizadas (SPG) de Estados Unidos y de la Unión Europea. Una vez analizados los regímenes vigentes, la autora propone configurar un nuevo modelo de SPG universal que incorpore modificaciones análogas a las exploradas en el capítulo anterior, pero adaptadas a las particularidades que presenta los sistemas unilaterales del comercio internacional.

La obra culmina con una última sección que comprende, a modo de síntesis, las conclusiones de esta investigación. Aquí, la Dra. Martínez San Millán recapitula los resultados más destacados del extenso análisis que ha llevado a cabo, pero no se limita a una descripción teórica de las limitaciones que ha observado y expuesto en los capítulos previos, sino que aporta, además, propuestas de interés que aspiran a contrarrestarlas.



En definitiva, nos encontramos ante una monografía que se revela como valiosa aportación al estudio del régimen jurídico internacional de los derechos laborales fundamentales en la medida en que aborda, con encomiable detalle y rigurosidad científica, y con un resultado interesante, la creación pasarelas jurídico-formales que puedan prevenir un debilitamiento en la protección de estos intereses. Por ello, no queda más que

recomendar encarecidamente la lectura de la presente publicación que destaca por su rigor académico y su enfoque crítico, ofreciendo una perspectiva teórica y práctica valiosa para investigadores, académicos y profesionales del derecho internacional.

Dorina SUCIU  
*Universidad de Almería*

MONTERO FERRER, Carmen, *Justicia Transicional y crímenes internacionales de violencia sexual en África*, Navarra, Aranzadi, 2023, 219 pp.

El texto de la profesora Montero Ferrer me recuerda que el Derecho expresa, a la vez, un fin y un medio. Uno y otro confluyen en una misma idea: la del respeto al ser humano —hoy por hoy la idea debemos ampliarla a otros seres vivos (derechos de los animales) y también al ecosistema (derecho v.gr. del Mar Menor)—. El Derecho es una de las creaciones más complejas y frágiles del ser humano, que a veces corre el riesgo de ser suprimido por el poder, la violencia o la economía. Por consiguiente, el Derecho debe seguir los principios de igualdad y paz frente a las posibles amenazas en cualquier momento y situación. Se trata de la exigencia de justicia.

El Derecho debe ser inclusivo y no excluyente, y visibilizar, por medio del reconocimiento de derechos y protección, a las víctimas de crímenes internacionales. En este sentido, el Derecho Internacional Contemporáneo es más inclusivo para el ser humano que el Ancien Régime, merced a la humanización que el mismo está llevando a cabo desde

-principal pero no únicamente- la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En consecuencia, se ha producido la visibilidad conceptual, normativa e institucional de las víctimas menciona-

das. Para el caso en cuestión de la monografía reseñada, la autora se ha centrado en las víctimas de violencia sexual.

El Rapto de las sabinas es una pintura que refleja muy bien que la violencia sexual y el secuestro de la mujer durante épocas de guerra se convierte en un instrumento de guerra más poderoso que el fusil o cualquier otra arma, por cuanto fue —y es— una estrategia para intimidar, humillar y desmoralizar y controlar a comunidades enteras. Esta forma de violencia, cuyos impactos son psicológico y físico, es tratada por el Derecho Internacional. Este ha desarrollado varias herramientas para combatir a aquella, especialmente en contextos de conflictos armados y en épocas de justicia transicional, como analiza Montero Ferrer.

La obra está estructurada en un prólogo escrito por las profesoras M.<sup>a</sup> Teresa

Ponte Iglesias y M.<sup>a</sup> Isabel Lirola Delgado, una introducción, conclusiones y, sobre todo, en cuatro partes que a su vez se dividen en subtemas. De forma muy pedagógica y haciendo gala de conocer muy bien los conceptos primordiales: la autora los desgrana en cada parte, se realiza un detallado análisis sustantivo y procedimental de los diversos mecanismos de lucha contra la impunidad desde

la perspectiva de género y la autora es consciente de que las víctimas son fundamentales para luchar contra la impunidad. Por lo tanto, el lector observará que durante todo el trabajo Montero Ferrer transmite la idea de que los sistemas jurídicos actuales (o predominantes), basados en la justicia retributiva, no responden adecuadamente a las necesidades de las víctimas ni supervivientes.

En la introducción, que ni falta ni sobra nada, la autora expone el contexto histórico de la comisión de violencia sexual durante los conflictos armados, en particular en África, y afirma que la norma imperante en los posconflictos armados es la impunidad; por ello, durante todo el trabajo, late la preocupación de la autora de cómo poner remedio a la impunidad, y lo hace por medio de reflexiones críticas y a la postre realiza propuestas de mejora. Asimismo, defiende la importancia de la justicia restaurativa en el marco de la justicia transicional, a fin de ir más allá de la justicia penal retributiva: ambas nociones no son excluyentes sino convergentes. Y así lo defiende la autora, lo que se agradece porque, además, la correlación de ambos modelos de justicia permite cumplir la máxima *sum quiere tribuere*, sin privilegiar consiguientemente ni al reo ni a la víctima ni en términos epistemológicos ni jurídicos.

La primera parte está dedicada a la delimitación conceptual de la violencia sexual e impunidad en África. Para ello, la profesora Montero Ferrer trabaja un triple marco jurídico concurrente: Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal, tanto desde la perspectiva normativa como jurisprudencial. De este modo, se constata una visión amplia de análisis, lo que permite el logro de la exhaustividad en la argumentación y muy buen conocimiento de los términos desarrollados para el lector docto o no en la materia, a saber:

violencia sexual, violencia basada en el género, violencia sexual relacionada con los conflictos, crímenes sexuales y amnistía, y desde una perspectiva crítica con la actuación jurisprudencia, como hace en el caso de la magistratura de la Corte Penal Internacional a propósito de la interpretación elaborada de la cláusula residual del Estatuto de Roma en relación con cualquier otro acto de naturaleza sexual de gravedad comparable, llamándola obsoleta. La autora se enfoca en el uso de la justicia transicional para garantizar los derechos humanos de las víctimas de crímenes internacionales: justicia, verdad y reparación, a través de procesos legales y extrajudiciales en África; de este modo, pensamos a las víctimas como su condición de sujeto activo en los diversos mecanismos de justicia transicional, lo que parece reconocerles existencia política.

En la segunda parte se estudian los procedimientos penales relativos a casos de violencia sexual en África, para ello, el marco de estudio son la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: centrándose en el cambio de política que hubo entre el fiscal Luis Moreno Ocampo y la fiscal Bensouda en relación con los crímenes de violencia sexual. La fiscal impulsó una línea de política fiscal más sensible y acorde con el Estatuto de Roma en materia de violencia sexual, por el contrario, el fiscal argentino, como se puede comprobar en términos de comparación entre la jurisprudencia *Ongwen* y la de *Lubanga*. A propósito de ello, Carmen Montero resalta que, por primera vez, un tribunal internacional penal reconoce derechos de participación a las víctimas de crímenes internacionales y, sobre esta base, se pregunta si la justicia es realmente restaurativa o, realmente, nos hallamos ante un utilitarismo procesal de las víctimas. En consonancia con ello, se adentra en los tribunales híbridos de la Corte Especial para Sierra Leona y la Sala Penal de la República Centrafricana.

cana y los tribunales nacionales de Senegal y Guinea, formulando un análisis comparativo con el tribunal ubicado en La Haya y, principalmente, de acuerdo con el principio de complementariedad positiva, afirmando su importancia para lograr avances en materia de violencia sexual en los tribunales mencionados.

La tercera parte está dedicada al análisis de las Comisiones de la Verdad africanas encargadas de investigar crímenes sexuales, enfocándose en el derecho a la verdad de las víctimas de violencia sexual. Se destaca que las comisiones de Liberia, Sierra Leona, Marruecos, Kenia y Túnez han incorporado la perspectiva de género de manera tardía y minoritaria. Partiendo de un marco normativo regional e internacional, principalmente el Estatuto de Roma por cuanto conoce casos de Estado parte africanos, se examina la participación de las víctimas y se propone que los Estados implementen las recomendaciones para el monitoreo por parte del Relator Especial de la ONU. Se resalta la importancia de la relación entre las comisiones y los procesos penales en la búsqueda de una verdad creíble, en línea con los principios restaurativos. El estudio destaca las funciones rehabilitadoras, reparadoras y transformadoras de las comisiones con el objetivo de ofrecer reparación adecuada a las víctimas de crímenes sexuales

En la cuarta y última parte se examina las reparaciones a las víctimas internacionales de violencia sexual. Capítulo correlativo al anterior, no solo por la estructura esquemática del libro, sino también porque el derecho a la reparación es indisoluble del derecho a la verdad en un marco de justicia transicional o de posconflicto. Montero Ferrer establece el centro de la reparación tanto en la obligación estatal como en el derecho de

la víctima; e igualmente indaga en novedoso sistema de reparaciones de parte y de oficio de la Corte Penal Internacional y su Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas, diseccionándolo por medio de su jurisprudencia, a la que, con buen criterio, critica por los fallos que ha tenido en relación con la reparación de las víctimas de violencia sexual. Al fin y al cabo, este sistema es judicial, centrándose en la responsabilidad del reo y en su solvencia o indigencia; por el contrario de los programas estatales de reparaciones africanos, que se estructuran en los elementos de víctima- beneficiario- beneficio. Comparativa que hace la autora y que es bienvenida para ver los pros y los contras de los diversos instrumentos de reparación. Cierra el capítulo con un alegato a favor de las reparaciones como instrumento para transformar las relaciones discriminatorias de género, esto es, se debe ahondar en el motivo discriminatorio y desigualitario, que precede al crimen de violencia sexual, consiguiendo el foco o el pivote es el colectivo, no el individuo con el objetivo de cambiar las estructuras espaciales y las estructuras mentales que provocan la violencia simbólica y material principal pero no únicamente contra las mujeres.

En las conclusiones se resume todo lo abordado en el libro, destacando cómo los mecanismos examinados aplican las nociones principales, evidenciando que las acciones son tan importantes como las palabras (estas se dicen y se hacen), especialmente en cuanto a la protección, la verdad y reparación de víctimas de violencia sexual en África.

Carlos GIL GANDÍA  
*Universidad de Murcia*

OBREGÓN FERNÁNDEZ, Aritz, *Noción de terrorismo internacional. Estudio del marco jurídico vigente y una propuesta de definición con vocación omnicompreensiva*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 236 pp.

Esta monografía es uno de los resultados de un trabajo más amplio sobre el terrorismo internacional que el autor realizó con éxito en su tesis doctoral elaborada y defendida en la Universidad del País Vasco. La característica más destacada de la obra es un marcado carácter conceptual. Este enfoque metodológico le exige al autor dos tipos de esfuerzos intelectuales. El primero es el análisis de *las nociones* de terrorismo internacional. Y el segundo consiste en la construcción de *una noción propia* de terrorismo internacional. Este empeño de elaboración conceptual ha de hacer frente a las dificultades y retos que se derivan del carácter polimórfico, fluido y evolutivo del fenómeno del terrorismo internacional.

La elaboración de nuevos conceptos o el refinamiento de los ya existentes tiene una importancia crucial en las ciencias sociales. Los conceptos desempeñan a la vez una función descriptiva de la realidad y una función constitutiva de la misma. Los conceptos son instrumentos para intentar describir y capturar la realidad, para ayudar a comprender, explicar, regular y transformar dicha realidad. Esta función descriptiva tiene algunas limitaciones porque determinados fenómenos o prácticas sociales tienen características que dificultan el esfuerzo de aprehensión dentro de los marcos conceptuales. Pero, además, los conceptos tienen una dimensión constitutiva porque ayudan a construir la dimensión social de la realidad. En suma, conceptos y realidad tienen una relación mutuamente constitutiva. El ejemplo de la noción de terrorismo internacional es un caso difícil, lo que explica en parte el enorme atractivo que ejerce sobre la doctrina iusinternacionalista. El desafío intelectual que plantea dicha noción contrasta con el éxito

siempre relativo de los nuevos intentos realizados. Las causas que explican las limitaciones de las nociones ofrecidas son variadas, como el autor apunta en su obra, pero una de ellas es que los principales actores del fenómeno del terrorismo internacional desafían todo, incluido el marco argumentativo que pudiera ser aplicable para su análisis.

El objetivo de la obra de Aritz Obregón es, dada la inexistencia de una definición jurídica generalmente aceptada del terrorismo internacional, identificar los elementos constitutivos de dicho fenómeno y elaborar una definición jurídica *omnicomprensiva* del mismo.

La obra se estructura en dos extensos capítulos más una introducción y unas conclusiones. En el primer capítulo se explica la ausencia de una definición global del terrorismo internacional debido a la pluralidad de definiciones existentes en las diferentes normativas aplicables. Y en el segundo capítulo se identifican y analizan los elementos constitutivos que deberían incluir las propuestas de definición, una jurídica y otra holística, del terrorismo internacional.

El autor constata las importantes dificultades que existen para la aceptación de una definición general del terrorismo internacional. A pesar de ser un 'concepto esencialmente controvertido', rechaza las posiciones que defienden la imposibilidad de lograr una definición porque, a su juicio, "la complejidad y heterogeneidad viene a reforzar el carácter global de este fenómeno, adoptando diferentes formas dependiendo del lugar o el medio que se utilice, pero con unos rasgos únicos que lo diferencian de otras formas de violencia" (p. 37). Aritz Obregón destaca tres tipos de dificultades epistemológicas para la definición del terrorismo interna-

cional. La primera es la instrumentalización del término por las agendas políticas. La segunda es la confusión existente en torno al terrorismo y otras formas de violencia política, lo que puede implicar también la confusión de los regímenes jurídicos aplicables. Y el tercer tipo de dificultades son las derivadas de la tautología en la que incurrían las definiciones y de la atención casi exclusiva a los actores no estatales cuando hay ejemplos indiscutibles de terrorismo de Estado (el asunto *Lokerbie* causado por agentes estatales libios es uno de ellos) (pp. 35-48).

Estas dificultades, según el autor, no impiden sino que obligan a justificar la necesidad y la importancia de una definición jurídica del terrorismo internacional. El primer motivo que explica dicha necesidad es que la pluralidad de definiciones parciales no cubren toda la gama de actos a través de los que se manifiesta el terrorismo internacional a causa, en unos casos de su enfoque sectorial y, en otros casos, de un enfoque general. Por ello, Aritz Obregón, como otros autores de la doctrina española como Joaquín Alcaide y Félix Vacas, propone una combinación del enfoque sectorial y el general, realizando una enumeración de actos y una definición general del fenómeno. Una definición abstracta con vocación omnicomprendiva, defiende este autor, “permitiría que los Estados tuvieran como referencia una única definición, con importantes implicaciones a la hora de evitar resquicios de impunidad, antinomias y lagunas. Además, se facilitaría la extradición de sospechosos, mejoraría el intercambio de inteligencia y la cooperación internacional...” (p. 53). El segundo motivo es que tal definición ayudaría a configurar con mayor claridad y seguridad jurídica obligaciones internacionales en materia de seguridad, lucha armada y financiación del terrorismo internacional. El tercer motivo es que dejaría sin espacio y sin sentido una serie de conceptos indeterminados muy controver-

tidos que han aparecido en las últimas décadas y que han tenido una gran capacidad perturbadora como son el de ‘combatiente enemigo ilegal’, ‘combatiente terrorista extranjero’ o el de ‘guerra global contra el terrorismo’. El cuarto motivo es que contribuiría a analizar la legitimidad y la eficacia del marco jurídico internacional sobre la materia. El quinto es su posible contribución al establecimiento de una instancia internacional que persiga los delitos de terrorismo y de mecanismos de control jurisdiccional de las medidas antiterroristas adoptadas por el Consejo de Seguridad. Y, finalmente, el autor arguye que “es necesario impulsar una definición consensuada para el conjunto de la comunidad internacional, especialmente Naciones Unidas, pueda restaurar su autoridad moral y condenar desde esa posición todo acto terrorista, independientemente de cuándo, en qué lugar, quién lo lleve a cabo o qué motivos alegue para hacerlo” (p. 57).

En el segundo capítulo, con el fin de elaborar las dos definiciones, una jurídica omnicomprendiva y otra holística, del terrorismo internacional, Aritz Obregón identifica siete elementos que integrarían el mínimo común de denominador que contendrían dichas definiciones. En primer lugar, formarían parte de dicho contenido la existencia de unos objetivos estratégicos de carácter político (pp. 115-124). En segundo lugar, se incluye también el objetivo mediato o elemento ideológico del terrorismo internacional; es decir, la creación de terror o intimidación a un grupo de personas diferentes a las víctimas del acto terrorista (pp. 124-138). En tercer lugar, la acción terrorista puede consistir en cualquier tipo de acto dado que el acto en sí no define su carácter terrorista. Éste viene determinado por su relación con la generación de terror para conseguir el objetivo estratégico (pp. 138-147). El cuarto elemento serían los sujetos activos o autores que, aunque no sea imprescindible incorporarlos en la de-

finición, ésta debe permitir su atribución como autores tanto a los actores no estatales como a los Estados (pp. 147-161). El quinto elemento son los sujetos pasivos entre los cuales es importante distinguir entre las víctimas mediatas del acto terrorista (la población, el Gobierno, la Organización internacional, etc.) y las víctimas directas (pp. 161-170). El sexto elemento, según el autor, es el elemento comunicativo, es decir, la necesidad de publicitar los atentados más allá de las víctimas directas tanto con el fin de que las ideas puedan ayudar a conseguir los objetivos estratégicos como para imponer el terror a las víctimas mediatas (pp. 170-174). Y un séptimo elemento sería la internacionalidad del acto terrorista que viene determinada porque algún elemento de dicha acción (planificación, ejecución, desarrollo y/o consecuencias) se produzca en dos o más Estados (pp. 174-180).

El exhaustivo esfuerzo de construcción conceptual que acomete la monografía de Aritz Obregón concluye con la propuesta de dos definiciones de terrorismo internacional. Este autor formula una *definición jurídica con vocación omnicomprendensiva* en los siguientes términos: “todo acto transnacional constitutivo de delito que tenga por objeto dañar gravemente con el fin de intimidar a la población y/o coaccionar al Gobierno u Organización internacional para el logro de unos objetivos estratégicos” (p. 184). Asimismo, ofrece una *definición holística* que incluye otros elementos que, aun-

que no gozan de apoyo general, ayudan a una comprensión integral del terrorismo internacional. Dicha definición es la siguiente: “conjunto de actos violentos, sistemáticos, constitutivos de delito, con una dimensión comunicativa y efectos internacionales, que dañen gravemente la vida o bienes materiales e inmateriales con el objetivo de aterrorizar o generar miedo extremo, es decir, intimidar a la población y/o coaccionar al Gobierno u Organización internacional, para el logro de objetivos finales de carácter político en un sentido amplio, por parte de individuos, actores no estatales o Estados” (p. 186).

En suma, estamos ante una obra de vocación conceptual elaborada a partir de un amplio examen de la práctica estatal e internacional, de la mejor doctrina sobre la materia, de una gran amplitud de fuentes documentales y jurisprudenciales, entre las que destaca la sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano. Ahora sabemos más y tenemos una mayor claridad sobre la noción de terrorismo internacional, sobre sus limitaciones y sobre los elementos que han de formar parte de ella. Aritz Obregón propone al mercado de las ideas dos definiciones bien argumentadas. Por tanto, su obra contribuye al progreso del conocimiento científico sobre la materia.

Ángel J. RODRIGO  
Universitat Pompeu Fabra

ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO (Dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, LERDYS SARAY. (coord.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado, problemas y soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 299 pp.

Una obra rigurosa, transversal y de indudable actualidad que analiza los problemas que el teletrabajo plantea en un contexto internacional y tecnológico

en el que las fronteras quedan absolutamente desdibujadas y diluidas. La obra colectiva liderada por el Profesor Ortega Giménez y coordinada por la profesora



Heredia Sánchez tiene por objeto arrojar luz sobre algunas de las cuestiones jurídicas que el actual marco jurídico generalista del teletrabajo plantea.

Concretamente, a lo largo de los once capítulos que integran la obra, se pretende responder a cuestiones jurídicas particulares relacionados con problemas de naturaleza diversa y transversal, que se plantean al hilo de una realidad que se ha impuesto en los últimos años, y muy especialmente a raíz de la pandemia de la COVID-19. Por ello, de forma innovadora se abordan cuestiones como los mecanismos adecuados para legitimar transferencias internacionales de datos entre miembros de un mismo grupo empresarial (pp. 21 a 56); la protección social del teletrabajo transnacional comunitario (pp. 61 a 90) y los problemas probatorios derivados de aplicaciones de control y monitorización (pp. 91 a 126); la necesidad de contar con una regulación jurídico laboral sobre teletrabajo en la Unión Europea (pp. 143 a 172); las dificultades encontradas en la determinación de la competencia judicial internacional (pp. 183 a 206); las implicaciones del teletrabajo con el Derecho de extranjería, tanto por el reconocimiento de una nueva categoría de trabajador denominado nómada digital (pp. 173 a 182), como por la creación de un sistema paralelo de extranjería relacionado con la figura del teletrabajador extranjero (pp. 207 a 230); el teletrabajo en el sector público (pp. 251 a 270); el ciberacoso en el teletrabajo (pp. 271 a 297); o, incluso, la dimensión comparada del teletrabajo analizando esta realidad en México, tanto desde el punto de vista de las condiciones laborales (pp. 127 a 142), como desde el punto de vista de las políticas efectivas desarrolladas en el país azteca (pp. 231 a 250).

Así, en el Capítulo 1, el profesor Ortega aborda la cuestión de los mecanismos adecuados para facilitar las transferencias internacionales de datos entre miembros de un mismo grupo empresarial. El

problema se plantea, por ejemplo, en aquellas empresas multinacionales con empleados por todo el mundo que trabajan en remoto, o que ejercen sus funciones en diversos países y, en un momento dado, tienen que acceder a bases de datos de empleados, clientes, etc. Tras analizar los mecanismos que proporciona el RGPD para realizar las transferencias de datos desde el EEE a países terceros, se centra en los problemas que suscita la legitimación de una transferencia de datos personales de residentes en países fuera del EEE, y en la necesidad de recurrir a la regulación local de las mismas, aspecto especialmente delicado puesto que es bastante difícil que determinados países permitan la transferencia de datos a estados que no ofrecen garantías suficientes (como por ejemplo Rusia o China). Por todo, adecuadamente, subraya la necesidad de contar con equipos dinámicos capaces de mantener una política de privacidad sólida y de garantizar el cumplimiento del marco normativo en todos los países en los que la multinacional desarrolla su actividad.

En el Capítulo 2 la profesora Ángel Martín-Pozuelo analiza la protección social del teletrabajo transnacional comunitario y, tras poner de manifiesto la expansión del teletrabajo tanto a nivel nacional como internacional a raíz de la pandemia de la COVID-19, denuncia que el incremento del teletrabajo no haya dado lugar a reformas normativas de calado que aborden la vertiente transnacional, especialmente en el ámbito de la fiscalidad y de la Seguridad Social. Ante esta falta de adaptación normativa, la autora estudia la solución que ofrecen los Reglamentos de Coordinación, distinguiendo entre aquellos supuestos de teletrabajo alterno y teletrabajo puro (en lo que el 100% de la jornada se desarrolla a distancia), concluyendo que los reglamentos no están adaptados a la nueva realidad laboral en materia de teletrabajo y abogando, en tanto no haya una adap-



tación de las reglas de los artículos 12 y 13, por una interpretación flexible del concepto lugar de trabajo habitual. Este capítulo tiene su continuidad en el desarrollado por el profesor D. Javier Fernández Orrico, bajo el título “En espera de una regulación jurídico laboral sobre teletrabajo en la Unión Europea”, que tiene por objeto analizar la ley aplicable en materia de relaciones de trabajo y de Seguridad Social. Un capítulo en el que diferencia entre dos tipos de situaciones: a) La de los trabajadores que residen en un único país, a los que con independencia de su nacionalidad se les aplica la normativa de dicho Estado (sin perjuicio de las posibles aplicaciones de convenios bilaterales o multilaterales existentes entre Estados); b) La de los trabajadores que se desplazan por dos o más Estados miembros de la Unión Europea, a los que se les aplica la normativa europea. En este segundo supuesto, los trabajadores que son ciudadanos de la U.E., en lo relativo a sus relaciones laborales o profesionales quedan sujetos al Reglamento Roma I (Reglamento 593/2008), y en lo relativo a la relación de Seguridad Social están sujetos al Reglamento 883/2004. Por su parte, los trabajadores nacionales de terceros Estados, en lo relativo a sus relaciones laborales o profesionales quedan igualmente sujetos al Reglamento Roma I (Reglamento 593/2008), y en lo relativo a la relación de Seguridad Social están sujetos al Reglamento 883/2004 en virtud de los Reglamentos 1231/2010 y 987/2009. A la espera de una regulación *ad hoc* en la materia, el profesor Fernández Orrico realiza un interesante y útil esfuerzo de sistematización, si bien subraya a lo largo de las 30 páginas que componen este capítulo la conveniencia y necesidad de contar con criterio legislativo unívoco que atienda a la especial naturaleza del trabajo a distancia virtual.

El Capítulo 3 se dedica a una cuestión procesal, como son los problemas probatorios derivados del uso de aplicaciones

de monitorización y control en el teletrabajo transfronterizo. El profesor Tur Faundez asocia el uso de aplicaciones informáticas de control y monitorización del teletrabajo transfronterizo con el problema clásico de la calificación de la relación contractual como laboral o mercantil. En este sentido, se pone de relieve la dificultad de acreditar la integridad de los archivos digitales generados por este tipo de aplicaciones y la necesidad de garantizar el derecho a la intimidad del trabajador como elementos que pueden interferir en su capacidad probatoria, máxime si tenemos en cuenta que la mayor parte de estas herramientas digitales se desarrollan generalmente en países menos sensibles con la protección de los derechos fundamentales que los trabajadores que la normativa europea.

En el Capítulo 7 el profesor Palao Moreno profundiza en el análisis de las normas de competencia judicial internacional en materia de teletrabajo. En este sentido, concluye que las normas del Reglamento Bruselas I bis se adaptan correctamente a la problemática diversa que plantea el teletrabajo transfronterizo, especialmente atendiendo a los criterios flexibles de interpretación introducidos por el TJUE. Esto no obstante, igual que hiciera el profesor Tur Faúndez subraya la dificultad calificatoria que persiste en este ámbito a la hora de deslindar correctamente las situaciones laborales de aquellas en las que se contrata a un prestador de servicios autónomo. De esta forma, aboga por diseñar un marco normativo especializado de este tipo de relaciones por parte del legislador europeo, o de organizaciones como la OIT o la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

La obra recensionada dedica los capítulos 6 y 8 al estudio de las cuestiones de Derecho de Extranjería relacionadas con el teletrabajo. En el capítulo 6 el abogado Parra Batrés pone de manifiesto que la regulación del teletrabajo en materia de

Extranjería ha sido llevada a cabo a través de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (también conocida como Ley de Startups). Es en este momento cuando se regula expresamente la figura del nómada digital o teletrabajador internacional, al que define como “*nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*” y se introduce un Capítulo V bis en la Ley 14/2013. El estudio desde la óptica del Derecho de Extranjería es completado por la profesora Lerdys Saray Heredia Sánchez en el capítulo 8, donde aborda con detenimiento las medidas introducidas por la Ley 28/2022 con el propósito de atraer y retener el talento, subrayando la especial importancia de las medidas que posibilitan el traslado de residencia y que permiten que nuestro país se erija en el lugar de residencia habitual (conexión de vital importancia en el marco del Derecho Internacional Privado). Entre estas medidas se encuentra la incorporación de un nuevo visado y una autorización de residencia específica. De esta forma se introduce un nuevo supuesto a los previstos por la Ley 14/2013, para facilitar la inmigración de interés económico hacia España, con un planteamiento flexible que reduce plazos, introduce el silencio positivo y también la posibilidad de reagrupación familiar que puede ejercer el teletrabajador extranjero.

En el Capítulo 10 el profesor Rubén Martínez Gutiérrez aborda el teletrabajo en el sector público, y el impulso al modelo de Administración electrónica que han supuesto la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el Real-Decreto Ley 5/2015, por el cual se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. Esta última, además de esta-

blecer un concepto legal de teletrabajo, configura un marco jurídico estatal muy básico del teletrabajo en el sector público, que ha generado un amplio margen de discrecionalidad normativo a la hora de regular el teletrabajo en cada nivel de la Administración, especialmente en las administraciones locales. Pese a criticar la ambigüedad y el carácter manifiestamente insuficiente de la regulación existente, el profesor Martínez intenta establecer las bases conceptuales del teletrabajo en el ámbito público (pp. 254-256), los requerimientos previos (pp. 256-259), la delimitación del marco legal de carácter básico (pp. 260-265) y los instrumentos para regular de forma adecuada el teletrabajo en el sector público (pp. 265-269).

La profesora Purificación Cremades dedica el Capítulo 11 a analizar los aspectos de Seguridad y Salud en el teletrabajo, prestando especial atención a la violencia digital y al acoso cibernético, así como a la forma de evaluar, valorar y compensar el daño moral causado por acoso o ciberacoso, tanto si éste está generado por un comportamiento empresarial, como si proviene de un agente externo (cliente, proveedor, etc.).

Finalmente, la obra ofrece una interesante visión comparada de la regulación del teletrabajo en los capítulos 4 y 9, en los que las profesoras Eglá Cornelio Landerero y Nancy Nelly González Sanmiguel, respectivamente, exponen la situación del teletrabajo en México. Concretamente, analizan el marco normativo y las condiciones laborales existentes (capítulo 4), y las políticas efectivas para la regulación del teletrabajo (capítulo 9).

En definitiva, una obra de referencia por la actualidad de la materia que aborda y por asumir con rigor y éxito el tratamiento de cuestiones de indudable actualidad para las que en muchos casos no existe un marco regulador ad hoc.

Marta CASADO ABARQUERO  
*Universidad de Deusto*

PALAO MORENO, Guillermo, LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS, Inez, ALVARES GASPAR, Renata, PALUMA, Thiago (orgs.), *Justiça Civil Internacional e Desafio Digital: Uma Análise Ibero-Americana. Justiça civil internacional y desafío digital: un análisis iberoamericano*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024, 345 pp.

Los avances tecnológicos han transformado nuestras sociedades y economías a un ritmo vertiginoso que no deja de acelerarse, ahora con el imparable avance de la inteligencia artificial. Desde el punto de vista jurídico, uno de los sectores que más se ha beneficiado de las tecnologías de la información y de la comunicación es la resolución de conflictos en cualquier de sus modalidades, sea por la vía judicial, sea a través de otros medios como el arbitraje, la mediación, o la conciliación, gracias a la inmediatez que proporcionan las tecnologías de la in. Ello es así, entre otras razones, debido a la generalización del comercio electrónico que, a su vez, ha aupado las transacciones transfronterizas y, con ello, la necesidad de combinar las dos cuestiones transversales que vertebran la obra aquí reseñada, esto es, el impacto de la digitalización en la justicia civil internacional.

La obra que aquí se reseña nace en el marco de la Red Procesal Civil Internacional (RPCI), constituida en 2018 y en la que participan hoy en día 55 investigadores procedentes de 11 países: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, España, Estados Unidos, México y Portugal y Venezuela. Guillermo Palao, Inez Lopes, Renata Alvares y Thiago Paluma, respectivamente, de las Universidades de Valencia, Brasilia, Escola Superior de Propaganda e Marketing, y Federal de Uberlândia, éstas últimas de Brasil, son los organizadores y editores de una rica puesta en común a la que tenemos acceso a través de los 14 capítulos que componen esta obra, elaborados por 26 académicos de reconocido prestigio. El libro es de acceso abierto, lo que es de agradecer y, como no, alabar en la medida en que contribuirá con sus enseñan-

zas a cimentar el acceso transnacional a la justicia.

No ha lugar en esta breve reseña a entrar en el detalle de cada uno de los capítulos de este fascinante libro, pero sí hemos de destacar que el trabajo en red ha dado sus frutos con contribuciones a tres debates importantes tras la digitalización de la resolución de conflictos. El primero es, obviamente, geográfico y en qué medida países y regiones han podido incorporarse a avances que, si bien son imparables, también requieren de infraestructuras e inversiones en tecnología y seguridad que no están al alcance de todos. El segundo concierne a los distintos medios de resolución de conflictos y cómo se han adaptado unos u otros a la digitalización, en tanto que el tercero ya ahonda en qué aspectos del proceso se vive más su impacto, con candidatos obvios en el caso del derecho internacional privado, esto es, las reglas de competencia judicial internacional y de cooperación procesal internacional. Ni qué decir tiene que estos debates se entrelazan en todas las contribuciones a este rico panorama de derecho procesal civil internacional comparado, pero los breves apuntes que siguen solo destacan de cada uno de ellos a qué línea aportan más.

La dimensión geopolítica de la digitalización está presente, de un modo u otro, en todos los capítulos de la obra. Las nuevas tecnologías no solo determinan el posicionamiento de los países en la cadena global de valor, sino que también tienen una incidencia decisiva en su vida social y económica, incluida la administración de justicia. Esta obra analiza las transformaciones en este último apartado en tres capítulos dedicados a la Unión Europea, Brasil y Cuba.

Su lectura ahonda en los pasos dados en cada uno de ellos y las dificultades encontradas ante la internacionalización a la que aboca la digitalización y que, por ejemplo, no solo tiene incidencia en la aplicación de tratados internacionales, sino que exige tomar acuerdos específicos sobre la tecnología misma de manera que permita compatibilizar sistemas y compartir datos.

Muy productiva es la comparación de estadios entre estos tres diferentes ecosistemas (o múltiples si se toman en cuenta los demás capítulos y su análisis de la situación en otros países latinoamericanos), ya que deja a la luz cómo la digitalización es susceptible de acentuar las desigualdades, sea en el plano geográfico, sea en el plano humano y donde las personas vulnerables corren el riesgo de descabalgarse de estos avances. Precisamente, del papel que la digitalización puede jugar en la (des-)protección de las personas vulnerables se ocupan los dos últimos capítulos de esta obra, sobre menores. El primero engarza con las directrices emitidas por la Conferencia de La Haya durante la pandemia de Covid-19 en relación con la aplicación del Convenio de 1980 en materia de substracción internacional de menores y que perseguían posibilitar/acelerar los procesos de retorno; el segundo con el recurso a videoconferencias para complementar el requisito de convivencia entre adoptando y adoptante. Ambos trabajos van más allá de los beneficios y alertan de los peligros que la adopción de las nuevas tecnologías sin filtros puede traer para las personas vulnerables.

Otros seis capítulos de la obra se centran en el análisis del impacto de la digitalización en la resolución de conflictos en sus distintas modalidades. En ellos se examinan los distintos instrumentos de *hard law* y *soft law* elaborados para facilitar la aplicación de las tecnologías de la información y de la comunicación

a los servicios de prestación de justicia. Desde el otro lado del Atlántico, existen contribuciones de calado como el Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales de 2019, también conocido como Tratado de Medellín, que se multiplican en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, donde los países iberoamericanos tienen una presencia cada vez más activa. Estas normas vienen precedidas por avances ya testados en el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones, como se reseña en esta obra, que también se benefician de la seguridad jurídica que proporcionan. Es, precisamente, en el seno del foro de La Haya donde se está testando un instrumento que facilite el uso de los ODR en el sector turístico, como ya se hace en las transacciones con consumidores (también discutido en el libro), un supuesto al que se dedican dos capítulos en el libro y un ejemplo sobresaliente de los beneficios de la digitalización cuando aplicada a la justicia.

El último grupo de capítulos se adentra en problemas concretos: de competencia judicial internacional examinando la inserción de cláusulas de elección de foro en contratos concluidos *online*, el *fórum delicti commissi* en caso de daños cometidos en Internet, o en general, los problemas que existen para la aplicación de foros, por así decirlo, analógicos, al entorno digital; y cuestiones clave para la eficiencia de la notificación internacional de documentos y la obtención de pruebas en el extranjero. En definitiva, estamos ante un diálogo interamericano y transatlántico sobre un tema que es global, pero también local, y de ahí la oportunidad e interés de esta obra poco común.

Laura CARBALLO PIÑEIRO  
Universidad de Vigo

RIPOL CARULLA, Santiago y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (dirs.). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después. The Charter of the Fundamental Rights of the European Union, twenty years later*, Collegi Notarial de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2022.

La ausencia de bibliografía específica actualizada acerca de un instrumento tan importante como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») en nuestro país es la primera razón por la que es menester celebrar la aparición de esta monografía. Si al tiempo de la adopción de la Carta hubo algunas publicaciones que la analizaban, incluso con cierta profundidad, ese interés académico parece haber decaído posteriormente, justo cuando debería aumentar con la progresiva aplicación del instrumento, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En efecto, a los veinte años de edad — y, redondeando, los diez de su consagración por el Tratado de Lisboa — parecía oportuno levantar acta de la situación actual de la Carta en las diferentes escalas en que se aplica, y para ello nadie mejor que los directores de la monografía que comentamos, que cuentan con amplia experiencia en los distintos ámbitos (especialmente el judicial) que abarcan el instrumento y su aplicación, y que han dado previamente a la imprenta frutos de su colaboración.

La fórmula elegida para trazar el balance en cuestión fue la celebración de un Seminario Internacional en la Universidad Pompeu Fabra durante los días 28 y 29 de septiembre de 2020; el volumen, según testimonia la presentación firmada por el Dr. Ripol Carulla, fue cerrado el 3 de noviembre de 2021. Esta fórmula, y su contexto histórico sito en los coletazos de las restricciones impuestas por la covid-19 explica el contenido de la obra, y sobre todo matiza ciertas carencias de contenido, sea en cuanto a la elección de los Estados representados o a ciertos

casos que han sido resueltos después del cierre de la obra. Señalemos también aquí que este contenido es fundamentalmente heterogéneo como corresponde a una obra colectiva, donde los distintos autores tienen estilos, formación y preocupaciones distintas.

El volumen se estructura en cinco partes, la primera de las cuales está dedicada al vigésimo aniversario de la Carta. En ella, encontramos contribuciones de personalidades destacadas como Michael O’Flaherty, entonces Director de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y hoy Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, y Yolanda Gamarra, Catedrática de Derecho Internacional Público y Miembro del Consejo de Administración de la FRA, que nos ofrece una visión estratégica de la aplicación de la Carta desde el punto de vista de la Comisión Europea en su vigésimo aniversario. Cierra esta parte el capítulo debido a los directores de la obra, que se centran en la consolidación de la Carta a lo largo de estos veinte años, principalmente mediante la aplicación que ha hecho el TJUE de la misma.

La segunda parte de la obra se centra en la incidencia de la Carta en el TJUE, cubierta por dos autores con diferentes perspectivas. El Catedrático de Derecho Internacional Público — y Letrado del TJUE — Manuel López Escudero enlaza la aplicación de la Carta por el órgano judicial con la protección de los derechos fundamentales que éste llevaba a cabo antes de su adopción, mientras que el Catedrático de Derecho Constitucional Antonio López Castillo comparte, con la claridad que le es propia, sus reflexiones



sobre el texto en cuestión, en particular su ámbito de aplicación, su estructura y su eficacia.

Siguen tres capítulos que conforman la parte dedicada a su aplicación por los tribunales estatales en derecho comparado. La profesora de Pau Géraldine Bachoué-Pedrouzo nos ilustra sobre la aplicación que de ella han hecho el *Conseil Constitutionnel* y el *Conseil d'État* y su papel en el sistema a cuya formación estamos asistiendo. La profesora de Salerno Angela Di Stasi, junto a algunas consideraciones acerca de la aplicación de la Carta en Italia, sobre todo por su *Corte Costituzionale*, reflexiona acerca del papel de los Estados miembros en dicha tarea. Finalmente, el profesor del King 's College de Londres Takis Tridimas dedica un concienzudo estudio a la fugaz aplicación de la Carta en el Reino Unido antes del Brexit con una conclusión, por supuesto pesimista, acerca de la situación actual.

Otras tres contribuciones se dedican a la situación en derecho español. El Catedrático de Derecho Constitucional Francisco Javier Matia Portilla abunda en el papel de los tribunales constitucionales en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea (que incluye un análisis de la discusión parlamentaria del artículo 10.2, con inconfundible sabor aragonés) desde un punto de vista claramente «internista», mientras que la Profesora de Derecho Constitucional y Letrada del Tribunal Constitucional (TC) Susana García Couso se centra en la discusión acerca de los distintos niveles de protección de los derechos fundamentales y el papel del TC ante su existencia, con el artículo 93 como «bisagra». Finalmente, la Profesora de Derecho Internacional Público María Mut hace un análisis concreto del caso *Junqueras* y la aplicación en el mismo de la Carta, tanto por el Tribunal Supremo como por el TC.

La última parte de la obra está dedicada a una serie de cuestiones actuales. El Notario Ángel Serrano de Nicolás hace un repaso de la aplicación de la Carta en el marco de la profesión notarial, con especial referencia a las comunicaciones entre exesposos, concluyendo que la práctica totalidad de la Carta es aplicable a la actividad notarial. A continuación, la Investigadora Ramón y Cajal Mireia Artigot Golobardes analiza la protección del consumidor en el marco de la Carta, que ilustra magistralmente cómo la Carta no innova sino que compila derechos ya existentes en el marco del Derecho de la Unión Europea. La catedrática de Derecho Administrativo Eva Nieto Garrido hace otro análisis de un caso concreto, el del covid y los riesgos que ha creado para el derecho a la protección de datos personales, del que concluye que nuestro sistema jurídico no está adaptado para garantizar dicha protección en tiempos de pandemia y, finalmente, la Profesora de Derecho Constitucional Aída Torres Pérez estudia el papel del TJUE como guardián de la independencia judicial a la luz de los casos portugués y polaco, una cuestión de gran trascendencia donde estudia la relación entre el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el 47 de la Carta.

El volumen termina con unas *Concluding Remarks* del Profesor Ripol donde, partiendo de las distintas contribuciones presentadas al Seminario, nos ofrece una serie de conclusiones, entre las que interesa destacar la contribución del TJUE a la consolidación de la Carta mediante el fortalecimiento de su aplicación por las instituciones, la declaración de su efecto horizontal y el establecimiento de su doctrina acerca de la aplicación de la Carta por los Estados miembros y la no siempre fácil recepción de dicha doctrina por los distintos tribunales constitucionales.

La impresión que queda a este lector tras haber leído el volumen es que,

salvo la inevitable obsolescencia, al menos parcial, de todo texto jurídico (y eso mientras tenga la suerte de librarse de la maldición de Kirschmann), nos hallamos ante una obra de consulta obligatoria para toda aquella persona que se enfrente a la problemática de la Carta y, en general, de ese edificio a medio construir (y un tanto escheriano) que son los derechos fundamentales en la Unión Europea.

En efecto, tanto el estudio de la jurisprudencia de Luxemburgo como las posibilidades de intervención de los tribunales nacionales, en particular los constitucionales, reciben un tratamiento que, si no es indiscutible, es profundo y completo. Este lector, personalmente, habría apreciado (y espera ver en el futuro) una mayor referencia a la relación de la Carta y su sistema con el Convenio de Roma de 1950 y con los valores del artículo 2 del TUE, que quedan ausentes del trabajo donde más pertinentes eran (el relativo a la independencia judicial, que fundamenta expresamente la reacción establecida en el artículo 7 del TUE). Y es que, si podemos comparar la Carta a las declaraciones de derechos que se incluyen habitualmente en las constituciones estatales —lejos de mí levantar la liebre de las palabras «constitución» y «estado» en este terreno— existe una diferencia esencial entre ambas, que es la técnica opuesta de elaboración de unas y otras (deductivo en las nacionales, inductivo en la Carta).

Es también refrescante ver cómo el volumen reúne contribuciones de internacionalistas e «internistas», que como

es sabido suelen (solemos) tener posiciones distintas en torno a determinados problemas del derecho internacional y del derecho de la Unión Europea. Hubiera sido formidable ver, además, una cierta interpolinización, es decir confrontación de esas posiciones que aparecen en su contraste con la lectura, que posiblemente se manifestaran de forma más vivaz en los debates que tuvieran lugar durante el Seminario pero que la historia y el contexto de la obra hacen imposible plasmar por escrito.

Es también un punto positivo en esta obra la alternancia entre académicos puros y prácticos, sean notarios, letrados de tribunales o personas con mandatos en órganos internacionales. Si la ciencia alemana nos ha recordado en múltiples ocasiones que no hay nada más práctico que una buena teoría, ésta queda — ¿es menester decirlo? — incompleta sin la perspectiva que da la confrontación con la realidad. En este sentido los directores han acertado de pleno con la conformación de la lista de intervinientes en el Seminario, como lo hicieron con la elección de los temas a tratar.

Este lector anima, pues, a los directores de la presente obra a seguir trabajando en esta senda, iniciada ya hace más de una década. Su acierto ofrecerá sin duda más luz en materia tan relevante y necesitada de tanto desarrollo y estudio. Gracias por el estímulo intelectual y mucha suerte.

Esteban PERALTA LOSILLA  
*Universidad de Zaragoza*



RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (dirs.), y CARRIZO AGUADO, David (coord.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de derecho interno, comparado e internacional*, Madrid, Aranzadi, 2024, 364 pp.

La obra se presenta por sus directores, los profesores Andrés Rodríguez Benot y César Hornero Méndez, como uno de los frutos del proyecto de investigación “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)” PID2019-106496RB-I00, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica de la Agencia Estatal de Investigación, como lo fuera en su momento, otra de las obras colectivas publicadas en el marco de dicho proyecto; *Régimen patrimonial de las uniones registradas: aspectos estatales y supraestatales (a propósito del Reglamento UE 2016/1104)*, culminándose así el propósito de ofrecer unos resultados que promueven el equilibrio entre los estudios doctrinales y la práctica jurídica, cinco años después de la entrada en escena de la aplicación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104.

Con este ánimo y centrándose en el régimen económico matrimonial, la obra se estructura en ocho capítulos en los que, tras su lectura, se sugieren implícitamente dos partes que van complementándose y que logran sumergir al lector en todos los aspectos relacionados, primero desde una perspectiva interna y comparada, así como desde un enfoque multidisciplinar que va del terreno teórico al práctico, para entrar, en un segundo estadio, en y en las particularidades del Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. De este modo, la obra alcanza una visión omnnicomprensiva de los frentes a abordar en las obligaciones

de contenido patrimonial de los cónyuges *ad intra* o *ad extra* vinculadas a más de un ordenamiento jurídico, ya sea a nivel interno o internacional, en un escenario complejo como consecuencia de la coexistencia de distintas legislaciones en la dimensión interna y de la disparidad de su reglamentación en el plano internacional, en el que incluso existen ordenamientos que no contemplan el régimen económico matrimonial.

El carácter multidisciplinar de la obra se materializa en el capítulo uno en el que, desde la óptica civilista, el prof. Francisco Santacana Navarro nos sitúa ante los regímenes matrimoniales en el Derecho español, con especial referencia al denominado régimen patrimonial primario y sus principios, el examen de sus reglas y la imperatividad de las normas destinadas a la protección de la familia, la necesaria delimitación de la noción de la vivienda habitual y las garantías en favor de los terceros adquirentes, y la distinción entre la confesión o la atribución de la privatividad de los bienes.

Tras esta inmersión, en el capítulo dos, el prof. Alfonso Ybarra Bores se adentra, desde una perspectiva comparada, en los efectos patrimoniales del matrimonio en el sistema inglés. El autor nos ofrece, desde su especialidad, un examen exhaustivo que parte de lo que debe entenderse por Derecho inglés, en el que no existe la institución del régimen económico matrimonial como un efecto que se deriva del matrimonio, aunque con ciertos matices (*household goods; equitable y prenuptial agreements*), y en el que en el divorcio se produce una división de los bienes entre los cónyuges en la que prevalece, como señala el autor, la equidad y la flexibilidad frente a la seguridad, centrandó su atención en

las *financial orders*. Constata el profesor Ybarra Bores que la discrecionalidad de la que disfrutaban los jueces ingleses a través de estas ha convertido Londres en capital mundial de los conocidos como “los grandes divorcios”, sumergiéndose de lleno desde una perspectiva práctica y didáctica en los aspectos de Derecho internacional privado inglés y español.

En el capítulo tres, la práctica notarial adquiere todo el protagonismo a cargo de Inmaculada Espiñeira Soto, notaria. En su trabajo incorpora los aspectos notariales en relación con el Reglamento (UE) 2016/1103: la calidad de “órgano jurisdiccional” de los notarios en la liquidación del régimen económico matrimonial y el convenio regulador; el manejo de las distintas fuentes y determinación de la ley aplicable, en función de si se aplica o no el referido Reglamento en atención a la fecha de celebración del matrimonio, delimitando los distintos supuestos entre los matrimonios celebrados antes y a partir del 29 de enero de 2019. En los primeros, con una excelente sistematización de las situaciones en función de si son matrimonios celebrados antes y después de la entrada en vigor del título preliminar del Código civil y antes y después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y antes y después de la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990. En los segundos, entra en aquellos aspectos que desde el enfoque notarial suscitan mayor interés, como es la autonomía de la voluntad conflictual y sustantiva, aportando un par de interesantes modelos, y cerrando el círculo con la validez formal y la libre circulación de documentos.

De vuelta a la multidisciplinariedad, los capítulos cuatro y cinco centran su atención en el Derecho tributario, en el afán de proporcionar una obra completa en la que esta rama es de capital importancia en el régimen económico matrimonial, tal y como sucede, en el ámbito

del Derecho sucesorio. De este modo, en el capítulo cuarto, el prof. Jesús Ramos Prieto pone el foco de su atención en cuando el contribuyente es una persona casada en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas, analizando en su estudio si el Derecho civil y el Derecho tributario van en consonancia o armonía o se mueven en términos autónomos, resultando ser esto último un distanciamiento entre la legislación fiscal y civil que hace cuestionarse si la individualización de las rentas y el principio de capacidad económica es una cuestión resuelta. Seguidamente, en el capítulo cinco, el prof. José Manuel Marcarro Osuna plantea las implicaciones tributarias de la extinción del régimen económico matrimonial en la separación de bienes y en la sociedad de gananciales del Código civil, y en las que los avances jurisprudencia del Tribunal Supremo a la vez que aportan claridad introducen problemáticas adicionales. En este escenario, nos ilustra con las implicaciones internacionales en el caso de matrimonios contraídos en el extranjero, cuya complejidad ha requerido la intervención de la Dirección General de Tributos a través de varias consultas que va cuestionando en su interpretación, abordando igualmente las cuestiones tributarias de los sujetos no residentes sobre las rentas obtenidas en territorio español y que son objeto de crítica específica por el autor.

Adentrándonos ya en esa segunda parte que implícita pero no expresamente nos sugiere la obra, los capítulos seis, siete y ocho están dedicados al Reglamento (UE) 2016/1103.

En el capítulo seis, el prof. Ricardo Rueda Valdivia nos invita al análisis del impacto del Reglamento en el sistema de Derecho internacional privado español, en el sector de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, cuya

oportunidad, tras un lustro de aplicación resulta indiscutible. En sede de competencia judicial internacional, inicia el estudio con la cuestión del concepto de “órgano jurisdiccional” y el papel del notariado español, a la que ya se había dado pie en el capítulo tercero, tratándose a su vez y en detalle, los distintos criterios de atribución de competencia, cuya complejidad en el articulado del reglamento, ya sea en atención a su desarrollo o al orden en el que deben tratarse, merecen un tratamiento como el llevado a cabo. En cuanto a la ley aplicable y al régimen transitorio previsto, al que dedica una especial atención aportando claridad a su interpretación, se constata la necesidad del manejo de la regulación previa al Reglamento, diferenciándose, como se ha visto también en el capítulo tercero, hasta cuatro situaciones, y del propio Reglamento, que, como señala el autor, multiplica los regímenes conflictuales en nuestro sistema de Derecho internacional privado. A partir de aquí, focaliza su estudio en las cuestiones relacionadas con la ley aplicable en el Reglamento y los cambios que implica desde la que viene siendo nuestra concepción en la regulación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges; desde el papel protagonista de la autonomía de la voluntad, hasta el papel predominante de la residencia habitual con respecto a la nacionalidad, en consonancia con otros reglamentos de la UE de Derecho internacional privado, así como la supresión de la conexión del lugar de celebración del matrimonio, que mantiene nuestro art. 9.2 CC., aunque ello no impide que pueda ser considerado como un indicio para la conexión de los vínculos más estrechos que incorpora el Reglamento (UE) 2016/1103. Igualmente abarca las capitulaciones matrimoniales, la protección de los terceros y la huella en relación con las problemáticas resultantes de la aplicación de las normas de conflicto, en las que la remisión al ordenamiento

jurídico español por la norma de conflicto, en tanto que estado plurilegislativo en esta materia, obliga al acercamiento que el prof. Rueda Valdivia dedica a esta cuestión y que acertadamente debe tener en un estudio sobre el impacto del Reglamento (UE) 2016/1103 en el Derecho internacional privado español.

Seguidamente, en el capítulo siete, la prof.<sup>a</sup> Laura García Álvarez avanza en las aportaciones de esta obra y centra su atención en las para nada residuales situaciones de plurinacionalidad. Ello le permite abordar el papel de la conexión de la nacionalidad, que, aunque es degradada como criterio de conexión, como se indica en el capítulo anterior; en defecto de pacto, ello no obsta para la importancia que adquiere cuando la norma de conflicto sigue precisando acudir a ella. A diferencia de otros instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2016/1103 ofrece, como señala la autora, por primera vez, reglas en atención a la plurinacionalidad de los cónyuges, cuyo alcance e interpretación son objeto del trabajo llevado a cabo por la prof.<sup>a</sup> García Álvarez con gran resolución, tanto en los supuestos de autonomía de la voluntad, art. 22.1b), como en defecto de elección de ley, art. 26.1b) en relación con la regla del 26.2, a través del papel que juega el considerando núm. 50. Centrándonos en la ley aplicable en defecto de elección de ley, la solución prevista por el Reglamento en el art. 26.1b), a falta de primera residencia habitual común de los cónyuges, atiende a la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio fijando la conexión en este momento del tiempo. A no ser, parece y en principio, en atención a las dudas que genera el juego entre el art. 26.2 y el considerando número 50, que exista una situación de plurinacionalidad común de los cónyuges en dicho momento, revelándose como uno de los supuestos más controvertidos del Reglamento tal

y como indica la autora, advirtiendo, además de otro situación que puede encontrarse bajo la aplicación de dicha exclusión de la conexión de la nacionalidad común de los cónyuges y que es: cuando los cónyuges comparten una nacionalidad, teniendo solamente una de ellos una nacionalidad y el otro dos. Aquí la labor minuciosa de la prof.<sup>a</sup> García Álvarez pasa por tomar en consideración todas las soluciones doctrinales que se apuntan y dar las respuestas que encontraríamos en cada una de ellas, decantándose por la exclusión de la doble nacionalidad común y la identificación de la nacionalidad aparentemente común de los cónyuges como interpretación práctica que anuncia que facilita los principios de certidumbre, seguridad jurídica y aplicación homogénea del Reglamento en todos los Estados miembros participantes de la cooperación reforzada.

El capítulo 8, que corre a cargo del prof. David Carrizo Aguado, cierra la obra con el tratamiento de las empresas familiares cuya trascendencia en las relaciones patrimoniales de los cónyuges es innegable y que el autor brevemente examina con una atención específica sobre la autonomía de la voluntad y las capitula-

ciones patrimoniales a la luz del Reglamento (UE) 2016/1103. Es en su reflexión final en la que el autor concluye, tal y como dice, que en la interrelación entre el patrimonio familiar y empresarial el pacto de elección de ley o las capitulaciones matrimoniales son fórmulas que contribuyen a delimitar las obligaciones que contraen los cónyuges en el ejercicio de la actividad empresarial y en la que resalta el papel del notario, especialmente, en su labor de asesoramiento previo.

En definitiva, estamos pues ante una obra necesaria y rigurosa, que ofrece una visión integrada teórico-práctica sobre la complejidad de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, y que es de indudable interés para los internacionalistas y otros juristas cuyos ámbitos de especialización conectan con el Derecho internacional privado, así como para los operadores jurídicos, pues la obra promueve acercarse desde un enfoque doctrinal a la vez que práctico a la aplicación diaria del Derecho internacional privado en sede de régimen económico matrimonial.

Diana MARÍN CONSARNAU  
Universitat Rovira i Virgili

ROMERO MATUTE, Yeray, *El régimen jurídico y la contratación deportiva en el ámbito internacional: análisis desde una perspectiva amateur y profesional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 309 pp.

Este excelente trabajo tiene parcialmente su origen en la tesis doctoral del Dr. Romero Matute, dirigida por el Profesor Dr. D. Javier Carrascosa González, defendida en la Universidad de Murcia y que recibió la máxima calificación por parte del tribunal que tuve el honor de presidir.

La obra *El régimen jurídico y la contratación deportiva en el ámbito inter-*

*nacional: análisis desde una perspectiva amateur y profesional* será sin duda un estudio de referencia en el futuro, no sólo por el conocimiento teórico de la materia que demuestra el autor a lo largo de las más de 300 páginas, sino porque la experiencia en el ámbito deportivo del Dr. Romero Matute está latente a lo largo de la obra y enriquece el estudio de las cuestiones más complejas que se abordan en la investigación.

Qué duda cabe que el Derecho deportivo es una rama jurídica en vías de desarrollo y que, como tal, exige un estudio pormenorizado del régimen jurídico aplicable al deporte y de los problemas jurídicos que frecuentemente se plantean. Para ello, la obra se divide en dos grandes bloques: Un primer bloque, relativo a la estructura público-privada del deporte; Y un segundo bloque, relativo al contrato de prestación de servicios deportivos.

El primero de ellos se estructura en cuatro capítulos. La acertada sistemática de los mismos responde a una orientación integradora de las distintas dimensiones pluridisciplinarias de esta materia. En el primero de los capítulos (El deporte: breves consideraciones”), el autor se centra en analizar el origen, evolución y desarrollo histórico del deporte. Un capítulo de escaso valor normativo, pero de un innegable valor intelectual puesto que sintetiza la evolución histórica del deporte desde la Antigua Grecia hasta el año 1896, fecha en la que se celebraron los que han sido considerados los primeros Juegos Olímpicos de la Edad Moderna. Y que como todo estudio histórico nos permite conocer y comprender mejor el presente y el futuro, brindándole al Dr. Romero Matute la oportunidad de detenerse en una acertada reflexión sobre la mercantilización del deporte moderno como negocio-espectáculo incuestionable, y sobre la dependencia evidente por el dinero que afecta a equipos, federaciones y organismos deportivos.

El Capítulo 2 aborda la regulación jurídica del deporte en la U.E. centrándose, no sólo en el marco jurídico regulador (págs. 56 a 63), sino también en las políticas de Unión Europea que de alguna manera han incidido en el deporte, o que se han servido del deporte como eje vertebrador de otras iniciativas y proyectos relacionados con la movilidad, la inmigración, la educación, la formación,

e incluso la integración social y cultural (págs. 64 a 74).

El Capítulo 3 está dedicado a la regulación jurídica del deporte en el Derecho español, analizando la evolución de las políticas deportivas llevadas a cabo desde mediados del siglo XX, momento en que la actividad deportiva empezó a ejercer una influencia evidente a nivel mundial, la incidencia del artículo 43.3 de la Constitución Española sobre la Ley del Deporte, de 15 de octubre de 1990, y las distintas leyes autonómicas en la materia y la influencia que han tenido sobre el asociacionismo y la jerarquía deportiva nacional.

De esta forma introduce el Capítulo 4, relativo a la estructura público-privada del deporte, en el que el autor realiza un exitoso análisis de la organización en el ámbito deportivo, clarificando el papel desempeñado por las asociaciones de los clubes, explicando con rigor metodológico el proceso de creación de las federaciones nacionales deportivas y subrayando el papel que éstas han ejercido en la redacción de las diferentes reglas aplicables a las distintas modalidades deportivas. Para culminar con la creación de las federaciones internacionales, organismos encargados de asumir la dirección y gobierno de las diferentes modalidades deportivas a nivel internacional.

Finalizado el bloque relativo a la estructura público-privada del deporte, el Dr. Romero Matute aborda el análisis de la relación contractual de carácter privado, diferenciando claramente la práctica deportiva que se desarrolla de forma personal (mediante la solicitud de la correspondiente licencia federativa y/o la formalización de una inscripción en una competición a título individual), de la que se desarrolla representando a una entidad deportiva de forma individual o colectiva. Es este segundo supuesto el que se analiza en el segundo bloque, compuesto por los capítulos 5 y 6.

El Capítulo 5 se centra en los aspectos relativos al derecho sustantivo, comenzando por el análisis de la naturaleza jurídica que puede revestir la prestación de servicios deportivos en España, ya sea como relación de carácter civil, ya sea como relación de carácter laboral, en función siempre de las condiciones de prestación de la actividad. En el primero de los casos la prestación de servicios estará sujeta a las normas del Código Civil relativas a la prestación y/o arrendamiento de servicios (artículo 1544 CC). En el segundo, al Estatuto de los Trabajadores y, más concretamente, a su artículo 2.1 d), que cataloga este tipo de relaciones laborales de deportistas profesionales como relación de carácter especial y, por lo tanto, sujetas al RD 1006/1985, siempre que estemos hablando de la relación contractual que afecta a lo que el autor denomina “deportistas practicantes” (en este punto matiza, muy oportunamente, que junto a éstos existen otros agentes deportivos a los que no les afecta el RD 1006/1985 puesto que carecen de los requisitos oportunos para ser calificados como deportistas profesionales). Pues bien, para cumplir su propósito el autor introduce una serie de preguntas que le servirán para abordar con éxito esta cuestión. Así, ¿qué requisitos deben cumplir los contratos deportivos?, ¿cómo diferenciar una prestación de servicios de carácter deportivo de carácter civil de una laboral?, ¿qué interpretación realizan nuestros juzgados y tribunales sobre esta materia? Interrogantes que para ser resueltos le obligan a proporcionar una definición de “deportista profesional”, partiendo de la interpretación de las notas de voluntariedad, ajenidad, retribución y dependencia que han proporcionado nuestros tribunales y abordando un análisis comparado de las soluciones dadas por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, principalmente, el italiano, francés y portugués. En este sentido, podemos concluir que culmina con rigor y solvencia el reto de analizar las distintas

calificaciones y problemas que surgen en relación con la figura del deportista profesional en el panorama internacional.

Finalmente, en el Capítulo 6 se analiza el contrato de prestación de servicios deportivos desde el prisma del Derecho Internacional Privado. Y lo hace de una forma clásica, al destinar las páginas 203 a 216 al estudio de los problemas tradicionales de esta disciplina, tales como la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Pero también novedosa, al dirigir la investigación hacia la naturaleza y validez jurídica de la *Lex sportiva*, haciendo un claro paralelismo entre ésta y la *Nueva Lex Mercatoria*. Con todo ello nos conduce al desencadenante final, un análisis práctico de las diferentes prestaciones de servicios deportivos en el que a lo largo de más de 60 páginas nos introduce en una visión pragmática de los conflictos más habituales que se originan en torno a los contratos deportivos y sus habituales conexiones transfronterizas, con breves ejemplos prácticos en los que compatibiliza la reflexión teórica pausada con la visión práctica de una especialización legal de la que sin duda el profesor Romero Matute será, si no lo es ya, un claro exponente.

Todo ello, basado en una profusa y actual bibliografía y expuesto de forma sugerente para el lector, con un estilo de redacción ágil y un sólido andamiaje jurídico en su doble vertiente, teórica y práctica, que nos permite a las personas legas en el ámbito jurídico deportivo aprender y adquirir consciencia de la verdadera dimensión de la especialidad y carácter pluridisciplinar de esta materia.

Con este libro, y otras publicaciones sobre la materia —una monografía, varios artículos, etc.—, el Dr. Romero Matute se configura como un referente imprescindible en el ámbito del Derecho Deportivo Internacional.

José Luis IRIARTE ÁNGEL  
*Universidad Pública de Navarra*



RUEDA VALDIVIA, Ricardo (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de las personas en el siglo XXI, Libro Homenaje a la Profesora Mercedes Moya Escudero*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2023, 710 pp.

Sabedor de que es el gran afecto — trufado de admiración— y bien conocido hacia su persona y obras, tan hábil y cariñosamente descritas por Andrés Rodríguez Benot en el Prólogo, mi mérito principal para llevar a cabo esta recensión, la inicio ahora con algunos recuerdos.

Conocí a Mercedes al inicio de nuestras carreras, durante el viaje iniciático que los internacionalistas solemos hacer a La Haya. Corría el Año de Gracia de 1977 y los Cursos de la Academia fueron especialmente brillantes, destacando el General que impartió con gran solvencia el eminente Profesor de Ginebra Pierre Lalive y el del añorado maestro Julio Diego González Campos, sobre los vínculos entre la competencia jurisdiccional y la legislativa, un Curso seminal como el anterior, marcando ambos un punto de inflexión en la ciencia del D<sup>o</sup> internacional privado. La bella y señorial sede del Gobierno de los Países Bajos nos acogió con sus mejores galas y un envidiable buen tiempo, no siempre garantizado en aquellas latitudes, incluso en pleno verano. Una ocasión que en lo personal fue feliz, de asombro y gran ilusión ante el panorama que veíamos abrirse ante nuestros jóvenes ojos, un orden internacional en el que comenzábamos a indagar, dirigido a la búsqueda y mantenimiento de la paz, desde las dos ramas del correspondiente Derecho y radicado en el imperio de la ley. Y obviaré cualquier comparación con lo que sucede en nuestros días, escribo esto en mayo de 2024, para poner de relieve en cambio la excelente impresión que, desde el primer momento, me produjo quien ha dado lugar a este Libro Homenaje, la Profesora Moya Escudero. La encontré simpática, espontánea, interesada por todo, lúcida, voluntariosa, entregada por completo a una vocación a

la que ambos íbamos a dedicar una gran parte de nuestras vidas. Pero, por encima de cualquier otra consideración, se transparentaba ya en ella lo que habría de confirmarse sobradamente a través de los años: se trataba de un magnífico ser humano que, sin duda, daría lo mejor de sí en su desempeño universitario, para fortuna de sus colegas y alumnos que siempre tendrían, como afirma el Profesor Rodríguez Benot, su apoyo, orientación y consejo. Me unía también a ella, y doy término ahora a esta bien sencilla e incompleta semblanza, la búsqueda de una imbricación social, de un compromiso ético, de un enfoque humanista, respecto de lo que mi venerado maestro, D. Mariano Aguilar Navarro, llamaba el D<sup>o</sup> del Tráfico Jurídico Externo, que creo se puede percibir ya, por ejemplo, en nuestros respectivos inicios investigadores, al hilo de sendas Tesis desarrolladas en el ámbito del D<sup>o</sup> laboral internacional. Una búsqueda que, a través de diversos sectores queda patente, creo, también, en el resto de nuestras aportaciones. Y en la que, si puedo decirlo, persisto, al filo ya de los 50 años de vocación académica.

Estos últimos extremos a los que me acabo de referir, búsqueda de una imbricación social, etc., creo que se ven reflejados también en el hábil desglose llevado a cabo en este Libro entre los retos del D<sup>o</sup> internacional privado ante la movilidad internacional de las personas en el siglo XXI y los surgidos en ese tiempo y la citada movilidad en lo que atiene a la extranjería y nacionalidad, pensando siempre en las importantes aportaciones en sendos órdenes realizados por la Profesora Moya Escudero, en los planes docente e investigador. El volumen acoge un muy brillante elenco de especialistas, que han sabido seleccionar y desarrollar



con acierto aspectos particularmente significativos en los dos órdenes descritos. Así, destaca, por ejemplo, respecto del primero, el núcleo de estudios donde se ha tomado como referencia al menor y la necesidad de su protección, así como el que atiene a la familia, en sus diferentes realidades y proyecciones, e igualmente, entre otras, cuestiones de gran interés referidas a dimensiones judiciales, de mediación y registrales.

Por lo que atiene al segundo, D<sup>o</sup> de la Extranjería y de la Nacionalidad, cuánto se podría decir en la medida en la que las realidades que constituyen su objeto generan una práctica importantísima, y no solo como obligado sustrato de los retos que debe dilucidar el D<sup>o</sup> internacional privado, sino como espejo fiel de corrientes políticas en expansión y, en muchas ocasiones, de la quiebra de los principios y valores en los que debiera sustentarse el orden internacional, al que me referí de modo previo. Los ejemplos son ya muy numerosos y me preocupan, debo decir, intensamente, pero no es esta sede para compartir mis desvelos. Sí que

destaco ahora, cómo el libro recoge aportaciones, entre otras, de gran interés sobre aspectos relativos al estatuto del extranjero, las sanciones a las situaciones de irregularidad, los criterios étnicos de identificación, el respeto a la vida familiar de los inmigrantes, algunos reflejos del conflicto de Ucrania, el delito de ayuda a la inmigración clandestina...

Concluyo dejando constancia de mi alegría y gratitud por la oportunidad y el honor de avanzar recuerdos y reflexiones en este más que merecido Libro Homenaje a la Profesora Mercedes Moya Escudero, mi querida amiga desde esos pretéritos tiempos de La Haya, un volumen espléndido que recomiendo muy vivamente por ser testimonio de problemas muy relevantes de nuestra época y, por supuesto, da fe de la admiración y el afecto que nuestra ilustre colega granadina ha suscitado ampliamente desde el feliz momento en el que inició su andadura entre nosotros.

Francisco J. ZAMORA CABOT  
*Universitat Jaume I*

SÁNCHEZ COBALEDA, Ana, *La regulación jurídica internacional de los bienes de doble uso*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 360 pp.

La obra de la Profesora Ana Sánchez Cobaleda, que es objeto de este comentario tiene su origen en su tesis doctoral, que defendió en 2019 en la Universidad de Barcelona y mereció el premio extraordinario de doctorado.

Son de doble uso aquellos materiales, productos físicos, elementos tecnológicos e incluso conocimientos, que pueden destinarse a usos tanto civiles como militares, aunque también se ha distinguido entre usos pacíficos y no pacíficos, especialmente en relación con la energía nuclear. La inversión pasada y presente de los Estados en investigación militar es

enorme y sostenida y ha generado muchos resultados susceptibles de utilización en el plano civil, pero obviamente muchos menos de los que hubiera generado la misma inversión aplicada directamente a fines civiles y pacíficos. Pero los Estados han prestado una atención especial a los bienes que son susceptibles de ser empleados en la fabricación de armas de destrucción masiva, armas químicas, biológicas y nucleares. Y es este el objeto principal de esta obra que, como señala la autora del prólogo y directora en su momento de la tesis, la profesora Milagros Álvarez Verdugo, destaca por

su originalidad, al abordar un tema complejo desde el punto de vista normativo e institucional de manera global para identificar, caracterizar y articular el régimen jurídico que lo gobierna.

La monografía de la Profesora Sánchez Cobaleda se estructura en seis capítulos. En el primero de ellos se hace una aproximación a la noción de “bienes de doble uso”, se apuntan los distintos criterios de definición y la ausencia de un acuerdo general que no ha impedido la aparición de un régimen jurídico internacional orientado al control de la transferencia de dichos bienes y la articulación de distintos foros de control. Y se analiza como el concepto tiende a ampliarse acogiendo a bienes intangibles, como la información transferida en el ciberespacio, los resultados mismos de investigaciones científicas o los materiales susceptibles de causar daños, no necesariamente vinculados a las armas de destrucción masiva, lo que hace imposible por ahora hallar una definición que pueda seguir el ritmo de la evolución científica y tecnológica.

Tras esa aproximación terminológica a la noción de bienes de doble uso, se presentan las características principales del Derecho internacional aplicable en su regulación, identificando y analizando las normas de Derecho internacional que guardan relación con los bienes de doble uso. Así, el Capítulo 2 aborda la delimitación y características del derecho internacional aplicable. En él se tratan, en primer lugar, las normas convencionales, contenidas en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, de 1968, la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, de 1972, y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción,

de 1993. Y a continuación se presentan los actos normativos relevantes de dos organizaciones internacionales, en concreto el Organismo Internacional de Energía Atómica y especialmente los denominados Acuerdos de Salvaguardias, y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a partir de la Resolución 1540 (2004) que exige a los gobiernos impedir que los agentes no estatales adquieran o utilicen armas nucleares, químicas y biológicas y sus sistemas vectores, o faciliten su proliferación.

En el Capítulo 3, se abordan otros instrumentos normativos de soft law aplicables por los distintos foros de control de exportaciones que se han ido creando, en relación con la transferencia de bienes de doble uso: el Comité Zangger y el Grupo de Suministradores Nucleares, centrados en las armas nucleares; el Grupo de Australia, focalizado en las armas biológicas y químicas; el Régimen de Control de la Tecnología de Misiles y el Arreglo de Wassenaar, que se ocupa de las armas convencionales. Ni se regulan por acuerdos internacionales, ni constituyen formalmente organizaciones internacionales. Como señala la autora, en todos ellos, los participantes asumen compromisos de compartir información, revisar y actualizar la lista de bienes que deben ser controlados y compartir las mejores prácticas sobre la aplicación de las respectivas directrices y en todos ellos participan los principales Estados exportadores de bienes de doble uso.

En virtud de las normas analizadas en los capítulos anteriores, los Estados asumen una serie de obligaciones y compromisos de carácter internacional. Esta aceptación implica cumplir con unas exigencias que, para la autora, pueden clasificarse en dos grandes grupos: exigencias específicas de regulación y control interno de la existencia y transferencia de bienes de doble uso y exigencias en

el área de las relaciones exteriores de los Estados.

De las primeras se ocupa el Capítulo 4. En él se identifican y se detallan las siguientes exigencias de regulación y control interno: protección física; control y limitación de transferencias, distinguiendo entre las diversas armas de destrucción masiva y distintas técnicas de control; el establecimiento de comportamientos prohibidos y sanciones internas, y la designación de autoridades nacionales de referencia, en el marco de las convenciones sobre armas biológicas y químicas y de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad.

En el Capítulo 5 se identifican y se analizan las exigencias en el área de las relaciones exteriores de los Estados, que consisten, por una parte, en las exigencias de sometimiento a control internacional, detallándose las modalidades de control (seguimiento y verificación) y las modalidades de aplicación, en función del órgano de control y, por otra parte, en las exigencias de cooperación para la promoción de los usos pacíficos de los bienes de doble uso, distinguiéndose en función de las fuentes normativas y de las modalidades institucionalizada o bilateralizada de cooperación.

Finalmente, el Capítulo 6 tiene un carácter conclusivo y nos ofrece la caracterización global del régimen jurídico internacional de los bienes de doble uso. Aborda básicamente tres aspectos. El primero de ellos es la importancia de la noción “bienes de doble uso” sobre la cual la autora concluye que, “en la práctica internacional contemporánea, la expresión “bienes de doble uso” alude a una noción de geometría variable originariamente delimitada por la vinculación de algunos bienes con la fabricación, desarrollo y utilización de las armas de destrucción masiva”, y que “la noción experimenta actualmente una tendencia expansiva —como consecuencia de los retos que

plantea la evolución científico-técnica y la creciente utilización del criterio de la “intencionalidad de uso”— que dificulta su tratamiento como objeto de regulación jurídica”. En relación con el segundo ámbito, la configuración del régimen de bienes de doble uso, destaca que es tributario de la regulación internacional de las armas de destrucción masiva, que presenta un carácter fraccionado y disperso y que su configuración se ha visto influida, específicamente, por la interacción entre las normas de soft-law y los actos normativos adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Finalmente, en relación con el contenido del régimen de bienes de doble uso, la autora considera que su objeto de interés se sitúa “en la intersección entre las prohibiciones relativas a la existencia y proliferación de ciertos medios de combate y el derecho al uso pacífico de los bienes de doble uso”, lo que determina el actual contenido normativo del régimen y sus tendencias de evolución futura.

Termina la autora con una valoración global del régimen, señalando sus éxitos y sus limitaciones, y destacando la necesidad de incrementar la cooperación internacional tanto para favorecer el cumplimiento de los objetivos del régimen como también para favorecer el uso pacífico de los bienes de doble uso, como requisito de legitimidad del mismo.

Pero no me resisto a manifestar que, en mi opinión, la difícil sostenibilidad del régimen de no proliferación de las armas nucleares es un punto débil de todo el régimen de no proliferación de las armas de destrucción masiva y en consecuencia del régimen de los bienes de doble uso. En su momento, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 declaró que la obligación de desarme nuclear era una obligación de resultado. No obstante, los Estados poseedores de armas nucleares no han cesado de desarrollar sus programas de armamento nuclear

y nada hace pensar que vayan a modificar su comportamiento. Y el descontento entre la mayor parte de los Estados no poseedores de armas nucleares es evidente y se ha manifestado tanto en las conferencias de revisión del TNP, como en las conferencias internacionales sobre el impacto humanitario de las armas nucleares celebradas entre 2013 y 2014, que fueron el preludio de la adopción del “Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares” el 7 de julio de 2017, que entraría en vigor el 22 de enero de 2021 y que cuenta, hasta ahora, con 70 Estados Parte.

El trabajo de la profesora Sánchez Cobaleda es riguroso, ordenado, claro y convincente y se apoya en una gran, diversa y pertinente colección de fuentes. Es un libro absolutamente recomendable para quienes deseen introducirse en tan complejo ámbito de regulación y constituye una obra imprescindible para quienes, desde la investigación, se interesan especialmente por los ámbitos de la paz y el desarme.

Antoni PIGRAU SOLÉ  
*Universitat Rovira i Virgili*

SANZ CABALLERO, Susana, *¿La Europa de los valores? El declive del Estado de Derecho en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, 476 pp.

Como es sabido, el Estado de Derecho, configurado como uno de los valores fundamentales de la Unión Europea (art. 2 TUE), lleva sufriendo en los últimos años múltiples “ataques” por parte de algunos de sus Estados miembros, lo que nos aleja cada vez más de esa idea de que la condición de miembro de la UE es sinónimo de Estados firmes defensores de los valores fundamentales de la UE y, por ende, del Estado de Derecho.

La obra objeto de esta recensión, coordinada por la profesora Susana Sanz Caballero, partiendo de la idea de que “it is very hard to understand why European States that did so well at the moment of accession to the EU in terms of their respect of human rights and democratic standards are now taking the path towards autocratic illiberal hybrid regimes” (p. 22) pretende responder a tres cuestiones fundamentales: qué ataques está sufriendo el Estado Derecho, por qué se están produciendo y en qué Estados miembros. Con esa finalidad, desde una perspectiva multidisciplinar, la obra se estructura en tres partes interconectadas: la primera, se consagra al declive del Estado de Derecho en la Unión Europea,

la segunda, al declive del Estado de Derecho en España y la tercera al declive del Estado de Derecho en otros Estados miembros.

La primera parte de la obra se divide en seis capítulos donde se abordan tanto cuestiones más generales, de carácter transversal, como la evolución del concepto de Estado de Derecho y su regulación en el Tratado de la Unión Europea, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la materia; así como otras más específicas como la “construcción” de un nuevo estatuto de ciudadanía europea; la libertad de información y la lucha contra la desinformación en la era COVID o el impacto de la guerra de Ucrania en los valores fundamentales de la UE. Así, en el capítulo primero, el profesor Antonio Bar Cendón analiza el Estado de Derecho en la Unión Europea y su protección en tiempos de crisis. Con gran claridad y exhaustividad, nos acerca a cuestiones claves como la lenta evolución de la regulación del Estado de Derecho en la UE, concebido en los inicios del proceso de integración como un principio, configurándose hoy como un valor fundamental de la UE y un pilar del sistema democrático

de la Unión; la evolución de los mecanismos de protección del Estado de Derecho; así como el papel del Tribunal de Justicia, con una especial referencia a los Estados “más conflictivos” (p. 74), esto es, Polonia, Hungría y Rumanía. En el capítulo segundo, Lethe Roots, con su contribución “A decade of crisis — EU values in a changing environment”, tras analizar el art. 2 TUE, se acerca al proceso de ampliación de 2004, marcado por los Criterios de Copenhague; así como a las “debilidades” de los mecanismos “diseñados” para proteger el Estado de Derecho y las posibles alternativas. En el capítulo tercero, Teresa Freixes Sanjuán, en una interesante y sugerente contribución, defiende la necesidad de adoptar un estatuto de ciudadanía europea, con el objetivo de compilar, precisar y adecuar a las nuevas necesidades los derechos de la ciudadanía dispersos en el Tratado de Funcionamiento de la UE y la Carta de Derechos Fundamentales. La contribución analiza la propuesta de Estatuto aprobada por Renew Europe en 2022 desde una doble perspectiva: si los derechos que se pretenden incorporar tienen base legal o no en el Derecho de la Unión Europea y si los derechos propuestos son compatibles o no con los Tratados vigentes (p. 105). Cabe apuntar que la propuesta de Estatuto, estructurada en 6 bloques, recoge junto a los derechos clásicos de participación ciudadana, libertades ciudadanas, derechos de la ciudadanía a la buena administración o garantías de los derechos de ciudadanía; otros más novedosos como los derechos digitales de la ciudadanía, derivados de la evolución de los sistemas telemáticos. Asimismo, también se propone —en las disposiciones adicionales— tres nuevos derechos como son la promoción de la ciudadanía activa y de los valores compartidos de libertad, tolerancia y no discriminación a través de la educación; la inclusión de un distintivo europeo en pasaportes emitidos por los Estados miembros y la institucionalización del 9 de mayo como Día de Europa.

En el capítulo cuarto, Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín analiza el Estado de Derecho en la jurisprudencia reciente del TJUE de la mano de dos sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022 en los asuntos C-156/21, Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea; y C-157/21, Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. El estudio se inicia con un análisis detallado del Reglamento del PE y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, para posteriormente explorar exhaustivamente, de la mano de las mencionadas sentencias, la dimensión constitucional del derecho presupuestario; la condicionalidad financiera en derecho comparado y la conexión existente entre las cuestiones presupuestarias y el Estado de Derecho. En el capítulo quinto, Leopoldo García Ruíz se acerca a otro de los pilares del Estado de Derecho, como es la libertad de expresión, de la mano de la COVID-19. Dado que los problemas de libertad de información y lucha contra la desinformación no son nuevos, el autor nos presenta, en primer lugar, las medidas adoptadas por la UE con anterioridad a la pandemia, para, posteriormente, acercarnos a la situación generada durante y tras la pandemia, con un análisis exhaustivo de las medidas adoptadas por diferentes Organizaciones Internacionales y Estados —entre ellos, España— para luchar contra lo que el Director General de la OMS acuñó con el término “infodemic”. En el capítulo sexto —que cierra la primera parte de la obra— Ainhoa Uribe Otalora se acerca a la protección de mujeres y niños en la Unión Europea de la mano de la guerra en Ucrania. La autora, tras analizar las sinergias entre el art. 2 del TUE y la guerra de Ucrania, nos acerca a la crisis de refugiados y la respuesta de la Unión Europea de la mano de un exhaustivo análisis de la Directiva 2001/55/EC de 20 de julio de 2001, relativa a las normas

mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Análisis que no sólo se centra en la situación en Ucrania sino que también se acerca a otros conflictos —Siria, Yemen ....— con una diferente respuesta por parte de la UE.

La segunda parte de la obra se dedica —a lo largo de cuatro capítulos— al declive del Estado de Derecho en España. Dos de las aportaciones abordan, desde diferentes perspectivas, uno de los temas “estrella” de nuestro sistema judicial, como es la renovación del Consejo General del Poder Judicial. Como es sabido, la Comisión Europea, en los sucesivos Informes sobre el Estado de Derecho viene recomendado a España “proceder a la renovación del Consejo General del Poder Judicial con carácter prioritario e, inmediatamente después de la renovación, dar inicio a un proceso para adaptar el nombramiento de sus vocales elegidos entre jueces y magistrados, teniendo en cuenta las normas europeas relativas a los consejos del poder judicial” (Informe sobre el Estado de Derecho en 2023, p. 10). Así, en el capítulo séptimo, Joaquín Marco Marco aborda la situación de la justicia en España analizando, en primer lugar, los efectos negativos que se derivan de la situación de interinidad en la que se encuentra el CGPJ, dado que, “más allá del desprestigio de dicha institución” esta situación tiene consecuencias sobre el funcionamiento del sistema judicial en relación al nombramiento de otros cargos judiciales, en la tardía renovación del Tribunal Constitucional —no exenta de dificultades—, así como en los retrasos en la elaboración de los informes del Consejo General del Poder Judicial. Posteriormente, se analizan otras cuestiones del sistema judicial tales como la figura del Ministerio Fiscal —destacando el autor que

ninguna de las medidas propuestas en los sucesivos informes sobre el Estado de Derecho en la Unión han sido adoptadas—; los aforamientos y las incompatibilidades de jueces y fiscales destacándose que “la situación actual plantea dudas desde el punto de vista de la separación de poderes y con respecto a la independencia e imparcialidad requerida de los jueces” (p. 235). Además de las “debilidades” del sistema, el autor también destaca algunos avances tales como la mejora de los plazos en la tramitación de los asuntos civiles, mercantiles, contenciosos y administrativos en primera instancia; la buena salud de la tecnología aplicada a la justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, si bien termina concluyendo que “a pesar de avances destacables éstos “son de menor entidad que las carencias existentes” (p. 240). En el capítulo octavo, Manuel Martínez Sospedra en su aportación “Mirándose en un espejo polaco. Notas sobre el CGJP y su regulación desde la perspectiva de los valores de la Unión” analiza la inserción en nuestra Constitución del CGPJ, las vicisitudes de la Ley Orgánica del CGPJ de 1980 —cuya aplicación dio lugar a enfrentamientos sucesivos del Consejo con los respectivos gobiernos de UCD y el partido socialista—; así como las novedades introducidas por la reforma de 1985 y algunas de las consecuencias que se derivan de dicha reforma como lo que el autor ha denominado “amistades peligrosas” (p. 254); para posteriormente acercarse a los efectos que el art. 2 TUE y, más concretamente, el Estado de Derecho, tiene sobre el sistema de nombramiento de los miembros del CGJP establecido en nuestra legislación, utilizando como ejemplo la jurisprudencia del TJUE en relación al Consejo Nacional del Poder Judicial polaco. En nuestra opinión, ambas aportaciones son esenciales para comprender, lejos del ruido mediático, las diversas cuestiones que sobrevuelan tanto sobre el funcionamiento de nuestro sistema judicial en general, como sobre el CGPJ en



particular: desde las consecuencias su no renovación, como en particular las complejas razones que subyacen en la renovación y en su caso, posterior reforma. En el capítulo noveno, Marta Pérez Gabaldón y Nuria Hernández García se acercan a otros de los pilares del Estado de Derecho como es la lucha contra la corrupción. Como ha destacado la Comisión Europea “la lucha contra la corrupción es esencial para mantener el Estado de Derecho y preservar la confianza de los ciudadanos y las empresas en las instituciones públicas” (Informe sobre el Estado de Derecho en 2023, p. 11). Esta aportación aborda la corrupción en España en un escenario pre y post pandemia. Tras el análisis de los conceptos de Estado de Derecho y corrupción, las autoras realizan un examen exhaustivo del pilar de lucha contra la corrupción en los sucesivos Informes sobre el Estado de Derecho de la Comisión Europea (años 2020-2022), identificando tanto los deberes pendientes de nuestro país —como la adopción de una estrategia nacional de lucha contra la corrupción— como los avances de los últimos años. Asimismo, se introduce un interesante análisis para medir la corrupción en nuestro país partiendo de tres indicadores, esto es, la percepción de la corrupción; las experiencias propias relacionadas con prácticas corruptas y la contabilización de denuncias e investigaciones judiciales. En el capítulo décimo, que cierra esta segunda parte, María Rosa García Vilardell, con su aportación “Ideología y simbología política partidista en el ámbito público: su conflictividad en el marco educativo catalán, con especial referencia al ámbito universitario”, aborda la situación generada en la enseñanza catalana por el “proceso catalán” que dio lugar, por ejemplo, a la adopción de resoluciones por parte de las universidades catalanas, manifestándose a favor del “procés”, condenando el fallo del 1-O y reivindicando su inmediata puesta en libertad (p. 305). Con ese telón de fondo, la autora analiza de la mano de

diversos preceptos constitucionales y resoluciones judiciales, el uso de la simbología política en espacios tutelados por poderes públicos; los derechos del discente y las obligaciones de los poderes públicos; y la neutralidad en el marco de la enseñanza superior, con una especial referencia a la Ley Orgánica 2/2023 del Sistema Universitario que “ataca directamente la neutralidad ideológica que deben mantener los campus, vulnerando claramente los libertades ideológicas, de expresión y el derecho a la educación” (p. 327).

La tercera y última parte de la obra —que consta de seis capítulos—, nos ofrece un análisis de la “salud” del Estado de Derecho en otros Estados miembros de la Unión Europea, concretamente, en Italia —capítulos once y doce—; Croacia —capítulo trece—; Francia —capítulo catorce—, y Polonia y Hungría —capítulos quince y dieciséis—. En el primero de los capítulos relativos a Italia, Valentina Colcelli, se centra en una de las recomendaciones de la Comisión a este país en el Informe sobre el Estado de Derecho 2023, esto es, la creación de una Institución Nacional de Derechos Humanos que tenga en cuenta los Principios de París de las Naciones Unidas. Con esa finalidad, la autora, tras analizar tanto los citados Principios como el marco europeo de protección de los derechos fundamentales, realiza un examen detallado del proyecto de Ley Italiano para la creación del organismo encargado de la protección de los derechos. El segundo de los capítulos relativos a Italia se centra en otro de los pilares del Estado de Derecho, como es la libertad de información y prensa. Así, de nuevo al hilo del Informe de 2023 de la Comisión Europea sobre el Estado de Derecho, Roberto Cippitani presenta un estudio sobre la protección de la libertad de prensa en el que realiza un recorrido por la situación de la libertad de información, las medidas articuladas para la protección de los periodistas frente a agresiones, ataques y otras formas de intimidación; así como las san-



ciones penales contra los periodistas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional italiana en relación con la aplicación a periodistas de penas privativas de libertad. En el capítulo relativo a Croacia, Mateja Cehulic y Dario Cepo se centran en las diferentes estrategias adoptadas por el Ministerio de Justicia con el objetivo de reformar el sistema judicial. El título de la contribución anticipa ya las conclusiones a las que llegan los autores, esto es, las reformas ponen el acento en la digitalización, “olvidando” los principales problemas a los que se enfrenta el sistema judicial, tales como la corrupción o la injerencia de los distintos actores políticos. Conclusiones sustentadas en un minucioso análisis de las sucesivas estrategias que el Ministerio de Justicia viene adoptando desde el año 2005. En el siguiente capítulo, Yannick Lécuyer, en su aportación titulada “Las críticas atávicas contra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a Francia y a la democracia”, nos presenta un análisis de la oleada de ataques —de parte de la prensa, de la doctrina jurídica y de actores políticos— y la denigración sistemática que sufre el TEDH en dicho país; incidiendo en los principales motivos esgrimidos para dichos ataques: violación de la soberanía externa, del Estado; e interna, la del pueblo. Asimismo, explora cómo el cuestionamiento de la competencia y de la legitimidad del Tribunal se ha traducido en que las sentencias dictadas no sean aceptadas ni desde el punto de vista de los métodos ni de las soluciones. Por otra parte, en el primero de los capítulos consagrados a Polonia, “El Estado de Derecho e independencia judicial en la UE: Jurisprudencia del TJ en relación con la legislación judicial polaca”, la profesora María Dolores Blázquez Peinado presenta un exhaustivo estudio en el que, en primer lugar, analiza las medidas adoptadas por las instituciones de la UE frente a la Polonia; país que, como afirma la autora,

“viene manteniendo un pulso constante con las instituciones europeas por cuenta de la vulneración del Estado de Derecho” (p. 430). En segundo lugar, se centra en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la defensa del Estado de Derecho, realizando un recorrido por los primeros pronunciamientos del Tribunal, para, posteriormente, analizar minuciosamente los diferentes asuntos en los que el Tribunal tiene la ocasión de pronunciarse sobre diversas cuestiones vinculadas al sistema judicial polaco, tales como la independencia judicial en relación con la organización y el funcionamiento del Tribunal Supremo y de los tribunales ordinarios, así como la independencia judicial en relación con la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo y con el régimen disciplinario de los jueces de los tribunales ordinarios. Análisis que lleva a la autora a concluir que “el TJ está elaborando una jurisprudencia en torno al concepto de Estado de Derecho en el que la independencia de los tribunales nacionales es esencial, en la medida en que estos son, potencialmente, tribunales de Derecho de la UE. El TJ se erige así en guardián global de la independencia judicial en la UE y se reafirma la posición de los jueces nacionales como integrantes de un poder judicial europeo” (p. 464). En el segundo capítulo consagrado a Polonia —que cierra la obra objeto de esta recensión— “Funding civil society organizations in times of rule of law backsliding”, Barbara Grabowska-Moroz analiza los problemas de financiación de determinadas ONG —las no vinculadas al poder— en Hungría y Polonia y las posibles soluciones.

En resumen, debemos felicitar tanto a la coordinadora como a los autores, por la oportunidad del tema y por sus brillantes trabajos, que sin duda aportan elementos imprescindibles para un debate sosegado.

Belén SÁNCHEZ RAMOS  
*Universidad de Vigo*

SEGURA SERRANO, Antonio, *El desafío de la ciberseguridad global: análisis desde el Derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 276 pp.

Esta monografía que comentamos presenta un análisis de la ciberseguridad desde el punto de vista del Derecho Internacional, estudiando los principales elementos y principios de Derecho Internacional afectados, así como su futuro desarrollo normativo, y prestando una especial atención a su tratamiento por la UE.

La monografía consta de siete capítulos. El primero de ellos recoge una introducción bastante clarificadora sobre el contenido de la obra, el segundo capítulo está dedicado a la cuestión de la atribución de la responsabilidad internacional, el tercer capítulo analiza los principios de Derecho Internacional afectados y el cuarto de estos capítulos recoge un análisis jurídico de las respuestas individuales a casos de ciberataques. Por otra parte, el capítulo quinto añade una nueva perspectiva de estudio relativa al desarrollo normativo de la materia, para finalizar el análisis con un sexto capítulo dedicado a la ciberdiplomacia europea, junto con unas conclusiones en el séptimo y último capítulo. Por lo tanto, se trata de un trabajo que realiza, como el propio autor indica, un análisis holístico de la materia en el ámbito del Derecho Internacional.

Comenzando nuestro comentario en relación con del capítulo segundo, el mismo constituye un acierto el tratar de resolver la compleja cuestión de la atribución al comienzo de la obra, debido que, concluida la posibilidad de atribución a los Estados, ésta permitirá el análisis del resto de cuestiones relativas a principios de derecho internacional y respuesta unilateral. Este segundo capítulo analiza las dos cuestiones claves en la atribución: la atribución técnica y la jurídica, siendo la primera necesaria para poder concluir respecto de la segunda. Como bien señala el autor, la atribución técnica es de enor-

me complejidad, y refiere las distintas propuestas de atribución planteadas, si bien concluye que a pesar de que se han ido mejorando las capacidades de atribución, no existe completa certeza sobre los resultados de dicho análisis forense. Respecto de la atribución jurídica, en primer lugar, señala la problemática de la misma haciendo referencia a informes del Grupo de Expertos Gubernamentales de Naciones Unidas y lo recogido en el propio Manual de Tallin, para pasar a analizar la responsabilidad por las actividades de órganos estatales, que estudia tomando como base los Artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por la comisión de hechos ilícitos. Para ello, se centra tanto en la atribución *de iure* como *de facto*, y presta una especial atención esta última debido a la complejidad que puede plantear la identificación de los órganos *de facto*, realizando un análisis de cómo los requisitos para dicha atribución se pueden presentar en las actividades cibernéticas, para finalizar con la cuestión de los actos *ultra vires*. En lo relativo a la atribución al Estado de las actividades de los particulares, el epígrafe analiza los distintos test planteados por la jurisprudencia y concluye con el planteado por la CDI para atribuir la responsabilidad. Finalmente, una vez analizado los dos tipos de atribución el capítulo finaliza con un epígrafe en el que se aplican dichas conclusiones al ciberespacio, contraponiendo las diferentes posiciones de la doctrina relativas a la opción del test de control efectivo o el test de control global, y concluyendo sobre las distintas opciones normativas que se ha planteado para la atribución, como que la misma se haga por actores no estatales o por un mecanismo internacional centralizado.

La obra continúa con un tercer capítulo dedicado a analizar una serie princi-

pios de derecho internacional en relación con los ciberataques, esto es, el principio de prohibición de uso de la fuerza, el principio de no intervención, la soberanía estatal y el principio de diligencia debida. Respecto del primero de ellos, quizás el más conflictivo, el trabajo determina qué podemos entender por un ataque virtual, advirtiendo que no se asemeja a un uso de la fuerza armada real. En todo caso, la cuestión a analizar es si un ataque de este tipo podría encuadrarse en el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, analizando en primer lugar si un ciberataque podría considerarse como un uso de la fuerza. Para ello el autor analiza los tres enfoques adoptados por la doctrina sobre la naturaleza del uso de la fuerza en el ciberespacio, así como la clasificación propuesta por Rossini para catalogar los tipos de ciberoperaciones según sus resultados. Respecto del principio de no intervención, un primer epígrafe se centra en su identificación y análisis en el ámbito del derecho internacional en general, para pasar posteriormente a analizar su contenido: la coerción y la *domaine réservé*, lo cual permitirá su encuadre en el ámbito de las ciberoperaciones. Es de especial interés y muy útil, el hecho de que en el epígrafe dedicado al ciberespacio se presenten y analicen diversos casos afectados por este principio: los incidentes de Estonia en 2007, el virus Stuxnet en 2010, y la intervención en las elecciones de EEUU en 2010. El siguiente elemento de estudio, que el autor denomina “regla de la soberanía”, comienza con una referencia a la cuestión relativa a la posible aplicación de normas de derecho internacional, creadas para un espacio físico, al ámbito del ciberespacio, y centrándose posteriormente en el análisis que lleva finalmente a la denominación de la soberanía como una regla y no como un principio de derecho internacional, ya que en dicho caso no podría reclamarse responsabilidad. Una vez aclarada esta posición, la siguiente cuestión a analizar es

su aplicación al ciberespacio, para lo que toma como referencia el Manual de Tallin, y los dos criterios establecidos para analizar la licitud de las operaciones: la integridad territorial y la interferencia o usurpación de funciones gubernamentales, y todo ello analizando la posición de los Estados y doctrina divididos en dos grupos, que califica como soberanistas puros o relativos. Finalmente, el apartado dedicado a la diligencia debida comienza señalando acertadamente que este principio se ha utilizado como alternativa y medio de solución de los problemas de atribución, si bien como también señala, sus contornos jurídicos no están delineados, lo que hace necesario su estudio en esta obra. Dicho análisis comienza con un rastreo histórico jurisprudencial sobre la identificación del principio, concluyendo en todo caso, que existen dos posiciones respecto al mismo, la de aquellos que lo consideran como un principio de derecho internacional, frente a los que lo consideran como un estándar de comportamiento. Los dos siguientes epígrafes están destinados al análisis de los elementos determinantes de este principio, en primer lugar, del deber de prevención del daño, que señala consiste en una obligación de conducta no de resultado, que se materializa cuando se produce el daño, pasando a un análisis crítico del daño tomando de nuevo como referencia el Manual de Tallin. El segundo elemento es el relativo al conocimiento, rechazando la necesidad de conocimiento absoluto y analizando la cuestión de si el Estado “debería haber tenido conocimiento”, al que denomina “conocimiento constructivo”. Para terminar este epígrafe dedicado a la diligencia debida, se introduce acertadamente un apartado sobre los beneficios y riesgos de tan referido principio en el ámbito ciber, siendo quizás más interesantes los riesgos que plantea, ya que dicho principio ha sido utilizado en la mayoría de los casos como solución, sin analizar los problemas que pueden

derivarse y que deben tenerse presentes si optáramos por su aplicación.

El capítulo cuarto de esta obra está dedicado a la respuesta unilateral por parte de los Estados víctimas de ciberoperaciones, y comienza su estudio con una de las cuestiones principales y más controvertidas, la legítima defensa en el ámbito de las ciberoperaciones, debido a la cuestión relativa a la relación entre operación cibernética y ataque armado. Para ello analiza los criterios de escala y efectos en relación con las operaciones cibernéticas, prestando especial atención a la cuestión del daño físico y la necesidad de víctimas. El siguiente epígrafe lo dedica a otra cuestión controvertida, no solo en el ámbito de las ciberoperaciones, sino en el ámbito general de la legítima defensa, como es el ejercicio de la misma frente a actores no estatales, para pasar posteriormente al análisis de los dos elementos a tener en cuenta a la hora del ejercicio de la legítima defensa, como la necesidad y proporcionalidad, que presenta sus particularidades y una especial complejidad en el ámbito de las ciberoperaciones, como analiza y clarifica el autor. Finalmente, el autor vuelve sobre un tema conflictivo como es el de la legítima defensa preventiva, cuyo análisis y aplicación a las ciberoperaciones justifica por las características de este tipo de operaciones: los ataques son instantáneos y no dejan tiempo al Estado para reaccionar y repeler el ataque.

El siguiente epígrafe de este capítulo cuarto está dedicado al estudio de las contramedidas, quizás el ámbito del derecho internacional en el que más cómodamente se puedan mover las respuestas a las ciberoperaciones. Después de un análisis sobre el concepto de las contramedidas y sus requisitos, enfocados desde el punto de vista del ciberespacio, esta obra analiza las condiciones procesales de aplicación de las contramedidas en el ciberespacio, señalando las dificultades

de las mismas hasta el punto de haber sido eliminada por el Manual de Tallin la necesidad de notificación previa, convirtiendo las medidas, como señala el autor, en un elemento punitivo. Muy interesante resulta el epígrafe dedicado a los límites de las contramedidas, ya que, debido a las características de las ciberoperaciones, se pone de manifiesto la afectación a derechos como por ejemplo el derecho a la privacidad. El último epígrafe dedicado a las contramedidas analiza el porqué de la afirmación que hemos realizado anteriormente referida que, las contramedidas son el recurso que mejor sirve para dar respuesta, no sin problemas, a las ciberoperaciones maliciosas. Esta afirmación deriva de la dificultad que presenta la aplicación de la legítima defensa, pero debiendo tener presentes de nuevo, tal y como señala el autor, la necesidad de no convertirlas en un elemento punitivo.

Finalmente, el capítulo cuarto dedicado a las medidas unilaterales se centra en el estudio del estado de necesidad, cuya aplicación tiene sentido en el ámbito de las ciberoperaciones debido a dificultad que presentan las dos alternativas previamente estudiadas: la legítima defensa y las contramedidas. De este modo, el estado de necesidad no requiere de la comisión de un hecho ilícito y su atribución el Estado, sino que, como señala el autor, permite al Estado enfocarse únicamente en hacer frente a una amenaza. Para ello, el autor pasa a analizar los requisitos para la aplicación del estado de necesidad en relación con las ciberoperaciones, utilizando los Artículos de la CDI, la jurisprudencia de la CIJ y el Manual de Tallin. En todo caso, a pesar de que el estado de necesidad pueda parecer la mejor respuesta, en la práctica, tal y como pone de manifiesto el autor al analizar las limitaciones de aplicación, resulta difícil la aplicación del estado de necesidad debido a la obligación de demostrar que la acción del Estado es el "único modo" de hacer frente a la amenaza. Esta di-

ficultad se traslada también al ámbito del ciberespacio, debido al poco tiempo que se tiene para deliberar y por lo tanto determinar si se trata del “único modo” de respuesta. Junto con esta cuestión, el segundo elemento que el autor señala y analiza a fin de poner de manifiesto las limitaciones de este recurso es que no afecte a los intereses esenciales de otro Estado, utilizando ejemplos que ayudan a identificar sus particularidades en el ámbito ciber. Para terminar, se hace una breve referencia al estado de necesidad y de nuevo al uso de la fuerza, como en el caso de la legítima defensa, concluyendo que la doctrina y la práctica, si bien señala escasa, indican que el estado de necesidad no ampara el uso de la fuerza.

Como señalábamos al comienzo, el capítulo 5 supone añadir al trabajo en nuevo elemento de análisis como es el desarrollo normativo de esta materia, liderado en este caso por Naciones Unidas. Para ello, se estudia la evolución de los grupos de expertos gubernamentales, señalando los avances conseguidos y cómo las diferentes posiciones de las grandes potencias resultaron, en 2018, en la división en dos grupos liderados por Estados Unidos y Rusia respectivamente. Con el fin de clarificar dichas posiciones, en los siguientes epígrafes se analizan los resultados del Grupo de Expertos Gubernamentales y el del Grupo de Trabajo de Composición abierta liderado por Rusia y China, que culmina con un informe en 2021, objeto de análisis en este epígrafe, y que fue endosado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Finalmente, este culmina con un estudio del cibercrimen, lo cual parece alejarse un poco del ámbito de estudio de la obra, quizás por acercarse a cuestiones relativas cooperación judicial, si bien en aplicación de un tratado internacional, el Convenio de Budapest. En todo caso, el autor critica la escasa implementación por los Estados de dicho convenio y los intentos del Consejo de Europa de

hacerlo más efectivo, con la adopción de un nuevo protocolo que no está exento de críticas debido a su posible afectación a los derechos humanos. Si bien se ha considerado el Convenio de Budapest como la norma principal en la lucha contra la ciberdelincuencia, el autor nos presenta en el segundo apartado un interesante estudio sobre la propuesta de creación de un Convenio sobre ciberdelincuencia en el marco de Naciones Unidas, cuya propuesta fue aprobada por la Asamblea General en 2019, pero de nuevo con posiciones encontradas entre Estados Unidos, que prefiere centrar esta lucha en el marco del Convenio de Budapest, y Rusia que apuesta por un nuevo convenio.

La obra cierra finalmente, previa a las conclusiones, con un capítulo dedicado a la Unión Europea, donde se analizan tres aspectos de especial interés para la misma: la ciberdelincuencia, la ciberdiplomacia como un instrumento de ciberseguridad y la ciberdefensa. En relación con el estudio de la ciberseguridad, el autor realiza una exposición de cómo ha evolucionado la normativa y el enfoque de la UE para hacer frente a este reto, y no solo frente ataques de civiles relacionados con cibercrimen, sino frente a su uso por terceros Estados. Pero el principal estudio normativo se lleva a cabo en el epígrafe dedicado a la política de ciberseguridad de la UE, un epígrafe muy completo que toma como punto de partida la Estrategia de Ciberseguridad de 2013, cuyo contenido el autor divide en tres pilares, la seguridad de las redes y de la información, el cibercrimen y la ciberdefensa, para pasar a analizar cada uno de ellos. En todo caso, como decíamos se trata de un epígrafe muy completo, y además de analizar la Estrategia de 2013, lleva a cabo un estudio sobre normativa posterior, partiendo de la Comunicación de la Comisión y la Alta Representante de 2017, que se ha calificado como “segunda estrategia de ciberseguridad”, para finali-

zar con el estudio de la última Estrategia de Ciberseguridad adoptada en 2020.

En lo relativo a la ciberdiplomacia, comienza con una definición que permite identificar este nuevo concepto, y que se centra en la búsqueda de métodos tanto para asegurar los intereses del Estado en el ciberespacio, como en la búsqueda de normas que regulen el comportamiento de los Estados en el ciberespacio. En el caso de la UE, como señala al autor, el punto de partida fueron las Conclusiones del Consejo sobre ciberdiplomacia de 2015, siendo quizás las Directrices de la aplicación del Marco para una respuesta diplomática conjunta de la UE a las actividades cibernéticas maliciosas, las que suponen un mayor desarrollo y que el autor analiza con mayor profundidad. Finalmente, el estudio de la ciberdiplomacia termina con un interesante análisis del régimen de sanciones de la UE en materia de ciberataques, enfocado no solo en el estudio de las medidas llevadas a cabo por la UE, sino también en la evaluación jurídica de las mismas y su efectividad.

Este capítulo termina con una referencia a la ciberdefensa en la UE, en la que se recoge el desarrollo normativo que ha permitido desplegar una política

de ciberdefensa en el ámbito de la Unión que culminan con la actualización en 2018 del Marco político de ciberdefensa, y con la Comunicación Conjunta de Política de ciberdefensa de 2022. Para concluir, analiza los instrumentos de respuesta de la UE tomando como base la cláusula de solidaridad del artículo 222 TFUE y la cláusula de asistencia mutua defensiva del artículo 42.7 TFUE, señalando en todo caso las limitaciones de ambos y concluyendo que probablemente sea la cláusula de solidaridad la que tenga mejor encaje para poder ejercer una respuesta.

En definitiva, este trabajo constituye una obra que permite acercarse al conocimiento de la regulación del ciberespacio por el derecho internacional, analizando todos los elementos afectados por esta nueva práctica, y poniendo en todo caso de relieve las enormes dificultades que plantea su regulación, los vacíos legales existentes, los riesgos y amenazas, así como la imposibilidad de dar una respuesta efectiva y ampliamente aceptada. En todo caso, una obra necesaria y útil para aquellos que se adentran en el estudio del ciberespacio.

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS  
*Universidad Pablo de Olavide*

ZERNIKOW, Marcel, *Les règles de conflit de lois confrontées au marché intérieur. Étude en droit international privé européen du travail*, L'Harmattan, París, 2024, 654 pp.

La movilidad laboral internacional se ha convertido en un aspecto natural altamente necesario en el tráfico jurídico externo. Entre las claves de la movilidad laboral, destacan aspectos tales como las innovadoras tecnologías de comunicación, el desarrollo de Internet, la mejora en los transportes junto con la industrialización y la transformación digital, entre otros. En este contexto, el impulso

transfronterizo ha despertado el interés de la legislación laboral internacional como conjunto de normas provenientes de instancias supranacionales que contribuyen a la institucionalización de las relaciones de trabajo. Así las cosas, en la parte introductoria de la monografía objeto de esta recensión, se hallan interesantes aclaraciones preliminares, entre las que merecen poner de relieve, la acer-



tada puntualización a cargo del autor en torno a la idea de que la legislación laboral de la Unión Europea incluye evidentemente también las normas de Derecho internacional privado que rigen, especialmente, en el caso del trabajador que cruza las fronteras dentro de este espacio. Además, apunta que, evidentemente, no se excluye, *a priori*, que estas normas puedan tener un impacto en la movilidad más allá de las fronteras exteriores de la UE. De esta manera, en tales relaciones transnacionales, las reglas de conflicto de leyes tienen por objeto determinar la conexión aplicable a una cuestión de Derecho que deriva de ciertos hechos vinculados a varios países. Claro está que, la cuestión conflictual no puede estudiarse sin ponerse en perspectiva con la competencia judicial internacional a luz de los foros precisados por el Reglamento (UE) 1215/2012. Sea como fuere, el Dr. Zernikow resalta que, tradicionalmente los sistemas nacionales de Derecho internacional privado han respetado el principio de protección de la parte más débil. Sin embargo, hay una ausencia de definición precisa y, por ende, aclara al lector que su investigación está centrada en proteger de manera específica al trabajador transfronterizo. Para ello, aboga por restablecer el principio de protección de los trabajadores en el Derecho de la Unión Europea en tanto que el nuevo Derecho laboral internacional privado europeo presenta un gran desafío cuyo sustento debe estar basado en articular los diferentes órdenes jurídicos sociolaborales de cada Estado miembro, para así poder consagrar un verdadero espacio libre de circulación en toda la Unión.

El Dr. Marcel Zernikow estructura la obra en dos bloques claramente diferenciados. El primero queda articulado en torno al estudio de las normas de conflicto relativas a la relación laboral y los requisitos del Mercado interior. Este consta de cuatro capítulos, a saber: i. Las normas de conflicto de leyes en un con-

texto de diversidad de regulaciones laborales; ii. Los requisitos que rigen determinados aspectos de la relación laboral y su implicación en el Mercado interior; iii. El fundamento de las normas de conflicto de leyes sobre los requisitos del Mercado interior; iv. Influencias europeas en el conflicto de leyes. En verdad, el autor alcanza interesantes conclusiones de esta primera parte de la obra entre las que merece destacar las afirmaciones basadas en que la regla de conflicto de leyes es incapaz de abarcar todos los aspectos de la relación laboral. Este desajuste es particularmente evidente en un contexto de diversidad de normas laborales en el horizonte de la Unión Europea. Precisamente, en presencia de un fuerte interés regulatorio en el mercado laboral nacional, el Reglamento Roma I deja a los Estados miembros la posibilidad de imponer sus principios imperativos. Esta territorialidad provoca precisamente enfrentamientos con las reglas del Mercado interior. Sin embargo, la norma de conflicto no puede entrar en colisión con los principios rectores comunitarios. Matiza el Dr. Zernikow que el respeto de las libertades de circulación sin duda influirá en el desarrollo de las normas conflictuales como parte del Derecho internacional privado europeo.

A continuación, el segundo bloque se centra en la protección del trabajador a través de la norma de conflicto en el Mercado interior. Manteniendo idéntica estructura, su autor divide en cuatro capítulos dicha sección: i. El componente social del Mercado interior; ii. La transmisión del componente social: entre el Derecho regulador privado y la regla de conflicto de leyes; iii. La norma de conflicto en su función reguladora y protectora; iv. El ámbito de aplicación de la norma de conflicto en la relación laboral. A este respecto, el Dr. Marcel Zernikow apunta, oportunamente que el principio de protección de los trabajadores representa la base del Derecho laboral, tanto



desde la óptica del Derecho sustantivo, así como desde las disposiciones conflictuales. Por otra parte, a la espera de la construcción de un Mercado laboral europeo, este principio requiere que la regla de conflicto tenga en cuenta el vínculo de la integración del trabajador en su mercado laboral local y nacional. Es por ello que adjetiva como adecuada la conexión del lugar habitual de ejecución de la prestación laboral, en tanto que refleja la integración organizacional y social del trabajador al mercado laboral. Sustenta esta idea sobre la función reguladora e integradora que posee *in natura* la propia norma de conflicto.

Como colofón a esta obra de ingente magnitud, su autor brinda a la comunidad científica un elenco de siete reflexivas conclusiones, preconizando que el artículo 81 del TFUE permite crear una norma de conflicto adaptada al Mercado único en tanto en cuanto espacio integrado. Ahora bien, advierte que hay que tener en consideración la gran diversidad de normas de carácter laboral en el plano legislativo comunitario. A este respecto, sostiene la necesidad de dotar de competencia directa al legislador de la Unión en materia sociolaboral puesto que, actualmente está limitada, habida cuenta de que se incentivaría la integración del Mercado interior. A mayor abundamiento, señala, sensatamente que la norma de conflicto refleja el componente social del Mercado interior, influenciada por los principios de libertad que conforman este espacio, obviando el principio de protección adecuada de los trabajadores. De hecho, entre las heterogéneas conexiones se da preferencia al lugar habitual de ejecución el cual presenta una clara interacción con dos principios: el de protección adecuada del trabajador y el de

proximidad. El Dr. Zernikow se afianza en defender que la conexión del lugar de contratación es contraria a la sana lógica debido a su naturaleza estática y obsoleta. La conexión de “vínculos más estrechos” parece garantizar que el principio de proximidad se tenga en cuenta en hipótesis específicas. En todo caso, el autor indica que los puntos de conexión en esta materia devienen como ineficaces desde el punto de vista de la libre circulación de trabajadores por cuanto su inadaptación se nota particularmente en el contexto de la negociación colectiva. Propugna que la Unión Europea debe servir de ejemplo para conseguir una verdadera integración regional del Derecho laboral transfronterizo.

En definitiva, interesantes y útiles reflexiones que sirven de colofón a una más que indispensable obra, debido a que acomete el estudio teórico y práctico de una materia crucial en lo que respecta a la actividad laboral y empresarial del siglo XXI. Tanto los académicos, como los profesionales del derecho y cualquier operador jurídico se podrán beneficiar del contenido de este trabajo al momento de intervenir en este determinado sector; por lo que su lectura deviene inexcusable. No ha lugar a duda del gran resultado obtenido del esfuerzo de su autor. Resulta patente que dicha investigación será una obra de referencia para todo aquel jurista que quiera conocer la problemática y sus eventuales consecuencias y soluciones ante determinadas cuestiones que presentan una de las figuras jurídicas más complejas en el orden internacional privatista: el contrato internacional de trabajo.

David CARRIZO AGUADO  
*Universidad de León*



