





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 72  
2020, NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2020

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).



La Revista Española de Derecho Internacional es accesible en abierto en la página *web* <http://revista-redi.es/es/> a partir del volumen 2006 hasta la actualidad, con la salvedad de los dos últimos números publicados, que se hallan sujetos a un embargo de doce meses. La REDI es accesible en formato digital desde el volumen número 1 a través de suscripción a Heinonline y JStor.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi>

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2020

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTOR

Jorge CARDONA LORENS  
Universidad de Valencia

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Montserrat ABAD CASTELOS  
Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

Miguel GARDEÑES SANTIAGO  
Universidad Autónoma de Barcelona

Rafael GRASA HERNÁNDEZ  
Universidad Autónoma de Barcelona

Jaume FERRER LLORET  
Universidad de Alicante

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS  
Universidad de Barcelona

Inmaculada MARRERO ROCHA  
Universidad de Granada

Andrés RODRÍGUEZ BENOT  
Universidad Pablo de Olavide

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA  
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CAÑADO TRINDADE  
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS  
Universidad Autónoma de Madrid

Linda SILBERMAN  
New York University

Christian TOMUSCHAT  
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Josep IBÁÑEZ MUÑOZ  
Universidad Pompeu Fabra

### *Redactores*

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Guillem Gabriel  
Mercedes Guinea - Francisco Pascual - Antonio Sánchez

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 *Revista* corresponden a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El carácter multidisciplinar de los componentes de la Asociación justifica que la *Revista* publique trabajos sobre temas relativos a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

La *Revista* goza de gran tradición científica, amparada en la solvencia y el trabajo académico y profesional de todos cuantos han contribuido en ella durante estas seis décadas. La publicación de trabajos y contribuciones en la *Revista* 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 *Revista* 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 al final de la *Revista*, así como en la página web de la misma, *antes del 1 de noviembre y del 15 de mayo*, para los números 1 y 2, respectivamente.

*The origin of the Spanish Journal of International Law (REDI) dates back to 1948. Currently the Journal 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 Journal correspond to the Spanish Association of Professors of International Law and International Relations. The multidisciplinary nature of the Association is reflected in the Journal, 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 six 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.*

*Contributions shall be submitted according with the instructions given at the end of the journal and on its website, before 1 November and 15 May for issues one and two respectively.*

Dirección en Internet: <http://www.revista-redi.es>

---

## Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67

[revistas@marcialpons.es](mailto:revistas@marcialpons.es)

La suscripción anual para España (tanto instituciones como particulares) es de 52 euros. Para el extranjero es de 93,60 euros.

El precio por número suelto: 26 euros.

---



## SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
Renovación del Consejo de Redacción .....	13
Editorial. REMIRO BROTONS, A., <i>La Declaración sobre los Principios cumple cincuenta años</i> .....	17

### I. ESTUDIOS/STUDIES

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., <i>El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria</i> .....	27
— The Legal Status of Third-Country Nationals: from the Reaction to Crisis for Necessary Synergie	
ESPLUGUES MOTA, C., <i>La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato</i> .....	53
— The 2018 Singapore Convention on Mediation and the Creation of a De-localized Enforceable Instrument: an Interesting Proposal Plenty of Difficulties	
GARCÍA MARTÍN, L., <i>Responsabilidad empresarial por violaciones de los derechos humanos en la justicia transicional: aportes del caso argentino</i> .....	81
— Corporate Accountability in Transitional Justice: Insights from the Case of Argentina	
GONZÁLEZ BEILFUSS, C., <i>Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia</i> .....	101
— Reflections on the Role of Party Autonomy in International Family Law	
JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, Á., <i>Prospecciones turcas en aguas chipriotas, una nueva dimensión del enfrentamiento</i> .....	117
— Turkish Surveys in Cypriot Waters, a New Dimension of the Confrontation	
POZO SERRANO, P., <i>Las repercusiones del Brexit sobre el proceso de paz de Irlanda del Norte: consideraciones provisionales</i> .....	137
— The Impact of <i>Brexit</i> on the Northern Ireland Peace Process: Provisional Thoughts	
SÁNCHEZ ORTEGA, A., <i>La política exterior rusa y su relación con Occidente. Una visión desde el realismo neoclásico</i> .....	163
— The Russian Foreign Policy and Its Relation With the West. An Approach From Neoclassical Realism	

### II. FORO/FORUM

#### EL RESCATE DE PERSONAS EN EL MEDITERRÁNEO/ RESCUE OF PERSONS IN THE MEDITERRANEAN SEA

VALLE GÁLVEZ, A. DEL, <i>Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el Mediterráneo</i> .....	187
---	-----

	Pág.
CATALDI, G., <i>Búsqueda y rescate: la necesidad de equilibrar el control de fronteras con las obligaciones en materia de Derecho del mar y de los derechos humanos</i> .....	197

**LA RESOLUCIÓN DEL IDI SOBRE INTERNET  
Y LA VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD/  
THE RESOLUTION OF THE IDI ON INTERNET  
AND THE VIOLATION OF PRIVACY**

MIGUEL ASENSIO, P. A. DE, <i>Tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad ¿hacia la armonización internacional? (A propósito de la Resolución del Institut de Droit International de 2019)</i> .....	205
LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., <i>Una visión crítica de la Resolución del IDI sobre Internet y la vulneración de la privacidad desde el punto de vista del Derecho internacional privado de la Unión Europea</i> .....	213

**III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL/  
SPANISH PRACTICE OF INTERNATIONAL LAW**

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., <i>Auto 00153/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre. Una visión desde el Derecho internacional privado</i> .....	223
LÓPEZ MARTÍN, A. G., <i>Auto 00153/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre. La expropiación de la propiedad privada en Cuba, acto iure imperii amparado en la inmunidad de jurisdicción del Estado</i> .....	231

**IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY**

**RECENSIONES/BOOK REVIEWS**

ÁLVAREZ RUBIO, J. J., DE CASTRO RUANO, J. L. y SOROETA LICERAS, J. (dirs.), <i>Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018/Vitoria-Gasteizeko Nazioarteko Zuzenbide eta Nazioarteko Harremanen Ikastoarak</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 470 pp., por G. Palao Moreno.....	239
BONET PÉREZ, J., <i>La internormatividad entre las dimensiones económica y social del ordenamiento jurídico internacional. ¿Un espacio jurídico para la actividad de los derechos económicos, sociales y culturales?</i> , Barcelona, Huygens Editorial, 2019, 189 pp., por J. Roldán Barbero.....	241
CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. (dir.), <i>¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea? – Towards a new government of the economy in the European Union? – Para um novo governo da economia na União Europeia?</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 315 pp., por E. J. Martínez Pérez.....	243

	Pág.
DÍEZ PERALTA, E., <i>El matrimonio infantil y forzado en el Derecho Internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 319 pp., por C. Quesada Alcalá.....	244
ESPLUGUES MOTA, C., <i>Mediación civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamericana</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 363 pp., por M. Gómez Jene.	246
ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P., <i>50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 353 pp., por A. Durán Ayago .....	247
FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., <i>El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 256 pp., por C. Pérez González .....	249
GARCÍA PÉREZ, R. y LIROLA DELGADO, I. (dirs.), <i>Estrategia de Seguridad Marítima de España. Una Agenda de Actualización</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 299 pp., por M. I. Torres Cazorla.....	251
GARCÍA PÉREZ, R., NEVES COELHO, P. y FERREIRA RODRIGUES, T. (coords.), <i>A Extensão das plataformas continentais. Portugal e Espanha. Perspectivas e Realidades</i> , Porto, Fronteira do Caos Editores, 2017, 248 pp., por C. Escobar Hernández .....	253
GUZMÁN ZAPATER, M. (dir.), <i>Lecciones de Derecho internacional privado</i> , Valencia Tirant lo Blanch, 2019, 551 pp., por A. Rodríguez Benot .....	254
JIMÉNEZ GARCÍA, F., <i>Conflictos armados y Derecho internacional humanitario</i> , Madrid, Ommpress Derecho, 2019, 316 pp., por E. Orihuela Calatayud .....	256
LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. (dirs.), <i>Estado de Derecho y Unión Europea</i> , Madrid, Tecnos, 2018, 472 pp., por J. Santos Vara .....	257
LÓPEZ BELLOSO, M., <i>Procesos de verdad, justicia, y reparación a las víctimas de desaparición forzada en el Sahara Occidental</i> , Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2019, 422 pp., por J. Soroeta Licerias .....	259
MASEDA RODRÍGUEZ, J., <i>La Ley aplicable a la titularidad original de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras creadas en el marco de una relación laboral</i> , Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2016, 491 pp., por M. Sabido Rodríguez.....	261
OLESTI RAYO, A. (coord.), <i>La profundización de la Unión Económica y Monetaria</i> , Madrid, Marcial Pons, 2019, 262 pp., por F. J. Carrera Hernández.....	263
SERRA MASSANSALVADOR, F. e IZQUIERDO BRICHS, F. (eds.), <i>Poder y regímenes en Asia Central</i> , Barcelona, Bellaterra, 2018, 341 pp., por M. Pintado Lobato ...	264



## RENOVACIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

El 20 de septiembre de 2019, la Asamblea General de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) renovó el Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, con la incorporación de cinco nuevos miembros. Y, posteriormente, conforme a las Directrices Generales de la *Revista*, a propuesta del Consejo de Redacción, la Junta Directiva de la AEPDIRI nombró al Profesor Jorge Cardona Llorens como nuevo director de la *Revista*.

El nuevo Consejo de Redacción es consciente de la enorme responsabilidad que se le ha encomendado. Como señaló la anterior directora de la *Revista* cuando asumió esa responsabilidad, la *REDI* es el mejor patrimonio que hemos recibido de generaciones de internacionalistas que nos precedieron desde su fundación en 1948. La *Revista* ha cumplido ya los setenta años, no solo con una trayectoria de gran calidad, sino también con un reconocimiento generalizado de dicha calidad por las agencias evaluadoras. A fecha de hoy, se encuentra certificada como *Revista* de calidad científica y editorial excelente por la Fundación Española de Ciencia y Tecnología (FECYT) y está indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, ERIH PLUS, Dialnet, e-Dialnet, Dulcinea, ÍndICES CSIC, Google Scholar, IFLP, IN RECJ (1994 2009), IPSA, ISOC, Catálogo Latindex, MIAR, PIO, RAS, RESH, Sumaris, CBUC, Ulrichs, vLex, HeinOnline y Jstor.

El nuevo equipo que se hace cargo de la *Revista* asume con entusiasmo la misión de mantener y, en la medida de lo posible, aumentar la calidad y el reconocimiento de esta *Revista* señera de la doctrina internacionalista española.

Son muchos los proyectos que el Consejo de Redacción se ha planteado ya para intentar llevar a cabo esa tarea. Pero somos conscientes de que las variaciones que puedan introducirse deberán ser pausadas, procurando, además, no hacer cambios drásticos de rumbo en una trayectoria que está demostrando ser exitosa. No obstante, también somos conscientes de la necesidad de una continua adaptación y esfuerzo para mantener la línea de alta calidad y receptividad por parte de la doctrina internacionalista.

En este sentido, en el marco de la accesibilidad, el Consejo asume el sentir creciente de los miembros de la Asociación de apostar por una mayor aper-

tura y acceso a la *Revista* en línea, virando hacia su conversión completa a formato electrónico. Algo que, obviamente, requiere de trabajo conjunto con la Junta Directiva.

Igualmente, en el marco de los contenidos, deseamos que la *REDI* mantenga su línea de *Revista* señera de la doctrina española y, en ese sentido, deseamos redoblar los esfuerzos para animar e incentivar la publicación de artículos doctrinales sobre teoría general de las disciplinas cubiertas por la *Revista*, de forma que, junto a artículos centrados en cuestiones de la práctica, especialmente de la práctica española, los artículos publicados se centren también en la reflexión sobre las cuestiones básicas y fundamentales del Derecho internacional público, privado y las relaciones internacionales.

En esta misma línea, planteamos la posibilidad de recuperar algunos de los artículos que, a lo largo de la historia de esta *Revista*, fueron publicados y supusieron aportaciones muy sustantivas en el avance científico, a fin de realizar reflexiones sobre las mismas desde la perspectiva actual, recuperando y actualizando lo mejor de la historia de la doctrina iusinternacionalista y de relaciones internacionales española.

Asimismo, nuestra intención es estimular el debate, asegurando para ello la siempre necesaria confrontación de ideas. A fin de lograrlo, pretendemos ensayar dos vías. De un lado, una convocatoria, si no periódica, al menos sí reiterada para recibir aportaciones sobre temas monográficos, que puedan ser tratados de forma interdisciplinar, de modo que al menos en algunos números coincidan trabajos diversos, miscelánea, y trabajos enviados, seleccionados y sometidos a evaluación ciega por pares a partir de temas concretos y llamadas al envío de textos, que conformarían una sección monográfica del número en cuestión. Y, de otro lado, en el marco de los Foros, nos gustaría alentar el diálogo más directo entre los participantes. Para lograr esto, procuraremos que existan contestaciones a trabajos ya publicados o que se ofrezcan fechas diferentes de entrega a los autores en aras de conseguir una réplica al discurso inicial, fomentando, así, el contraste de ideas y la discusión intelectual, siempre constructiva y enriquecedora.

Estas son solo algunas de las ideas del nuevo Consejo de Redacción, que insistimos, deben irse introduciendo poco a poco a fin de mantener la línea de éxito hasta ahora conseguida por la *Revista*.

Nuestra vocación es de servicio público y, en la medida en que somos una de las tres publicaciones científicas de la AEPDIRI, también está en nuestro ánimo coordinarnos con las otras dos revistas a efectos de proporcionar a sus lectores los servicios que demandan y necesitan.

En todo caso, somos conscientes de que la *REDI* es una revista perteneciente a la AEPDIRI, Asociación que representa al conjunto de la doctrina iusinternacionalista y de relaciones internacionales española, y que estamos al servicio de la misma. Por ello, es importante que todos sus miem-

bros, así como la doctrina internacionalista de habla hispana, se comprometan con nosotros para mantener la calidad y el prestigio de la *Revista*. Al fin y al cabo, el éxito depende de la colaboración, también, de todos, siendo la misión del Consejo canalizarla y promoverla. En consecuencia, aquí va nuestro agradecimiento de antemano para los autores que seguirán confiando en la *Revista*, así como para los lectores, por su papel igualmente imprescindible.

#### EL CONSEJO DE REDACCIÓN





## EDITORIAL

# LA DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS CUMPLE CINCUENTA AÑOS

## Rondó del poder taimado

La Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625-XXV de la Asamblea General), aprobada por consenso el 24 de octubre de 1970, va a cumplir cincuenta años. La Declaración no solo forma parte del manípulo de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que merece ser recordado, sino que, probablemente, es la más señera de ellas, por su valor y relevancia, jurídica y política.

Si, desde el primer momento, la Declaración generó una abundante bibliografía, en el curso de los años su interés no ha decaído, en la medida en que se considera el tabernáculo que guarda los principios fundamentales del orden internacional, las normas imperativas o *ius cogens*, el núcleo de un sistema frente al que deben ceder por nulidad absoluta o terminación irrevocable cualesquiera reglas que osen desafiarlas, la medida cabal para juzgar las conductas de quienes forman la sociedad internacional.

¿Recordamos esos principios en su apocopado enunciado? El primero de ellos extiende a todos los Estados la prohibición que, referida a los miembros de la Organización, enuncia el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas: la abstención en las relaciones internacionales del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. El segundo hace otro tanto con la obligación, registrada antes en el art. 2.3 de la Carta, de arreglar por medios pacíficos las controversias internacionales, de manera que no se pongan en peligro ni la paz y seguridad internacionales ni la justicia. El tercero es el principio de no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados y el cuarto declara la obligación de los Estados de cooperar entre sí, siempre de conformidad con la Carta. El quinto afirma el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y el sexto el de la igualdad

soberana de los Estados. El séptimo y último proclama que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas conforme a la Carta. Estos principios, expresa la misma Declaración, «están relacionados entre sí y cada uno de ellos debe interpretarse en el contexto de los restantes».

Los miembros de las Naciones Unidas, cuando se debatían entre los tres mundos, capitalista, socialista y no alineados, estimaron que al desarrollar los principios de la Carta contribuirían a fortalecer la paz mundial y el imperio de la ley, al afianzar su aplicación universal. De ahí que, en el plano doctrinal, no faltaron quienes —como yo mismo— consideraron que la Declaración era un excelente eje vertebrador de una exposición sintética y crítica de las normas que han de regir las relaciones internacionales.

Al evocar el cincuentenario de la Declaración no he podido sino extraer de uno de los anaqueles de mi biblioteca el ejemplar de mis *Principios Fundamentales* del Derecho Internacional Público, recuperado de un expurgo de la Universidad, que publiqué en 1982. Fue un gesto en cierto modo melancólico, similar a abrir esa caja de hojalata en que se guardaban en otro tiempo, con algunos pétalos y marchitas hojas, las pálidas fotografías de nuestros mejores recuerdos.

Me encontré con que el prólogo comenzaba así: «El Derecho internacional público, por el juego dialéctico de principios que pueden avalar comportamientos contradictorios, por la incertidumbre acerca de lo que es la norma *dada* y la norma *por construir*, por la forma en que se evidencian los fenómenos del poder y de la dominación,...favorece en su constante agitación los planteamientos críticos y las actitudes valorativas...Contribuir a tales planteamientos y actitudes es el primer objetivo de este libro, dedicado al examen de los principios que en nuestro tiempo han de regir la coexistencia y cooperación entre los miembros de la sociedad internacional, con una pretensión de realismo, compromiso, dinamismo y contraste».

Esa pretensión se decantó con el tiempo en una suerte de realismo crítico y sería excelente noticia —tómese como una incitación a terceros— que alguien, con esa misma vara, acometiera la revisión de la Declaración, cincuenta años después de su adopción, analizando su (in) aplicación o el juego contradictorio de los principios, a pesar de los párrafos con que trató de ilustrarlos y precisarlos la Declaración misma.

¿En qué momento, sino ahora, afrontar la defensa de los principios denunciando tanto la forma incompleta o pervertida de su aplicación, como la tarea devastadora de sus negadores? El planeta que amamos, hasta el punto de que la gran mayoría solo lo abandonamos a nuestro pesar y bajo protesta, apesta en manos de líderes y dirigentes fatuos, ignorantes, irresponsables, corrompidos, codiciosos, criminales... Esta descalificación puede ser injusta con honorables miembros de la clase política que también los hay, como las trufas; puede ser incluso una caricatura, pero caricaturizar una imagen permite captar los rasgos sobresalientes de un sujeto, de un objeto, de una situación. Lo cierto es que los *malos*, que se creen los *buenos*, van ganando a

los *buenos* etiquetados como *malos*. Conceptos como *humanidad*, *comunidad internacional*, *patrimonio común*, son cáscaras vacías, empleadas impudicamente por toda clase de banderías.

Ayer, como hoy, la capacidad de contradicción de los principios fundamentales es explotada en apoyo de intereses antinómicos de poderes con la necesaria capacidad de influir y determinar la posición de otros, trátase de la soberanía y la libre determinación, la no intervención y la protección de los derechos humanos, la prohibición de la fuerza y las contramedidas... Instrumentalizados para atacar y defender, los principios son aprovechados tácticamente según el campo de juego. Como arma arrojadiza para el ataque, como escudo para la defensa.

Esto es así porque los pretendidos avances normativos no han ido acompañados del reforzamiento de las instituciones multilaterales que deberían cuidarlos. Cuando los principios avanzan sin mantener su cadena de intencionalidad acaban siendo meras herramientas retóricas al servicio de toda suerte de causas, muchas de ellas innobles.

En 1989 cuando se desmoronó el bloque socialista y se dio término a la *guerra fría* fuimos cegados por el resplandor de la promesa de un Orden donde, parafraseando a Álvaro Mutis, el tiempo había perdido la engañosa condición de sus poderes. ¿Acaso fue una ilusoria esperanza, un sueño que ha roído sus propias vestiduras por vanas gentes, dadas a la mentira, con la que se continuó la danza de la fértil miseria en regiones donde toda voz es una orden, donde los insectos son guardianes del sembrado? Recurriendo libremente a Mutis articulé las rúbricas de un texto en que, cuando finalizaba el siglo, expresaba mi decepción por las cenizas miserables de los años perdidos, el arribo ya imposible a la ciudad ecuménica en que debía reinar la abundancia, el abandono en el inhóspito páramo donde mandan casposos chacales y los inocentes no alcanzan la gracia de los escogidos, señores de la noche, donde se espera un milagro que nunca llega.

Compárense los informes anuales del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la labor de la Organización. Antes y ahora reflejan un rosario de calamidades a las que apenas cabe hacer frente. Hasta las palabras con las que se trata de insuflar esperanza suenan como los tañidos de campanario que convocan a honrar a los muertos. La realidad es sombría: guerras, conflictos fronterizos, intervenciones armadas, genocidios y violaciones masivas de derechos humanos, terrorismo, criminalidad organizada, migraciones masivas en fuga de la violencia, del hambre y la miseria, catástrofes naturales a las que la mano del hombre no es, a menudo, ajena, carrera de armamentos, centenares de miles de refugiados y desplazados, escandalosas desigualdades sociales entre y dentro de los Estados, calentamiento del planeta y cambio climático, elevación del nivel de los mares con Moisés extraviado en el Sinaí...

El examen y valoración de los principios fundamentales, recogidos en la Declaración, está atrapado en la tela de araña de la sociedad internacional, incapaz de avanzar en su institucionalización. Muchos de quienes hablan de

la promoción del *multilateralismo*, omiten que no hay multilateralismo sin instituciones representativas dotadas de las competencias requeridas para lograr sus objetivos. Me temo que es inútil auspiciar el reforzamiento de las Naciones Unidas, de la ONU y su amplia familia de organismos especializados, que es la estructura universal de la que disponemos, en lugar de dinamitarla en beneficio de bloques rivales pastoreados por grandes potencias, calificados como ligas de Estados democráticos y etiquetas por el estilo, que solo han de servir para agudizar el aprovechamiento perverso de principios universales.

Fijémonos, a título de muestra, en algunos de ellos. El primero, el que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales contra la integridad territorial, independencia política o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. La Declaración es modélica en el desarrollo del principio, al que dedica trece párrafos. No creo que uno solo de ellos haya quedado incólume en la práctica posterior, incluidas las guerras de agresión, «un crimen contra la paz que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad» conforme al segundo párrafo, que ha encontrado en sucesivas administraciones de los Estados Unidos su más conspicuo, pero no único, infractor. Ejemplo paradigmático fue el ataque armado y ocupación de Iraq por las fuerzas armadas del comandante en jefe Bush jr. en 2003, basado en un rimerero de *fake news* —de *falsos positivos* como gustan decir en regiones latinoamericanas, importando la terminología de los diagnósticos serológicos— caldo de cultivo de las plagas que desde entonces venimos padeciendo.

Pero ¿quién dijo que aquello fue una agresión? El Consejo de Seguridad se limitó a cohonestar sus consecuencias, dando al (infr)actor todo lo que requería para continuar su trágica representación. Fue, pues, desde esta atalaya, un crimen que nunca existió y del que, por supuesto, no se derivó la exigencia de responsabilidad alguna. Respondieron, sí, la academia y las bellas artes, con denuncias independientes y contundentes que, a menudo, soliviantaron a la opinión pública y provocaron la protesta y el rechazo social. Pero no las instituciones, incapaces de asumir una respuesta, corroídas como están estatutariamente por la posición que en su seno ocupan los criminales potenciales más peligrosos, seguros de su impunidad.

Vaya el lector a la Declaración. Dedique treinta minutos a su lectura sosegada. ¡Ojalá que quienes la suscribieron fueran leales a observar de buena fe, como enuncia el último de sus principios, las obligaciones que han contraído en virtud de la Carta! Pero la validez sociológica de los principios es tan precaria que apenas alcanza para sostener en pie su validez normativa. De manera que cuando uno escribe o habla de ellos con este propósito, le asalta la molesta sensación de que lectores y oyentes, descreídos, lo miran sopesando hasta qué punto es un mentecato. Recuerdo la anécdota, de la que fui testigo, ocurrida en una conferencia que dictaba el profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, cuyo brillante verbo destilaba fe y esperanza en los principios que habían de iluminar el mundo por construir. En el coloquio un asistente le

interpeló: lo que Ud. acaba de exponer ¿lo cuenta porque se lo cree o porque quiere dormir tranquilo por la noche?

No hay que arredrarse. No debemos ceder un ápice en nuestras posiciones de defensa del valor normativo de los principios frente a quienes, realistas, pero no críticos, llaman a aceptar como normativa una práctica construida con toda clase de infracciones. Los principios son el asidero que nos permiten juzgar las conductas y no solo explicarlas como meros cronistas. La doctrina, estimulando a la opinión pública, ha de asumir una especie de desdoblamiento funcional en tanto llegan las instituciones anheladas desde el planeta *Utopía*.

Mencionaba antes el sentido del *compromiso* con opciones éticas trasladadas al orden jurídico. No ha de molestarnos que nos consideren *activistas*, como se hace desde los pesebres del *establishment*, con ánimo de descrédito, cuando damos un fundamento legal a políticas de progreso a las que otros solo dan jarabe de pico, y contamos para eso con las herramientas necesarias. No se ha de confundir la objetividad con la equidistancia, ni la imparcialidad con la neutralidad. Tomar posición tras un examen de los hechos sin prejuicios no solo es legítimo, es preceptivo para académicos e instituciones, estas siempre en el ámbito de sus propias competencias, no fuera de ellas.

Desenmascarar a los negadores de unas relaciones internacionales sometidas a normas, a los principios de la Declaración, dejar en evidencia a quienes detentan un poder *arrogante* del que se sirven para poner sus intereses por encima de cualquier consideración y arrasar con toda idea de orden, es relativamente fácil. Estos chocan frontalmente con el último de los principios que enuncia la Declaración que, conforme a otro principio, este evangélico, será el primero: el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Pero la tarea no es fácil cuando el poder es *taimado*, esto es, cuando manipula los principios para el servicio torticero de su causa. En una sociedad descentralizada, la relación que los principios básicos o fundamentales guardan entre sí y la interpretación de cada uno de ellos en el contexto de los restantes, suele ser aprovechada para crear la confusión y debilitar o quebrar el alcance de unos principios invocando otros.

Así, respecto de la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, más allá del debate sobre si aquella se reduce a la fuerza armada o incluye toda clase de fuerza, se ha tratado de aprovechar la frase final del principio (y del art. 2.4 de la Carta) para sostener que hay supuestos de amenaza y uso de la fuerza permitidos por ser compatibles con los propósitos de las Naciones Unidas.

Asimismo, el principio de no intervención ha sido sacudido en contacto con las disposiciones de la Carta relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y la protección de los derechos humanos en supuestos de violación masiva: frente a la no intervención, la intervención *humanitaria* atendiendo a la *responsabilidad de proteger*.

Hay quienes, ya en el camino, proponen la intervención en terceros países para proteger su particular versión de la *democracia*, negando a los Estados, en nombre de los pueblos, «el derecho inalienable, según la Declaración, de elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado». Obviamente, quienes hacen semejantes propuestas dan por descontada una relación adversativa entre pueblos y Estados.

Y ya, hablando de pueblos, ¿qué decir de la manipulación del principio de libre determinación, invocado para servir el separatismo de quienes no son titulares de este derecho? ¿No hay quien habla del derecho a la secesión como un *remedio* en situaciones de grave discriminación de una minoría dominante en parte del territorio del Estado? Referido a la población en su conjunto, el principio proclama que «todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta». De ello cabe desprender un principio democrático como meta de la libre determinación, que legitima los principios de no intervención e igualdad soberana, principios que, a su vez, han de inspirar la cooperación de los Estados en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial.

Por último, dentro de este muestreo, ¿qué decir de la *justicia*, el *patito feo*, a menudo preterido cuando se aplica, mal que bien, el principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales, «de manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni —aquí *el patito*— la justicia»?

Quienes asumen un realismo crítico frente a los hechos y la conducta de los Estados no pueden descartar, *a priori*, la posible existencia de una tercera expresión del poder, el poder *solidario*, que se aplica a la protección de los bienes públicos comunes en el amplio abanico que se abre desde la protección de los derechos y libertades fundamentales a la de un planeta amenazado por una naturaleza contaminada por la acción del hombre.

Ese poder, sin embargo, parece revelarse más en los circuitos sociales que gubernamentales y no ha de descartarse que aquellos circuitos acaben siendo manejados por los *taimados* como cauce de sus políticas, haciendo de los *idealistas* que generosamente los alimentan, instrumentos inocentes para satisfacer intereses que poco o nada tienen que ver con los fines que predicán.

El auténtico poder *solidario* solo puede residir en las instituciones multilaterales representativas a nivel universal o regional, dotadas de competencias suficientes para la realización de sus fines. Los Estados cuyos gobiernos desarrollan políticas en esta dirección discurren por el buen camino y la sociedad civil en esta fase de mundialización puede insuflar viento en sus velas. Lamentablemente, los hechos sugieren que se navega por rutas equivocadas.

¿No se habla un día y otro también de la *crisis del multilateralismo*? Bajo esta expresión, asequible solo para los iniciados, se oculta la realidad, mucho más grave, de la violación sistemática de los principios fundamentales que

enuncia la Carta de las Naciones Unidas, y repica y desarrolla la Declaración, por quienes ejercen un poder, en unos casos *arrogante*, y en muchos otros, *taimado*. No se trata de algo nuevo, pero sí de algo que ha ido adquiriendo caracteres más y más alarmantes, especialmente en el curso del presente siglo.

El poder *taimado*, en particular, respondiendo a su propia naturaleza, trata de *colar* como *multilateralismo* lo que no lo es. El *número no basta* para definir este concepto. Actuar en grupo, cuadrilla o manada, no es expresión de multilateralismo. Al número se ha de agregar una determinada cualidad: el respeto de la ley (internacional) y el encauzamiento de la acción colectiva mediante esas instituciones representativas a las que ya he hecho referencia.

En un reciente Encuentro celebrado en La Haya el 2 y 3 de septiembre de 2019 oí a un interviniente decir que el Derecho Internacional está en el ADN del multilateralismo. Una frase feliz que debe enmarcarse en neones de luz. No cabe hablar de multilateralismo para escamotear el respeto de los principios, reglas e instituciones armando coaliciones que interpretan el derecho *pro domo sua*. En definitiva, no hay genuino multilateralismo sin respeto del Estado de Derecho (internacional) y no hay mejor multilateralismo que el que se traduce en instituciones colectivas abiertas, sea en un plano universal o regional, bajo reglas que garantizan un cierto equilibrio entre los poderosos y los numerosos en sus diferentes combinaciones.

El multilateralismo siempre se ha encontrado amenazado por el unilateralismo, esto es, la tentación del ejercicio del poder —*arrogante* o *taimado*— contra o en abuso de las normas cuando estas, en su recta interpretación, no garantizan los intereses de las grandes potencias —y de sus clientes— en una relación desigual que garantiza la impunidad de los infractores. Advirtamos pues, por prurito académico, que no toda acción unilateral es absorbida por el unilateralismo. La *auto-tutela*, esto es, el derecho del Estado a defender sus intereses respaldados por la ley internacional es legítima. La *promesa* es una forma de obligarse unilateralmente, aunque la última jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia le haya negado la confirmación (en 2018, *Obligación de negociar...*) después de su improvisado bautismo (en 1974, *Ensayos nucleares*).

En el presente siglo, en el *primer mundo* capitalista, han sido los Presidentes de los Estados Unidos republicanos, George W. Bush y Donald Trump, quienes mejor han encarnado el poder *arrogante*; pero tanto ellos, como los Presidentes demócratas y el Departamento de Estado, bajo cualquier administración, han respondido mejor al poder *taimado*. Por supuesto, encarnaciones de estos poderes, como lamas del mal, se identifican también en los otros mundos, pero este, pretendidamente liderado por Estados Unidos, es en el que vivimos y en el que nuestros gobiernos —los europeos— pueden *hacer la ola* dentro de un unilateralismo *grupal* o surfearla con mayor o menor habilidad, cuidando de que crezcan los brotes del poder *solidario*.

Ciertamente, el unilateralismo de Estados Unidos como poder *arrogante* es particularmente intenso desde que el Sr. Trump accedió a la presidencia

y muy inquietante la pretensión de extraterritorialidad de sus decisiones, internacionalmente ilegales, a las que se somete un buen número de gobiernos, bancos y empresas ante la advertencia y el temor de pagar las consecuencias de una falta de *compliance* en los mercados que, directa o indirectamente, controla la gran Potencia.

En el proceso evolutivo de los principios que enuncia la Declaración se han promovido políticas que, asumidas por un poder *solidario*, son inobjetales. Lo es, en efecto, afirmar el derecho de terceros a decidir y aplicar *contramedidas* en respuesta a violaciones de normas imperativas, *ius cogens*, de las que no serían víctimas directas. Lo es, asimismo, auspiciar la injerencia humanitaria, bajo el concepto reciclado de la *responsabilidad de proteger* a poblaciones cuyos gobiernos —no democráticos— maltratan masiva y sistemáticamente, hasta el punto de ser reos presuntos de crímenes internacionales. Son solo dos ejemplos.

Sin embargo, en una sociedad descentralizada y enormemente desigual, como es la internacional, estas políticas, conceptualmente bienaventuradas, son una fuente de maniqueísmo y arbitrariedad; en otros términos, acaban siendo la cobertura de hechos ilícitos, actos de intervención que contradicen la soberanía e igualdad formal de los Estados, gracias a calificaciones interesadas de determinadas situaciones o la creación de esos *falsos positivos* a los que ya hemos hecho referencia, sin clase alguna de control institucional.

Se produce así una suerte de *confiscación* de los principios fundamentales del orden internacional por quienes aplican un *doble estándar* de conducta, atendiendo a sus intereses, ejerciendo un poder *taimado* bajo la pantalla de propuestas progresistas en el plano normativo que no cuentan con el imprescindible complemento institucional. De ahí que, aun a riesgo de ser incomprendidos, no falten quienes observando la manipulación perniciosa de las normas rechacen implicarse en una predicación que los haría cómplices del poder *taimado*. Al fin y al cabo, este cuenta con numerosos *think tanks* a su servicio.

No es admisible que Estados Unidos y/o la Unión Europea con sus países miembros se atribuyan la representación de una —inexistente a día de hoy— *comunidad internacional*, como hacen, por ejemplo, al presentar como *sanciones* las medidas coercitivas que aplican a terceros, asumiendo un rol de verticalidad supremacista. Simplemente, *arrogantes* o *taimados*, están violando las normas, los principios fundamentales del Derecho internacional.

El poder *taimado* es más peligroso porque, lejos de someterse al imperio de la ley, trata de someter la ley a su imperio. Una de sus expresiones más perversas lo ofrecen las instituciones internacionales bajo control de un *hegemon* que desnaturaliza su condición multilateral para convertirlas en herramientas propias, en connivencia con los regímenes clientelares —las *capillitas*— establecidos en países que gustan llamarse *aliados*. Organizaciones regionales como la OEA, o alianzas militares como la OTAN, son esa clase de organismos intergubernamentales que tratan de embozar la práctica de me-



didadas coercitivas unilaterales grupales bajo el ropaje de resoluciones orgánicas. El unilateralismo en grupo encuentra en tales instituciones formalmente multilaterales una excelente herramienta para presentar como *sanciones* hechos ilícitos.

A menudo esas medidas inciden dañinamente sobre la población a la que se trata, presuntamente, de proteger, con el fin de fomentar la insurrección frente a un gobierno hostil, tratado como una organización criminal, sentando las bases de una desestabilización que permita desembocar en una situación que amerite la calificación como amenaza para la paz y la seguridad regional, con sus naturales consecuencias. A esas alturas el capítulo VIII de la Carta y, en particular, su art. 53.1, que exige la autorización del Consejo de Seguridad para la aplicación de medidas coercitivas, parece ser un testigo incómodo que es preferible ignorar.

*¿Might is Right?* Los *activistas* del derecho por un orden más justo deben alistarse en la inversión del orden de estos factores para transformar radicalmente el producto. Pero el derecho será poder solo cuando el poder sea solidario, lo que implica avances institucionales que acompañen a los normativos. Huir hacia adelante con solo los principios puede producir un goce efímero antes de caer inevitablemente en las garras del poder *táimado*.

Antonio REMIRO BROTONS



# EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES: DE LA REACCIÓN ANTE LA CRISIS MIGRATORIA A LA SINERGIA NECESARIA

Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONFORMACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES A NIVEL UE.—2.1. Caracteres del estatuto de extranjería UE.—2.2. El principio guía de no discriminación.—3. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL RESIDENTE LEGAL EN LA UE.—3.1. Multiplicidad de situaciones de acceso a la estancia.—3.2. El contenido jurídico y la garantía de una igualdad de trato.—3.2.1. Ámbito laboral y social.—3.2.2. Derecho a una vida familiar.—3.2.3. Seguridad en la residencia.—3.2.4. La movilidad intra-UE.—4. POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN ANTE LA CRISIS E IMPLICACIONES PARA EL ESTATUTO JURÍDICO DEL NACIONAL DE TERCER PAÍS.—5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Hablar hoy de migración conlleva necesariamente añadir el apelativo de crisis y la referencia a una necesaria actuación común; y ello no es de extrañar dado que se percibe desde distintas esferas como un «peligro» al que tenemos que hacer frente a nivel europeo. Esa percepción de hostilidad ante todo fenómeno migratorio, no queda en un sentir sino que trasciende con fuerza al plano político y, por ende, jurídico<sup>1</sup>. De todos es sabido, que en la cuestión migratoria la actividad de los que ejercen el poder (*la politeia*), condiciona plenamente el estatuto jurídico de los extranjeros entendido este en sus dos acepciones de estado de las personas (*status*) y de norma aplicable (*statutum*)<sup>2</sup>.

2. La interrelación entre el estatuto del extranjero y la propia evolución política e incluso filosófica de una determinada nación o ciudad es una cons-

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Córdoba ([iblazquez@uco.es](mailto:iblazquez@uco.es)).

<sup>1</sup> VAN LOON, H., «El desafío doble de la migración internacional», *REDI*, vol. 68/2, 2016, pp. 15-17, esp. p. 15.

<sup>2</sup> GASPARINI, E., «L'étranger et le droit: essai de mise en perspective historique», en DI MANNO, T. y ELIE, M. P., *L'étranger: sujet du droit et sujet de droits*, Bruselas, Bruylant, 2008, pp. 17-24.

tante en el devenir de las migraciones<sup>3</sup>. Así según cuáles sean las motivaciones se afecta el Derecho estatal de extranjería tanto en su ámbito subjetivo, en cuanto que identificación del migrante en relación al nacional o ciudadano, como en el aspecto material al delimitar su estatuto en relación a estos últimos. Se constata que, en periodos de cierre al exterior, se produce un fenómeno de restricción para acceder a la condición de ciudadano al tiempo que una marginalización del *status* del extranjero con respecto al nacional. Tal como se analizará a lo largo de estas líneas, la Unión Europea (UE) al igual que los Estados miembros (EEMM), no son ajenos a dicha cadencia<sup>4</sup>.

3. El objeto de nuestro estudio es acercarnos al estatuto jurídico del nacional de tercer país que postula a entrar o que ya se encuentra en la UE por razones económicas o familiares, la llamada migración legal<sup>5</sup>. Con ello, nos centraremos en los caracteres y evolución de este elevado contingente humano, que no se encuadra en una categoría especial bajo una protección internacional específica. La razón de optar por dicha tipología de migrante es doble. Por un lado, en los últimos tiempos se olvida su situación bajo la crisis humanitaria en el Mediterráneo y ello pese a representar el contingente migratorio más elevado en y hacia la UE<sup>6</sup>. Y, por otra, ante un peligro cada vez más tangible: se evidencia que la respuesta tanto nacional como institucional frente a la mencionada crisis afecta no solo al control del flujo o al derecho de asilo, sino también impregna el propio estatuto jurídico del nacional de tercer país en la UE<sup>7</sup>. Se constata así la existencia de fuerzas que parecen guiar la dimensión *ad extram* e *ad intram* de la migración, que al confluir no solo distorsionan las necesidades de los que residen legalmente en la UE sino que en muchos casos hace incluso peligrar la protección de sus derechos básicos.

<sup>3</sup> Véase BAROU, J., *Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration*, Presses Universitaires de Grenoble, 2001.

<sup>4</sup> En este sentido, ATTINÀ, F., «Tackling the migrant wave: EU as a source and manager of crisis», *REDI*, vol. 70/2, 2018, pp. 49-70, esp. p. 57. Hay autores que insisten en una relación directa entre los flujos migratorios de indocumentados y la falta de vías legales seguras, PEÑA DÍAZ, F. A., «La agenda europea de migración: últimos desarrollos», *REEI*, 2017, núm. 33, pp. 1-38, esp. p. 37, y NAIR, S., «Europa frente a la crisis migratoria», en VVAA, *Derechos Humanos, Migraciones y Comunidad Local*, Sevilla, FAMSI, 2017, pp. 10-21, esp. p. 11.

<sup>5</sup> Optamos por el término de *migración legal* al ser la noción utilizada a nivel institucional UE para referirse al marco normativo relativo a los derechos y procedimientos que regulan la entrada y residencia de los nacionales de terceros países en la UE, así como los derechos que les son garantizados tras su admisión. Es preciso aclarar que la migración legal no es sinónimo de migración económica, al incluirse en la primera cuestiones como la reagrupación familiar o las residencias temporales sin autorización para trabajar.

<sup>6</sup> *Ad exemplum*, Conclusiones del Consejo Europeo de 28 de junio de 2018, EUCO 9/18, pp. 1 y ss.; Comunicación de la Comisión, «Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración» [COM (2018) 301 final, de 16 de mayo]; Comunicación de la Comisión, «Gestión de la migración en todos sus aspectos: avances en el marco de la Agenda Europea de Migración» [COM (2018) 798 final, de 4 de diciembre]. No obstante, se advierte un cambio en la Comunicación de la Comisión, «Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración» [COM (2019) 126 final, de 6 de marzo].

<sup>7</sup> En este sentido, la Comisión ha constatado que el marco geopolítico actual —representado por una presión del flujo migratorio irregular hacia la UE— hace más complejo alcanzar los objetivos marcados con respecto a la migración legal [COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Fitness check on EU legislation on legal migration*, SWD (2019) 1055 final, de 29 de marzo, pp. 3-4].

La cuestión no es baladí en tanto que el reconocimiento de derechos para las personas y su paulatina equiparación con el nacional es clave para una integración con éxito en la sociedad de acogida<sup>8</sup>.

4. En este contexto, nuestro estudio tiene como eje vertebrador, por un lado, analizar el cuadro jurídico a nivel UE en materia de migración legal para determinar si este se adapta a su objetivo último, a saber, una gestión adecuada del flujo migratorio donde se garantice un trato justo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros; y, sobre esta base, se precisarán las principales carencias así como los riesgos del desarrollo normativo actual, proponiendo vías de mejora. A tal efecto, se atiende, en primer lugar, a la naturaleza y caracteres del estatuto del nacional de tercer país, bajo el principio guía de la igualdad de trato con el ciudadano UE<sup>9</sup>. En segundo lugar, se concreta el contenido material de dicho principio, aludiendo al ámbito socio-laboral, el derecho a una vida familiar, la seguridad en la residencia y la movilidad intra-UE. Y tercero, se realiza una aproximación a los caracteres de la actual política migratoria ante la crisis, atendiendo a sus implicaciones sobre la situación jurídica de los nacionales de terceros países residentes legales.

## 2. LA CONFORMACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES A NIVEL UE

5. La configuración del Derecho de extranjería pivota en dos fundamentos sucesivos y complementarios: la identificación del migrante en relación al ciudadano o nacional y la consiguiente delimitación de un estatuto particular en relación a estos últimos. En el marco de la UE, la concreción del extranjero precisa la referencia necesaria a un trinomio que distingue el nacional, el ciudadano de la UE y el nacional de tercer país<sup>10</sup>. En la actualidad emerge con toda intensidad la «teoría de los círculos concéntricos» de Paul Lagarde, donde el más separado ampara las discriminaciones más considerables y cuyo estatus es menos favorable<sup>11</sup>. En el primer círculo se encuentran los

<sup>8</sup> Nos remitimos a la literatura científica sobre política migratoria, modelos de integración y niveles de conflicto, véase *inter alia*, FREEMAN, G. P., «Political Science and Comparative Immigration Politics», en BOMMES, M. y MORAWSKA, E. (eds.), *International Migration Research: Constructions, Omissions and the Promises of Interdisciplinary*, Alderschet, Ashgate, 2005, pp. 111-128.

<sup>9</sup> Objetivo ya fijado por la Comunicación de la Comisión sobre una Política Comunitaria de Migración, COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre, pp. 19, 21 y 24.

<sup>10</sup> Véase, por todos, PÉREZ VERA, E., «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers», *R. des C.*, vol. 261, 1996, pp. 247-425.

<sup>11</sup> Tal como expresaba P. Lagarde, dicha diferenciación existe desde la antigüedad donde se distingue a los Metecos de los Bárbaros, al griego de otra ciudad del que no es griego (*L'étranger*, Travaux de l'association Henri Capitan, vol. XLVIII, 1997, París, LGDJ, 2000, pp. 25 y ss.). J. Y. Carlier añade otro círculo ubicando en el centro al agente económico, a continuación al ciudadano UE y después a toda persona [«Opérateur économique, citoyen, "personne": quelle liberté choisir pour la protection de ses droits? *E pluribus unum*», en DUBOUT E. y MAITROT DE LA MOTTE, A. (dirs.), *L'Unité des libertés de circulation. In varia concordia*, Bruselas, Bruylant, 2013, pp. 233-244, esp. p. 235].

nacionales de otros EEMM y del Espacio Económico Europeo (EEE), beneficiarios de la libre circulación UE y que gozan de un *status* «cuasi-nacional», mientras que en el segundo se ubican los nacionales de terceros países, los auténticos extranjeros hoy.

## 2.1. Caracteres del estatuto de extranjería UE

6. A nivel UE, si bien no se puede obviar la existencia de un determinado *status* jurídico en cuanto a los nacionales de terceros países<sup>12</sup>, no es menos cierto que este posee una serie de caracteres particulares dada la singularidad del ente político del que dimana.

7. En primer lugar, el estatuto de extranjería en la Unión tiene una marcada *vocación funcional* del que derivan dos consecuencias. La primera, su conocido *carácter parcial*, de tal modo que, si bien la UE cuenta con competencias expresas en materia migratoria, hasta la fecha no puede prescindir ni equipararse a los regímenes de extranjería de los EEMM. La UE conforma dicho estatuto jurídico casi de modo exclusivo en ciertas cuestiones relativas al cruce de la frontera exterior mientras que, en otras, como la residencia y el ejercicio de actividades económicas los Estados, mantienen casi intacta su soberanía. Consecuencia de ello, se deriva su carácter «desequilibrado», en el sentido de que hay materias donde el desarrollo legislativo es mucho más prolífero y otros escaso o casi inexistente. La segunda, puesta de relieve más recientemente, el carácter *altamente permeable* de dicho estatuto jurídico a los intereses político-económicos de la UE y los EEMM en cada momento histórico.

8. En segundo lugar, dicho estatuto es de *naturaleza plural*. Si bien el hecho de no tener una significación unívoca es uno de los caracteres intrínsecos de cualquier *status* de extranjería, se puede afirmar que a nivel UE la pluralidad de situaciones es su rasgo más relevante. De este modo, no se puede obviar que van a existir multitud de situaciones de extranjería que tienen su razón de ser en distintas causas y son objeto de reglamentación por normas procedentes de diversas fuentes.

9. Y, en tercer lugar, el mencionado estatuto tiene hoy un acusado carácter *ambivalente*. En la actualidad la situación de los nacionales de terceros países cuenta con una especial ambigüedad al responder a las exigencias fijadas por el respeto a los derechos básicos de toda persona humana y las competencias estatales de restringir el flujo migratorio en aras a proteger su interés general<sup>13</sup>. Tal como será objeto de desarrollo, en la actualidad peligra en determinados ámbitos el necesario equilibrio entre una protección mínima que le es garantizada y la *autoritas* del poder público fijando las condiciones de entrada y residencia.

---

<sup>12</sup> DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., «La proyección del Derecho comunitario europeo sobre el estatuto jurídico del extranjero», *Curso de Conferencias sobre el Derecho comunitario europeo*, Madrid, CEH, 1975, p. 15.

<sup>13</sup> BEN HADID, S., *Le statut des étrangers dans le droit de l'UE*, Université Nice, inédito, 2014, p. 18.

## 2.2. El principio guía de no discriminación

10. Es un compromiso de *larga data* a nivel institucional que en la formación del estatuto jurídico del extranjero se garantice un trato equitativo que conlleve para los residentes legales el reconocimiento de derechos y obligaciones comparables a la de los propios ciudadanos UE<sup>14</sup>. Hay que recordar que la igualdad de trato con su correlativo de no discriminación, tiene un sentido propio en el orden jurídico europeo, conformándose como un principio único con apariencias múltiples que tendrá, según el contexto donde se incardine, un alcance personal y material muy distinto, con las implicaciones que ello conlleva.

11. Uno de los sectores donde tal multiplicidad aflora con mayor nitidez es en relación a la población migrante según esta posea o no la ciudadanía de la Unión<sup>15</sup>. Cuando se trata de los nacionales de terceros países, la lucha por la igualdad de trato no afecta a los llamados derechos instrumentales, es decir, se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulen su acceso y estancia en el territorio de los EEMM. No obstante, cuando aludimos a los derechos referenciales, en el marco del estatuto de residente, el principio de no discriminación sí se prevé para los nacionales de terceros países en ámbitos tales como el laboral, social o familiar<sup>16</sup>.

12. Junto a esa multiplicidad de apariencias, al analizar el principio de no discriminación no podemos obviar que su alcance material se encuentra en continuo dinamismo y, por tanto, en adaptación a los variados derroteros y objetivos que en cada etapa tiene la UE y los EEMM<sup>17</sup>. Más aún cuando estamos ante el fenómeno migratorio donde lo jurídico recibe una influencia directa de lo político y que ha sido, sin duda, su mayor riesgo como reacción ante la gestión de la crisis migratoria<sup>18</sup>.

13. No obstante, pese a esa diversidad de manifestaciones junto con su «labilidad» cuando se trata de la población migrante, ha de tenerse en cuenta

<sup>14</sup> Véase *inter alia* Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla (21-22 de junio de 2002) y del Consejo Europeo de Salónica (19-20 de junio de 2003), así como el Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países presentado para la Comisión [COM (2016) 377 final, de 7 de junio]. En este último texto se insiste en la importancia que revisten la igualdad y la no discriminación para el proceso de integración, al tiempo que se apela a su consagración por parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (*ibid.*, p. 5). Sobre la relevancia y fundamentación de la igualdad de trato con el ciudadano UE, véase *amplius* MOYA ESCUDERO, M., «Un código de derechos para los nacionales de terceros países residentes legales en la UE: Un avance en derecho antidiscriminatorio», *REEI*, 2017, núm. 34, pp. 1-27, esp. pp. 3-5.

<sup>15</sup> *Ex art.* 18 TFUE se basa la no discriminación en ostentar la nacionalidad de un EEMM, fundamento para un diferente tratamiento entre ciudadanos UE y de un tercer país. Véanse asuntos C-22/08 y C-23/08, ECLI:EU:C:2009:344, apdos. 51-52.

<sup>16</sup> FRIDRIKÐÓTTIR, B., *What Happened to Equality? The Construction of the Right to Equal Treatment of Third-Country Nationals in European Union Law on Labour Migration*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 308 y ss.

<sup>17</sup> Sobre dicha evolución, véase *Handbook on European non discrimination law*, Luxemburgo, Office de publications de l'Union Européenne, 2018, pp. 21 y ss.

<sup>18</sup> En este sentido la Comisión insiste que para una gestión adecuada de la migración es preciso pasar de ser reactivos a proactivos. Véase *Gestión de la migración...*, *op. cit.*, nota 6, p. 4.

la relevancia del mismo y la necesidad de procesos activos hacia su consagración. En efecto, el principio de igualdad, es clave en aras a la unidad de los pueblos y la convivencia pacífica entre los hombres. A través de las políticas que han impulsado este principio de no discriminación se ha puesto de relieve su doble virtualidad de ser al mismo tiempo motor de la integración y el reflejo más fiel del nivel de democracia en cada momento histórico y ello como consecuencia de que a medida que avanzan los ámbitos en los que opera este principio, se garantiza una mayor cohesión económica y social.

14. Queda, pues, analizar los ámbitos concretos en que dicha igualdad se prevé en relación a los nacionales de terceros países residentes legales, prestando especial atención a si el alcance establecido en las distintas Directivas UE, así como la aplicación por parte del TJUE se adapta no solo a los principios básicos de una sociedad democrática y de Derecho, sino también a las exigencias para una integración con éxito.

### **3. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL RESIDENTE LEGAL EN LA UE**

15. Cuando nos referimos al estatuto jurídico del llamado migrante legal, hacemos alusión a lo que comúnmente denominamos migración económica, es decir a aquel flujo que se dirige a los EEMM con la intención de permanecer por un periodo superior a tres meses con el fin de realizar una actividad sea como trabajador asalariado o independiente, por motivos de estudio o prácticas, y a ello habría que unir aquel que se traslada por motivos de reunificación familiar. El basamento jurídico para una actuación institucional la encontramos en el art. 79 TFUE, sobre la base de las medidas a adoptar en su apdo. 2, distinguiendo dos ámbitos de actuación que al tiempo que presentan una autonomía, el segundo de ellos es correlativo del primero. Nos referimos, por un lado, a las condiciones de entrada y el acceso de aquellos que postulan a establecerse en un EM, y por otro, los derechos del que goza el nacional de tercer país residente legal.

16. Dado que la pluralidad de estatutos jurídicos existentes tiene en muchos casos su origen en la normativa que ampara su acceso y estancia al territorio UE, es preciso hacer alusión con carácter previo a dicha cuestión. En efecto, los motivos de desplazamiento son diversos y ante la falta hasta la fecha de un acceso legal uniforme a nivel UE, son la antesala de la heterogeneidad de situaciones existentes hoy.

#### **3.1. Multiplicidad de situaciones de acceso a la estancia**

17. Desde un inicio, las instituciones europeas han insistido en la conveniencia de la puesta en marcha de una política UE en materia migratoria de carácter integral, lo que incluye necesariamente la denominada migración legal. En efecto, la admisión de migrantes económicos se considera uno de



los cuatro pilares sobre los que necesariamente ha de sustentarse una gestión adecuada del flujo migratorio<sup>19</sup>, en tanto que elemento clave para un crecimiento sostenible de la economía UE. Pese a su relevancia, el nivel de armonización UE alcanzado es sobre mínimos.

18. Consecuencia de la resistencia de los EEMM a perder soberanía en este ámbito, el resultado ha sido la aprobación paulatina de una serie de Directivas referidas a categorías concretas de migrantes legales, y en cuya implementación se conserva intacta una elevada discrecionalidad nacional. Los EEMM han mantenido una política migratoria por motivos económicos de carácter restrictiva, y dicho enfoque se traslada a la esfera institucional manteniéndose su cualidad de limitativo y marginal. Así no es de extrañar que los primeros desarrollos legislativos que vieron la luz fueron aquellos con un menor sustrato económico, la Directiva 2004/114/CE sobre acceso de nacionales de terceros países a efecto de estudios y prácticas y la Directiva 2005/71/CE sobre investigadores, que han sido recientemente sustituidas bajo un texto refundido por la Directiva 2016/801<sup>20</sup>. A las primeras disposiciones, les siguió la Directiva 2009/50/UE que creó la «tarjeta azul» con el fin de posibilitar la entrada y la actividad de trabajadores altamente cualificados<sup>21</sup>.

19. En el año 2011 se aprobó la Directiva 2011/98/UE<sup>22</sup> por la que se establece un procedimiento único y simplificado para los ciudadanos de terceros países que soliciten un permiso de residencia y de trabajo en un EM, así como un conjunto común de derechos que había de concederse a los migrantes regulares. Sin embargo, pese al carácter uniforme y general que parece desprenderse de su enunciado, su redacción ha amparado una gran divergencia procedimental, tal como evidencia su trasposición por los EEMM<sup>23</sup>. Y ello, sin perjuicio de las competencias de los Estados para regular el acceso al

<sup>19</sup> Libro verde de la Comisión. El planteamiento de la UE sobre la gestión de la migración económica, COM (2004) 811 final, de 11 de enero de 2005, o más reciente Comunicación de la Comisión, «Una Agenda Europea de Migración», COM (2015) 240 final, de 13 de mayo, epígrafe III.

<sup>20</sup> Directiva (UE) 2016/801, de 11 de mayo, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, DO C núm. 132, de 21 de mayo de 2016.

<sup>21</sup> Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, DO L núm. 155, de 18 de junio de 2009.

<sup>22</sup> Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, DO L núm. 343, de 23 de diciembre de 2011.

<sup>23</sup> En el Informe de la Comisión sobre la aplicación y trasposición de esta Directiva 2011/98/UE se insiste que en este aspecto uno de los principales escollos es el mantenimiento de múltiples trámites administrativos requeridos a nivel nacional en ocasiones yuxtapuestos al procedimiento único, con excesivos plazos de tramitación y una cuantía de las tasas elevadas [COM (2019) final, de 29 de marzo, p. 5]. Tal como ha confirmado el TJUE el coste de dichas tasas tiene como límite no poner en entredicho el efecto útil de la Directiva, asuntos C-508/10, ECLI:EU:C:2012:243 y C-309/14, ECLI:EU:C:2015:523.

mercado de trabajo de los nacionales de terceros países fijando el volumen y tipología de migración económica requerida.

20. Hubo que esperar hasta el año 2014, para la aprobación de otras disposiciones que reglaran el trabajo de carácter temporal. Por un lado la Directiva 2014/36/UE relativa a trabajadores temporeros y la Directiva 2014/66/UE sobre los traslados intraempresariales de nacionales de terceros países<sup>24</sup>. La razón de ser de ambas disposiciones fue la inclusión de procedimientos de admisión capaces de responder rápidamente a las fluctuantes demandas de trabajo migratorio en el mercado laboral. En concreto, la Directiva de trabajadores temporeros intenta dar una respuesta a la necesidad estructural de trabajo estacional poco cualificado para el que, según la Comisión «la mano de obra de la UE está cada vez menos disponible»<sup>25</sup>. Por su parte, la Directiva de traslados intraempresariales pretende responder de forma rápida y efectiva a la demanda de personal directivo y cualificado en sucursales y filiales de multinacionales, removiendo los obstáculos administrativos existentes<sup>26</sup>.

21. Así las cosas, las condiciones de entrada y residencia en la UE no responden a un régimen monolítico sino *a sensu contrario* a una pluralidad de situaciones de acceso que depende de la categorización del extranjero según el motivo de su estancia; dicha clasificación precisará el cumplimiento de unas u otras condiciones para poder establecerse en la UE, así como conllevará el disfrute de un elenco mayor o menor de prerrogativas en tanto que residente legal. En definitiva y tal como ha puesto de relieve la Comisión en su Informe sobre la normativa en materia de migración legal, se está ante un régimen excesivamente fragmentario cuya pertinencia así como eficacia se ensombrecen en aras a una gestión adecuada de los flujos legales<sup>27</sup>.

### 3.2. El contenido jurídico y la garantía de una igualdad de trato

22. Para la concreción de la situación jurídica del nacional de tercer país residente legal en un EM hay dos disposiciones básica en el marco UE:

<sup>24</sup> Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros (DO L núm. 94, de 28 de marzo de 2014) y Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (DO L núm. 157, de 27 de mayo de 2014).

<sup>25</sup> Exposición de motivos Propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo estacional, COM (2010) 379, de 13 de julio.

<sup>26</sup> Exposición de motivos Propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de un traslado dentro de una misma empresa, COM (2010) 378, de 13 de julio.

<sup>27</sup> *Document de travail des services de la Commission Résumé du bilan de qualité de la législation de l'UE relative à la migration régulière*, SWD (2019) 1056 final, de 29 de marzo, pp. 1 y 4. A ello hay que unir, tal como ha puesto de relieve la Comisión en esta evaluación las deficiencias detectadas en su ámbito material al no atenderse a todas las fases del iter migratorio, así como en relación al alcance personal al excluir categorías como las de trabajadores no temporales o medianamente cualificados, demandantes de empleos o emprendedores (p. 2).

por un lado, la Directiva 2011/98/UE de permiso único que junto con normas uniformes relativas a la entrada, establece un capítulo específico con un conjunto común de derechos para el residente y, por otro, la Directiva 2003/109/CE que fija un estatuto para los extranjeros de larga duración. Junto a ellas, las mencionadas Directivas sectoriales que conforman la migración legal incluyen un artículo específico bajo la rúbrica «Igualdad de trato»: así la Directiva sobre trabajadores altamente cualificados (art. 14), la Directiva de trabajadores temporeros (art. 23), la Directiva de traslados intraempresariales (art. 18) o la Directiva con fines de investigación, estudio, intercambio y prácticas (art. 22). Consecuencia de esta fragmentación normativa, se consagra la existencia de una pluralidad de estatutos del residente legal nacional de tercer país al tiempo que un distinto alcance del principio de igualdad de trato con el nacional<sup>28</sup>.

### 3.2.1. *Ámbito laboral y social*

23. El conjunto de derechos que se incardina en el ámbito laboral y social es aquel donde el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países ha tenido un mayor avance a nivel UE mediante la promoción del principio de igualdad de trato con el nacional<sup>29</sup>. En efecto, en ello subyace la apreciación del extranjero fundamentalmente como un activo del mercado de trabajo, considerado una pieza clave en aras a mantener la competitividad europea<sup>30</sup>. Así pues, según el art. 12 de la mencionada Directiva 2011/98/UE, los titulares del permiso único gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en una serie de ámbitos como las condiciones laborales, la libertad de asociación, la educación, el reconocimiento de las cualificaciones académicas y profesionales, los beneficios fiscales, el acceso a bienes y servicios [letras a) a h)].

24. El reciente Informe de la Comisión sobre la aplicación de esta Directiva advierte que si bien los EEMM han acometido la transposición según lo previsto y, en general, se han acogido escasamente a las restricciones opcionales, persisten obstáculos reales para la consagración de una igualdad de

<sup>28</sup> MOYA ESCUDERO, M., «Un código de derechos para los nacionales de terceros países residentes legales en la UE: Un avance en derecho antidiscriminatorio», *op. cit.*, nota 14, p. 10.

<sup>29</sup> A ello habría que unir la puesta en marcha de políticas contra la discriminación por razón de raza, sexo o religión. En primer lugar, la Directiva 43/2000/CE para la lucha contra la discriminación por razones de origen racial o étnico, destinada a aplicarse en los ámbitos del empleo, la formación, la protección social (incluida la salud y la seguridad social), la educación y el suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda. En segundo término, la Directiva 78/2000/CE para luchar contra la discriminación en el empleo por razones de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. Y, en tercer lugar, complementan estas dos Directivas, una Agenda Europea para la integración de nacionales de Terceros Países [COM (2011) 455 final, de 20 de julio] y, más recientemente, el Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países presentado para la Comisión [COM (2016) 377 final, de 7 de junio]. Sobre esta cuestión me remito a FLAUSS, J. F., «L'action de l'Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie», *RTDH*, 2001, núm. 46, pp. 487-515.

<sup>30</sup> En este sentido, véase la Comunicación de la Comisión «Fortalecer las vías legales hacia Europa: un componente indispensable de una política migratoria equilibrada y global», COM (2018) 635 final, de 12 de septiembre.

trato<sup>31</sup>. En el marco del art. 11, junto con una falta de concreción en cuanto a los derechos conferidos a los titulares del permiso único, se constata que estos solo tienen derecho a cambiar de puesto o de empleador en un número muy reducido de países. Las dificultades en el ámbito del art. 12 para una implementación real del principio de igualdad de trato se centran en cuestiones claves como el reconocimiento de diplomas y otras cualificaciones profesionales, el acceso a determinadas prestaciones económicas y familiares, sin olvidar las prácticas discriminatorias informales en cuanto a las condiciones de trabajo<sup>32</sup>.

25. Cuando se trata de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, la Directiva 2003/109/CE sí reconoce expresamente un derecho de acceso al empleo en igualdad de condiciones que los nacionales; con la salvedad de aquellas actividades que supongan siquiera de manera ocasional una participación en el ejercicio del poder público, cuyo acceso es limitado por la mayor parte de los EEMM (art. 11). Además, la igualdad de trato en la educación y la formación profesional incluye, en principio, la dotación de becas de estudio [art. 11.1.b)], gozando asimismo de una igualdad de trato en otro EM cuando se desplacen a ejercer su actividad profesional (art. 21).

26. En el ámbito social a pesar de que tanto la Directiva de permiso único como la de larga duración reconocen un trato equitativo en el acceso a las prestaciones de la seguridad social, la asistencia y la protección social, existen prácticas estatales que impiden su disfrute por los nacionales de terceros países y sus familiares. En concreto, tales dificultades se amparan en las disposiciones previstas por las propias Directivas a permitir su restricción; resultando en este sentido esencial la labor desarrollada por el TJUE al confirmar que la igualdad de trato es la regla general (asunto *Martínez Silva*)<sup>33</sup> al tiempo que reivindicando una interpretación restrictiva de las mismas (asunto *Kamberaj*)<sup>34</sup>.

27. Cuando nos referimos a las Directivas sectoriales este principio de igualdad posee un tenor semejante a aquel reconocido para los residentes de larga duración cuando se trata de los trabajadores altamente cualificados;

---

<sup>31</sup> *Op. cit.*, nota 23, pp. 10-11.

<sup>32</sup> Tal como pone de relieve J. Arango Ruiz tales prácticas se manifiestan frecuentemente en un abuso de superioridad en la relación laboral y una merma de los derechos reales de los trabajadores extranjeros («Derechos sociales, ciudadanía e integración», en VVAA, *Immigración y Derechos de ciudadanía*, Barcelona, CIDOB, 2006, pp. 119-125, esp. p. 124). Existe una segmentación del mercado de trabajo en el que los migrantes se encuentran con mayor vulnerabilidad y, por tanto, más propicios a la explotación y el abuso (HASS, H., *European migrants: Dynamics, drivers and the role of policies*, Luxemburgo, Oficina Publicaciones UE, 2018, p. 27).

<sup>33</sup> Sobre la base de que el derecho a la igualdad de trato es la regla general, el TJUE ha confirmado que estas solo pueden invocarse si el EM ha manifestado claramente la voluntad de hacer uso de tales restricciones que específicamente ampara la Directiva (asunto C-449/16, ECLI:EU:C:2017:485, apdo. 29).

<sup>34</sup> En este asunto el TJUE ha aclarado el alcance de la excepción referente a las prestaciones básicas, debiendo excluir las prestaciones de asistencia o protección social que permiten que las personas puedan satisfacer necesidades básicas como la alimentación, la vivienda y la salud (asunto C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233).

no obstante, asistimos a una minoración importante en cuanto a las prerrogativas reconocidas a trabajadores que se desplazan en traslados intraempresariales y más aún cuando se trata de temporeros. Las mayores diferencias se encuentran en el acceso al empleo —incluida la posibilidad de cambiar de puesto para el que se fue admitido—, la educación o la formación profesional, así como la seguridad social o el acceso a los servicios de vivienda. Junto a esta diferenciación según la cualificación del trabajador y la duración de su estancia, hay que unir la facultad de los EEMM para limitar, condicionar o incluso suprimir en unas categorías más que en otras el disfrute de dichas prerrogativas<sup>35</sup>. Con esta rebaja de derechos que se produce en la mayoría de las Directivas sectoriales se evidencia el interés casi inexistente por la integración del extranjero en su nuevo espacio convivencial, al tiempo de dejar en manos de los EEMM la facultad de establecer restricciones en derechos esenciales<sup>36</sup>. En mi opinión el alcance *in extenso* de la soberanía estatal es, sin duda, la mayor diferencia con el principio de igualdad de trato reconocido a los ciudadanos UE y, también, su mayor riesgo en época de crisis.

### 3.2.2. *Derecho a una vida familiar*

28. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE garantiza el derecho a una vida familiar (art. 9), lo que nos lleva a pensar que dicha prerrogativa forma parte de manera automática del estatuto jurídico de toda persona, con independencia de si ostenta o no la ciudadanía de la UE. La protección a la vida en familia conlleva una actuación en tres ámbitos. En primer lugar, el derecho de la persona a casarse libremente sin restricción alguna por razón de raza, nacionalidad o religión y fundar una familia. Segundo, garantizar la reunificación familiar en el EM de residencia del trabajador. Y tercero, el reconocimiento para sus familiares de un conjunto de derechos y prerrogativas en la sociedad de acogida. Tal como será objeto de desarrollo, la reacción ante el fenómeno migratorio *in crisis* está con frecuencia poniendo en entredicho la protección mínima de este derecho fundamental de toda persona.

29. Cuando se trata del derecho a contraer matrimonio, se observa un excesivo control administrativo que en demasiados casos desemboca en una restricción al mismo. En efecto, dado el cierre casi absoluto a una migración legal, el matrimonio se convierte como una opción más ante las escasas

---

<sup>35</sup> Así el art. 12.2 de la Directiva 2011/98/CE limita la educación y la formación profesional, así como la igualdad en las ramas de la seguridad social, a aquellos nacionales de terceros países que tienen un empleo o lo han tenido y están inscritos como desempleados; o excluye las prestaciones familiares cuando el trabajador no haya sido autorizado a trabajar más de seis meses, de igual modo que se excluyen las becas y créditos de estudio y de manutención. Por último, los Estados pueden establecer requisitos previos específicos, incluido un conocimiento adecuado de la lengua o el pago de las tasas de matrícula de conformidad con el Derecho nacional, con respecto al acceso a la universidad y a la enseñanza postsecundaria, así como a la formación profesional que no está directamente relacionada con la actividad laboral específica.

<sup>36</sup> MOYA ESCUDERO, M., *op. cit.*, nota 14, p. 13.

vías legales de acceso. De este modo, junto con los instrumentos existentes para verificar los llamados «matrimonios de conveniencia»<sup>37</sup>, se unen nuevas medidas de comprobación de la validez del matrimonio. Dado que este derecho, según expresa el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales UE se garantiza en el marco de las leyes nacionales, es preciso hacer alusión a la práctica nacional. Así, en España, se observa cada vez con mayor frecuencia la denegación por parte de nuestras autoridades para el reconocimiento de uniones celebradas entre dos ciudadanos extranjeros, normalmente cuando uno de ellos ha sido naturalizado español; todo ello al presumirse una vía para evitar las limitaciones impuestas por la normativa de extranjería. Tal como se desprende del análisis de los casos<sup>38</sup>, se constata que nos encontramos ante un nuevo instrumento de control, o más bien de «freno», para la entrada de ciudadanos extranjeros al aplicar a la validez del consentimiento matrimonial lo que han venido a denominar el «orden público internacional oculto»<sup>39</sup>. Tales denegaciones no solo contaminan el Derecho de familia con actuaciones que debería realizar el Ministerio Fiscal afectando a la seguridad jurídica del extranjero<sup>40</sup>, sino que ponen en demasiados casos en entredicho el *favor matrimonii* y, por tanto, el derecho fundamental a una vida familiar.

30. Cuando nos referimos al derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, el texto legal de referencia es la Directiva 2003/86/CE, a lo que hay que unir las referencias específicas en la Directivas sectoriales de migración legal. En el marco de nuestro estudio, la primera cuestión que se plantea es si en la actualidad la reagrupación familiar es una prerrogativa del estatuto jurídico del extranjero a nivel UE. Desde su Sentencia de 27 de junio de 2006, el TJUE ha afirmado que los EEMM cuentan con «obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos», añadiendo que «en los supuestos determinados por la Directiva, están obligados a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional»<sup>41</sup>. No obstante, pese a tal reconocimiento y tras más

<sup>37</sup> Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (*DOCE* C núm. 382, de 16 de diciembre de 1997); Comunicación de la Comisión, «Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación», COM (2014) 604 final, de 26 de septiembre. Véase *amplius* MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Los matrimonios de complacencia como instrumentos de política migratoria*, Reus, 2018.

<sup>38</sup> *Ad exemplum*, Resoluciones de la DGRN de 1 de diciembre de 2017 (10.<sup>ª</sup>) o de 7 de julio de 2017 (18.<sup>ª</sup>). La DGRN rectifica a los contrayentes extranjeros sin preocuparle en modo alguno el art. 9.1 del CC) («La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia», *Situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM, 2008, pp. 181-191, esp. p. 183).

<sup>39</sup> En este sentido S. Sánchez Lorenzo acertadamente señala que «se acude al sofisma del “orden público internacional oculto”, que es una forma de decir que el encargado del Registro Español aplica el control de extranjería a los contrayentes extranjeros sin preocuparle en modo alguno el art. 9.1 del CC) («La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia», *Situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM, 2008, pp. 181-191, esp. p. 183).

<sup>40</sup> *Id.*, p. 182.

<sup>41</sup> Asunto C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, apdo. 60.

de una década de vigencia se puede afirmar que el modelo de reagrupación familiar existente difiere del que puede y debe aspirar la UE.

31. En primer lugar, el propósito central de la Directiva 2003/86/CE es una armonización del derecho a la reagrupación familiar en la UE para cuyo fin es básico fijar según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En efecto, su texto ya consagró una lenta y exigua armonización, con el fin de lograr el desbloqueo en los puntos difíciles entre los EEMM. Si bien se observa que la mayoría de los EEMM no han aplicado las llamadas cláusulas *statu quo* más restrictivas en cuestiones claves como la reagrupación de menores<sup>42</sup> o medidas previas de integración a la reunificación<sup>43</sup>, sí existe un desarrollo legislativo estatal tan diverso que pone en entredicho la propia armonización y, por tanto, la existencia misma de un estatuto jurídico uniforme a nivel UE<sup>44</sup>.

32. En segundo lugar, no podemos obviar que el principio último de la armonización a la que aspira esta Directiva es «velar por un trato justo de los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de los EEMM» y todo ello en el marco de «una política de integración más decidida encaminada a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE»<sup>45</sup>. De nuevo la realidad alcanzada difiere de la motivación inicial. El principio de igualdad de trato no se garantiza en absoluto en esta materia. Se consagran importantes diferencias con el régimen jurídico previsto para el ciudadano de la UE: desde los requisitos que ha de cumplir el reagrupante, la determinación de los familiares reagrupables, así como las condiciones que le son de aplicación.

33. Tal como ha puesto de relieve el reciente Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE perviven aún grandes obstáculos que dificultan el derecho a la vida familiar<sup>46</sup>. Unos de carácter sustantivo, dadas las exigencias de los EEMM para alcanzar los requisitos fijados para ejercer la reagrupación, así disponer de una vivienda, recursos fijos y regulares<sup>47</sup> o

<sup>42</sup> *Ad exemplum*, ningún EM ha aplicado la exigencia de que las solicitudes relativas a la reagrupación familiar de menores se presenten antes de los quince años (art. 4.6) y solo Alemania exige el cumplimiento de medidas de integración a los niños mayores de doce años que lleguen independientemente del resto de sus familias (art. 4.1 *in fine*). Véase Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la reagrupación familiar, COM (2019) 162 final, de 29 de marzo, p. 5.

<sup>43</sup> *Ex art. 7.2* de la Directiva 2003/86/CE. Es más frecuente que los EEMM exijan tras la admisión que los familiares mejoren las competencias lingüísticas o pasen un examen de integración, *ibid.*, p. 8. Si bien estas medidas de integración deben tener como objetivo facilitar la integración y respetar el principio de proporcionalidad (asunto C-153/14, ECLI:EU:C:2015:453).

<sup>44</sup> Existe una gran diversidad tanto en los periodos de espera o en la capacidad de acogida que se puede invocar (art. 8), así como en el procedimiento de examen de la solicitud, quién presenta la solicitud (art. 5.1), el lugar de presentación (art. 5.2) o la diversidad de documentos acreditativos (art. 5.3). Véase *Informe, op. cit.*, nota 42, pp. 10-11.

<sup>45</sup> Véase considerando 3.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, nota 42, pp. 2-3.

<sup>47</sup> La STJUE C-578/08 limitó el margen de maniobra de los EEMM a la hora de establecer el requisito de los recursos, no siendo óbice para el cumplimiento de esta exigencia el tener derecho a solicitar

el cumplimiento de las medidas de integración<sup>48</sup>. Y otras de naturaleza procedimental, como son la obligación de comparecer ante una misión diplomática para presentar la solicitud, el larguísimo plazo de tramitación de la misma o la falta de los documentos necesarios para cursar la solicitud.

34. En tercer lugar, una vez obtenida la reagrupación familiar, la Directiva 2003/86/CE define para los miembros de la familia un estatuto jurídico en su Estado de residencia en el que se reconoce de la misma manera que al reagrupante el acceso a la educación, al empleo y a la formación profesional (art. 14). En una cuestión clave como es el ejercicio de actividades económicas se prevé la posibilidad de que los EEMM, de conformidad con su Derecho nacional, puedan fijar condiciones para su ejercicio; facultad a la que se han acogido algunos Estados y otros no (art. 14.2). En concreto, los EEMM tendrían hasta doce meses para estudiar la situación de sus mercados laborales antes de otorgar la preceptiva autorización a los miembros de la familia que residen con el reagrupante. Cuando se trata de la obtención de un permiso de residencia autónomo para el familiar reagrupado, el art. 15 fija un plazo máximo de cinco años, amparando la posibilidad de que se minore dicho periodo por los EEMM en caso de viudedad, divorcio, separación o muerte. No obstante, en dos sentencias recientes el TJUE parece amparar una alta discrecionalidad en relación a la expedición de este permiso autónomo, cuya concesión puede someterse al cumplimiento de determinadas condiciones, cuya definición deja de nuevo en manos del legislador estatal<sup>49</sup>.

### 3.2.3. *Seguridad en la residencia*

35. En su Comunicación de 1991, la Comisión ya afirmaba que «la seguridad de la estancia y de la residencia permanente para todos aquellos que cumplen los criterios de estabilidad constituye la condición previa fundamental para una integración con éxito»<sup>50</sup>. Para los ciudadanos UE, la permanencia sobre el territorio del país de acogida es una prerrogativa directamente conferida por el Derecho UE, donde las exigencias documentales son

---

una asistencia especial habida cuenta el nivel de sus recursos (ECLI:EU:C:2010:117). No obstante, con una sentencia posterior asunto C-558/14 asistimos a una mayor laxitud en el margen de apreciación amparando que las autoridades competentes de un EM fundamenten la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una «valoración prospectiva» de la probabilidad de mantenimiento de dichos recursos (ECLI:EU:C:2016:285).

<sup>48</sup> El TJUE ha insistido que dichas medidas no deben obstaculizar el efecto útil de la Directiva y respetar el principio de proporcionalidad (asunto C-153/14, ECLI:EU:C:2015:453). En concreto, estas no deben exceder de las necesidades para alcanzar su objetivo que es facilitar la integración y su fin no puede ser seleccionar a las personas reagrupables, debiendo de tener en cuenta las circunstancias individuales específicas (asunto C-579/13, ECLI:EU:C:2015:369).

<sup>49</sup> Asuntos C-257/17, ECLI:EU:C:2001:876 y C-484/17, ECLI:EU:C:2018:878. En este último supuesto, el TJUE considera que el art. 14 no es contrario a la denegación de un permiso de residencia autónomo a la Sra. K. al haber dejado de residir con su cónyuge trabajador de tercer país y no haber cumplido las condiciones fijadas por la normativa holandesa, en este caso superar un examen de integración cívica, y ello aunque reside desde hace más de veinte años en Holanda.

<sup>50</sup> SEC (91) 1855 final, de 11 de octubre de 1991, p. 22, apdo. 60.



puramente declarativas y los EEMM se encuentran obligados a reconocer la existencia real de dicha facultad. En cuanto a los nacionales de terceros países, la situación es totalmente diversa ya que, con carácter general, su estancia durante más de tres meses constituye una facultad discrecional de cada EEMM. No obstante, en esta materia no se puede obviar por un lado, las disposiciones existentes en el marco de la definición de las condiciones para la residencia *ex art. 79.2 TFUE*, y por otro, ciertos preceptos en el marco de los acuerdos entre determinados Estados terceros y la UE<sup>51</sup>.

36. En cuanto a las primeras, como sabemos se armonizan las condiciones para la obtención de determinados permisos de residencia —trabajador altamente cualificado, temporeros, larga duración—, si bien, cada EEMM mantiene sus competencias para regular el acceso de los extranjeros a sus mercados laborales<sup>52</sup>. En el marco de la Directiva 2011/51/UE la situación es distinta y los Estados sí están obligados a otorgar el estatuto de larga duración cuando se cumplen los criterios fijados<sup>53</sup>, sin poderse acoger *inter alia* a la temporalidad de los permisos precedentes<sup>54</sup>, salvo en los casos expresamente previstos<sup>55</sup>. De modo que el nacional de tercer país antes de alcanzar una residencia legal e ininterrumpida de al menos cinco años en un EM, no tiene prácticamente a nivel UE ningún tipo de amparo para asegurar la renovación de su permiso de residencia, además de su dificultad para conseguir una autorización para ejercer una actividad distinta para la que obtuvo su primer acceso.

37. Una excepción existe en el marco del Acuerdo de Asociación con Turquía<sup>56</sup>. Es jurisprudencia reiterada del TJUE<sup>57</sup> que un trabajador turco, siempre que cumpla una serie de requisitos preestablecidos<sup>58</sup>, así como sus fami-

<sup>51</sup> Dejamos al margen las disposiciones de los Acuerdos con la AELC y con Suiza, dado que estos asimilan la situación de sus ciudadanos a la de los nacionales de los EEMM.

<sup>52</sup> Considerando 6 de la Directiva 2011/98/UE.

<sup>53</sup> *Ex art. 5* disponer de recursos fijos y regulares suficientes, de un seguro de enfermedad y el cumplimiento de medidas de integración, aquellos países que lo exijan. Se requiere una proporcionalidad a la hora de evaluar las condiciones relativas a los recursos, véase asunto C-578/08, *op. cit.*, nota 47. En cuanto a las medidas de integración, la mayoría de los EEMM las exigen antes de la obtención del estatuto, en el caso de requerirse tras la obtención de este, el TJUE ha considerado que la Directiva no se opone siempre que no dé lugar a la retirada del estatuto, asunto C-579/13, *op. cit.*, nota 48.

<sup>54</sup> Asunto C-502/10, ECLI:EU:C:2012:636. En particular, véase Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, ECLI:EU:C:2012:294, apdos. 56-60.

<sup>55</sup> *Ad exemplum art. 3.2(e)* prestar servicios *au pair* o trabajar como temporeros, por ser trabajadores en el marco de un servicio transfronterizo, o bien en los casos en que el permiso de residencia está limitado formalmente.

<sup>56</sup> Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la CEE y Turquía, celebrado y aprobado mediante Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 (*JOCE* L núm. 217, 29 de diciembre de 1964; EE 11/vol. 1, p. 18).

<sup>57</sup> Véanse asuntos C-237/91, ECLI:EU:C:1992:527, apdo. 36; C-36/96, ECLI:EU:C:1997:445 apdo. 55; C-98/96, ECLI:EU:C:1997:446, apdo. 62, y C-1/97, ECLI:EU:C:1998:568, apdo. 69.

<sup>58</sup> Como resulta del tenor del art. 6 de la Decisión 1/80 aprobada el 19 de septiembre de 1980 por el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo CEE-Turquía, se presupone que el interesado sea un trabajador turco en el territorio de un EM y que haya ejercido allí un empleo legal durante un cierto tiempo (*Accord d'association et protocoles CEE-Turquie et autres textes de base*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruselas, 1992).

liares, tiene derecho a la obtención o renovación de su permiso de residencia en el EEMM de acogida, existiendo una cláusula de *standstill* que impide incluir nuevas restricciones<sup>59</sup>. Sin embargo, dicha facultad podría mermarse con la fisura introducida por el TJUE al reconocer que los EEMM podrían aprobar medidas nacionales que restrinjan dichas prerrogativas, sobre la base de una razón imperiosa de interés general justificada en el objetivo de una gestión eficaz de los flujos migratorios<sup>60</sup>. Es más, en el asunto *Tekdemir*, el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, admite dicha opción dada «la crisis migratoria sin precedentes», por lo que en su opinión «no sería conveniente que el Tribunal prohibiera a un Estado miembro la posibilidad de invocar» medidas restrictivas del control del flujo<sup>61</sup>.

38. Buena prueba también de la falta de seguridad para los nacionales de terceros países en cuanto a la residencia se evidencia incluso en el marco de los familiares de ciudadanos UE, cuyo permiso de residencia depende del mantenimiento del vínculo familiar, sin que el Derecho UE acoja excepciones a una regla que en determinados casos vulnera derechos humanos de colectivos en situación de alta vulnerabilidad. Así casos como el asunto *NA*<sup>62</sup> en el que una señora pakistaní, ex cónyuge de un ciudadano alemán que ha sufrido malos tratos por este, y a cargo de las dos hijas comunes, ciudadanas de la UE —en concreto alemanas—, no pudo mantener de modo autónomo su derecho de residencia en el Reino Unido, EM de acogida donde había residido desde que se casaron, y ello sobre la base de que el inicio del procedimiento judicial de divorcio es posterior a la partida del cónyuge ciudadano de la UE de dicho EM.

### 3.2.4. *La movilidad intra-UE*

39. Al margen de la libre circulación reconocida en el marco de la Directiva 2004/38/CE a los miembros de la familia que se desplazan con ellos así como de los Acuerdos exteriores con la AELC y Suiza, hemos de cuestionarnos si el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países residentes legales en la UE incluye una prerrogativa real que permita residir y trabajar en un segundo EM. Con carácter previo, existe una importante distinción en

<sup>59</sup> *Ex arts. 6.1 y 13 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación creado por el Acuerdo CEE-Turquía.*

<sup>60</sup> Asunto C-652/15, ECLI:EU:C:2017:239, apdos. 35, 36 y 39. En este mismo sentido, la STJUE C-123/17, ECLI:EU:C:2018:632. Si bien ambas resoluciones se refieren a la obtención del permiso de residencia en el marco de la reagrupación familiar de un trabajador turco, la justificación de introducir tales medidas restrictivas podría perfectamente extenderse a otras prerrogativas en el marco de la residencia reconocidas por el Acuerdo de Asociación con Turquía. Mientras que en el asunto C-652/15 el TJUE entra a evaluar la proporcionalidad o no de la restricción incorporada, llama la atención que en el asunto C-123/17 determina que esta corresponde ser verificada por el órgano jurisdiccional competente.

<sup>61</sup> Conclusiones asunto C-652/15, ECLI:EU:C:2016:960, apdo. 17.

<sup>62</sup> Asunto C-115/15, ECLI:EU:C:2016:487. Véase C. YEO, «CJEU judgment on domestic violence victims: NA C-115/15», <http://www.freemovement.org.uk>.

cuanto al basamento jurídico de la titularidad; mientras que los ciudadanos UE gozan de ese derecho derivado de su condición de nacional de un EM, la situación jurídica de los nacionales de terceros países deriva de una situación fáctica que distingue la estancia o presencia legal del hecho de residir legalmente en un EM<sup>63</sup>. A partir de esta distinción, el TJUE en su reciente Sentencia de 24 de enero de 2019, confirma algo que ya conocíamos que los extranjeros beneficiarios de un visado Schengen aún teniendo una estancia legal e incluso estando autorizados para ejercer una actividad económica en distintos EEMM no son beneficiarios de un derecho de libre circulación en la UE. Junta a esta afirmación, y es la cuestión que nos interesa verificar, en esta misma sentencia se insiste que «en cuanto al Derecho de la Unión, existen numerosos instrumentos en que se puede basar el derecho a circular y residir de los nacionales de terceros países»<sup>64</sup>.

40. En primer lugar, la Directiva 2003/109/CE la incorpora en su art. 14 como una de sus medidas básicas en aras a la igualdad de trato. No obstante, y tal como ha puesto de relieve el reciente Informe de la Comisión sobre su aplicación, dicha cuestión es uno de los aspectos más inciertos dado el escaso número de personas que la ejercen<sup>65</sup>. La razón fundamental de este fracaso es que no estamos ante un derecho automático sino que está sujeto a una serie de condiciones por los EEMM, que son además aplicadas de manera estricta. *Inter alia*, aquella medida que más ha dificultado en la práctica el ejercicio real de este derecho ha sido la posibilidad a la que se han acogido gran parte de los EEMM a estudiar antes de cualquier concesión la situación de su mercado laboral (art. 14.3)<sup>66</sup>, a lo que hay que unir que los EEMM pueden dar preferencia a los ciudadanos de la Unión así como a los extranjeros que residan legalmente en su territorio.

41. Por su parte, tanto la Directiva sobre trabajadores altamente cualificados como la Directiva sobre traslados intraempresariales prevén expresamente el derecho a circular y residir de estos trabajadores en virtud del Derecho de la UE; no obstante, se constata igualmente que no estamos ante un derecho automático. En efecto, la Directiva 2009/50/CE mantiene la discrecionalidad del segundo EM de no admitir ni otorgar la autorización preceptiva para ejercer su actividad económica, pudiendo incluso llegar a expulsar al trabajador si ya estuviese en su territorio (art. 18). Asimismo, los EEMM mantienen la facultad de seguir aplicando los volúmenes de admisión para aquellos que entren en su territorio para fines de empleo altamente cualificado. Cuando nos referimos a la Directiva sobre traslados intraempresariales el

<sup>63</sup> En cuanto a su basamento jurídico, la movilidad intra-UE para los ciudadanos UE se fundamenta en los arts. 21 y 45 TFUE, mientras que para los nacionales de terceros países se basa en una legislación derivada *ex art.* 79.2(b) TFUE.

<sup>64</sup> *Ibid.*, apdo. 69.

<sup>65</sup> COM (2019) 160 final, de 23 de marzo, p. 8.

<sup>66</sup> Otras medidas permiten a los EEMM mantener la restricción de limitar el número total de personas que pueden optar al derecho de residencia (art. 14.4), exigir el cumplimiento de medidas de integración si no se hubieran aplicado en el primer EM (art. 15.3) o fijar requisitos adicionales para hacerse acompañar por el cónyuge y los hijos menores (art. 16.1).

nacional de tercer país estaría facultado exclusivamente para trabajar en la misma empresa o grupos de empresas en el segundo EM (art. 20). Se puede afirmar que el objetivo último de esta movilidad es garantizar la actividad económica de las empresas UE en el Mercado Único evitando cualquier obstáculo, incluido el desplazamiento de su personal directivo y cualificado, más que consagrar un derecho subjetivo en el estatuto jurídico del nacional de tercer país<sup>67</sup>.

42. Cuando nos referimos a investigadores y estudiantes la Directiva 2016/801 sí ha supuesto un avance real en cuanto a su libre movilidad dentro de la UE. Uno de los objetivos básicos ha sido facilitar dicha movilidad reduciendo la carga administrativa relacionada con el desplazamiento en uno o varios EEMM; de tal modo que los nacionales de países terceros que posean una autorización con fines de investigación o estudio expedida por el primer EM están autorizados a entrar, permanecer y llevar a cabo parte de su actividad académica en un segundo EM. En concreto, la mencionada Directiva incluye un Capítulo VI bajo la rúbrica «Movilidad entre Estados miembros» en el que prevé no solo la movilidad de corta y larga duración para estudiantes e investigadores, sino incluso la posibilidad de que los últimos sean acompañados por los miembros de su familia que están con ellos en el primer EM de acogida.

43. En definitiva, si bien es cierto que el estatuto jurídico de ciertos residentes legales en la UE reconoce un derecho a la movilidad intra-UE, su alcance no se asemeja en absoluto al reconocido a los ciudadanos UE. En efecto, y si dejamos al margen por su especial naturaleza a investigadores y estudiantes, cuando los nacionales de terceros países aspiran a trasladarse a otro EM, hasta el momento su única aspiración es llegar a ser reconocido como un «trabajador exportable»; ello siempre que el segundo EM o bien la empresa así lo precisen y lo autoricen<sup>68</sup>. A ello hay que unir políticas restrictivas por parte de los EM, primero como respuesta a la recesión económica que conllevó la movilidad de los trabajadores UE<sup>69</sup> y ahora como reacción a la crisis migratoria y su consabido control frente a todo flujo de personas<sup>70</sup>. Se abandonan así definitivamente propuestas institucionales habidas en otros tiempos en que el objetivo era la equiparación con la condición jurídica del

---

<sup>67</sup> SSTJUE C113/89, ECLI:EU:C:1990:142; C43/93, ECLI:EU:C:1994:310; C445/03, ECLI:EU:C:2004:655, y C244/04, ECLI:EU:C:2006:49. Dichas sentencias se refieren a lo que ha venido a denominarse «suministro de mano de obra» cuando las empresas de un EM presten un servicio en el territorio de otro EM y precisan desplazar su personal en plantilla.

<sup>68</sup> Parafraseando al Abogado General Sr. Wahl que se refiere a un estatuto, residencia o derecho a la seguridad social exportable en el caso de un trabajador nacional de tercer país que desee ejercer su actividad económica en otro EM, ECLI:EU:C:2018:783, apdos. 56, 57 y 64.

<sup>69</sup> LIEBIG, T., MARTIN, J. P. y PUHANI, P., *Migration as an Adjustment Mechanism in the Crisis? A Comparison of Europe and the United States*, OECD Publishing, 2014, p. 2.

<sup>70</sup> Según el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2003/109/CE la trasposición y aplicación relativas a la movilidad intra-UE es uno de los aspectos más deficientes en cuanto a su implementación y, por ende, utilización por los nacionales de los terceros países, se estima que menos de 50 personas por país [COM (2019) final 161, de 29 de marzo, p. 8].

ciudadano UE, todo ello sobre la base de la pertenencia del nacional de tercer país a la UE y con ello más allá del territorio nacional en el que resida<sup>71</sup>.

#### 4. POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN ANTE LA CRISIS E IMPLICACIONES PARA EL ESTATUTO JURÍDICO DEL NACIONAL DE TERCER PAÍS

44. En este siglo hay dos hechos que sin duda han marcado la interrelación existente entre la situación jurídica del extranjero y la reacción política ante tales acontecimientos; por un lado, la recesión económica de la década 2007-2017 y, por otro, la actual afluencia migratoria en el Mediterráneo. Dejando al margen la primera cuestión que conllevó una gran merma de derechos laborales y sociales<sup>72</sup> —en mayor grado aún para los no nacionales y cuyos efectos perviven en la actualidad—, nos centraremos en las implicaciones de la segunda.

45. La actual crisis migratoria se inicia aproximadamente en el año 2013, consecuencia de múltiples factores tanto globales como del país o área de procedencia de quienes solicitan refugio o protección internacional, a los que hay que unir aquellos que ansían una vida mejor. Si bien no faltan voces que cuestionan el calificativo de crisis al flujo migratorio actual, en el sentido de estar ante una llegada o avalancha masiva<sup>73</sup>, no hay duda, que tanto gobernantes como ciudadanos consideran que estamos ante una «crisis», a la que no faltan apelativos como «sin precedentes» o «excepcional». Ante tal convicción, los EEMM se mueven en una doble dinámica de reclamar una actuación común a nivel institucional al tiempo de proteger su situación nacional. Se asiste por parte de los EEMM a un proceso de renacionalización que dificulta cualquier tipo de política institucional que no sea el control policial de la frontera<sup>74</sup>. De igual modo, existe otro riesgo derivado de esa reacción ante la crisis y es una creciente actuación para una situación desde la «excep-

<sup>71</sup> Así, el Parlamento Europeo propuso en el año noventa la modificación del ámbito *ratione personae* del Reglamento (CEE) 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores de la Comunidad con el fin de que se incluyese a los extranjeros que antes de alcanzar la edad de seis años residieran en un EM y hayan permanecido regularmente allí desde entonces, así como a la refugiados políticos y los apátridas (Dictamen del Parlamento Europeo, en su sesión de 14 de febrero de 1990, DOCE C núm. 68, de 19 de marzo de 1990)

<sup>72</sup> *Inter alia*, KOSER, K., «The Impact of Financial Crises on International Migration: Lessons Learned», *IOM Migration Research Series*, 2009, núm. 37, pp. 8 y ss.; KOEHLER, J., LACZKO, F., AGHAZARM, C. y SCHAD, J., «Migration and the Economic Crisis in the European Union: Implications for Policy», *IOM Thematic Study*, Bruselas, 2010, pp. 12 y ss., y MUÑOZ COMET, J., *Inmigración y Empleo en España: de la expansión a la crisis económica*, Madrid, CIS, 2016.

<sup>73</sup> Tal como ha puesto de relieve F. Attinà el incremento de la presión migratoria hacia Europa era pronosticada desde hacía décadas por expertos en demografía atendiendo a los conflictos bélicos existentes, el descenso de los ingresos económicos o el elevado índice de natalidad en África (*inter alia* MASSEY, D. S. *et al.*, *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of Millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1998, en cita de ATTINÀ, F., *op. cit.*, nota 4, p. 51).

<sup>74</sup> DE LUCAS, J., «Para un modelo alternativo de política europea de migración y asilo», en VVAA, *Derechos Humanos, Migraciones...*, *op. cit.*, nota 4, pp. 24-40, esp. p. 27.

cionalidad», y desde aquí amparar una merma de derechos o incluso la no garantía de derechos fundamentales del migrante<sup>75</sup>. Desde esta perspectiva hay tres rasgos actuales de la política europea de migración que inciden en la conformación del actual estatuto jurídico del nacional de tercer país.

46. En primer lugar, es preciso recordar que desde las instituciones UE se aboga por una política de carácter holístico en el que el control del flujo migratorio en fronteras, así como un sistema común de asilo, es una pieza clave junto con una gestión adecuada de la migración legal. No obstante, dicha política global en el contexto geopolítico de una actuación urgente ante la presión migratoria irregular en el Mediterráneo ha sido desequilibrada en cuanto a su enfoque, al tiempo que ha obviado y dificultado la aplicación adecuada del marco jurídico existente en materia de migración legal<sup>76</sup>. No es aventurado afirmar que el clima actual ha propiciado en algunos casos una sinergia negativa entre la implementación *ad extram* y *ad intram* de la política migratoria<sup>77</sup>.

47. En segundo lugar, tras el Tratado de Lisboa se da el impulso definitivo a una política con un enfoque integrado, al que se une asimismo una dimensión exterior en cuanto a su tratamiento<sup>78</sup>. Esta perspectiva parece reforzarse, ya no se trata de un principio más que debe guiar el tratamiento de la migración, sino de una exigencia en el marco de las relaciones de la UE con terceros países. En este sentido, se propone a los países del sur del Mediterráneo un diálogo estructurado sobre «migración, movilidad y seguridad»<sup>79</sup>. Se instauran así dos bases de actuación en el marco de las relaciones exteriores: un reparto de cargas y responsabilidades, junto con el principio de diferenciación y la consiguiente recompensa. Como se ha constatado dicha dimensión global de la migración no ha facilitado la libre circulación de personas entre la UE y sus países vecinos, al tiempo que se les ha exigido una serie de obligaciones que pese a la ayuda financiera o técnica por parte de la UE, no están en condiciones de asumir, y menos aún con las mínimas garantías para el respeto de los derechos humanos básicos<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> En este sentido, DE LUCAS, J., «Inmigrantes. Del Estado de excepción al Estado de Derecho», *Oñati socio-legal series*, vol. 1, 2011, núm. 3, pp. 1-14, esp. p. 4. Desde otro aspecto en el marco de la política UE, véase JANER TORRENS, J. D., «El reestablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas del orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *RDCE*, 2018, núm. 61, pp. 899-932.

<sup>76</sup> Véase FITNESS CHECK, *op. cit.*, nota 7, p. 4.

<sup>77</sup> *Ad exemplum*, se valida la inclusión de nuevas restricciones en materia de reagrupación familiar atendiendo al objetivo de una gestión eficaz de los flujos migratorios en tanto que razón imperiosa de interés, asunto C-652/15, *op. cit.*, nota 60, apdo. 39.

<sup>78</sup> Sobre la «externacionalización» de la política común de inmigración, véase *amplius* LAVENEX, S. y UCAER, E. (eds.), *Migration and the Externalities of European Integration*, Lanham (MD), Lexington, 2002, y BOSWELL, C., «The External Dimension of EU Immigration and Asylum Policy», *International Affairs*, vol. 79, 2003, pp. 619-638.

<sup>79</sup> Comunicación de la Comisión, «Un diálogo para la migración, la movilidad y la seguridad con los países del Mediterráneo Meridional», COM (2011) 292 final, de 24 de mayo.

<sup>80</sup> POLI, S. y CINELL, C., «Mobility and legal migration in the context of the European Neighbourhood Policy: what role for the European Union?», *RDCE*, 2017, núm. 58, pp. 979-1005.

48. Y, en tercer lugar, es preciso destacar que esta estrategia global en materia migratoria también tiene una repercusión directa en el ámbito de la migración legal, asistiendo a nuevos principios rectores en su enfoque. Así, dicho flujo está llamado a representar un doble papel: por un lado, emerge como un instrumento más en materia de cooperación y desarrollo con terceros países; y por otro, se conforma como un elemento indispensable para mantener la necesaria competitividad europea en determinadas sectores. Desde esta perspectiva no faltan mecanismos que garanticen la «migración de retorno» y la «migración circular». En efecto, las Directivas sectoriales aprobadas en materia de admisión de nacionales de terceros países tienden a fijar una duración máxima de dicha estancia, al tiempo que una obligación implícita de retorno una vez concluido el periodo de trabajo. En definitiva, en la UE se importa la concepción ya existente en países como Alemania de *Gasterbeter* o lo que eufemísticamente se conoce como «trabajadores invitados».

49. Sobre la base de tales caracteres asistimos a dos consecuencias peligrosas en este contexto de crisis migratoria: se une la migración con la seguridad, conformándose al mismo tiempo con un carácter temporal, enfatizándose así su naturaleza de ajeneidad a la comunidad. Parece así olvidarse que uno de los pilares básicos de toda estrategia pública en materia migratoria requiere garantizar una integración adecuada de la comunidad extranjera en la sociedad de acogida. Si a ello unimos que el mencionado sentimiento de miedo ante el fenómeno migratorio ha calado con fuerza en la población y en la clase política, se abonan actitudes como el racismo, la xenofobia y la exclusión.

50. Cuando nos referimos al estatuto jurídico del residente legal en la UE también se advierten los efectos. *Primo*, en su propio devenir al constatare no solo la falta de un avance real en el reconocimiento de derechos sino incluso una involución. En la actualidad, asistimos a una merma evidente de prerrogativas, que tal como evidencian las Directivas analizadas su alcance depende directamente del carácter de la estancia y en definitiva del tipo de actividad económica a realizar en la UE. Incluso el resultado obtenido por la Directiva de larga duración se confirma como de «mínimo común denominador» y cuyo alcance difiere muy poco del permiso de residencia prolongado existente en la mayoría de los EEMM.

51. *Secondo*, y como consecuencia directa del anterior, el principio guía de una igualdad de trato con el nacional de la UE parece esfumarse. En efecto, dicha equiparación con el ciudadano de la UE se limita progresivamente a ámbitos concretos como las condiciones en el ejercicio de su actividad laboral o, en el mejor de los casos, la seguridad social. Con la puesta en marcha de las Directivas sectoriales se consolida una diferenciación de trato para el nacional de tercer país en un doble plano. Por un lado, entre los propios nacionales de terceros países que según el motivo de su estancia verán reconocidos en su estatuto jurídico unas prerrogativas y no otras. Hay voces incluso que tildan a dicha sistemática diferenciación como «discriminación ilegal», en el sentido de que dicha distinción de tratamiento no siempre se justifica

como necesaria, proporcional y legítima<sup>81</sup>. Y por otra parte, consecuencia de la alta discrecionalidad reconocida a los EEMM, dicho estatuto jurídico tendrá un contenido material distinto según el Estado en el que el extranjero resida legalmente.

52. Y *tertio*, se asiste a una mayor diferenciación en cuanto a la seguridad de la residencia en comparación con los nacionales UE. Si bien el procedimiento de admisión de los nacionales de terceros países se simplifica y uniforma, este se rigidiza bajo pautas de endurecimiento. Por un lado, las autorizaciones de entrada y estancia se obtienen mediante un «procedimiento único, simple y ágil», que responde a la preocupación de las instituciones europeas de contar con procedimientos de admisión capaces de responder rápidamente a las fluctuantes demandas de trabajo migratorio en el mercado laboral. Si bien para el nacional de tercer país este se inflexibiliza, al que se le autoriza para residir y trabajar para aquello que se ha facultado en función de lo estipulado en el marco de cada Directiva sectorial; un derecho del que se les priva si dicho permiso no es renovado o es retirado. Todo ello con el alto riesgo de transitar desde un *status* legal a uno irregular y la consiguiente aplicación de la Directiva de retorno 2008/115/CE<sup>82</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

53. En la conformación de un estatuto jurídico del nacional de tercer país, la política migratoria de la UE parece ignorar no solo que el reconocimiento de un catálogo de derechos semejantes al de los ciudadanos UE es un elemento básico hacia una integración con éxito, sino incluso preterir —imbuidos por el actual momento de crisis— que el Derecho de extranjería tiene una serie de límites tanto internos como internacionales<sup>83</sup>. Se constata una tendencia hacia la deshumanización en el tratamiento del extranjero, cuyo proceso parece extenderse más allá del control de la entrada, afectando al trato de los que ya se encuentran en su territorio.

54. En la actualidad las estrategias públicas ante el fenómeno complejo de la migración es un sistema de fuerzas concurrentes que precisa una confluencia coordinada de actuación ante una realidad que en los próximos años solo se prevé que aumentará. En estos momentos de crisis, el punto de confluencia de actuación entre los EEMM y la UE no puede ser el miedo sino el respeto absoluto de los derechos fundamentales. El primero lleva a la exclusión, a la diferenciación, el segundo a una integración con éxito y por

---

<sup>81</sup> VVAA, *The cost of non-Europe in the area of legal migration*, Bruselas, CEPS, 2019, pp. 30 y 51.

<sup>82</sup> Se constata una interacción importante entre migración legal e irregular. Así, junto con la expulsión, el otro gran riesgo es la entrada en el mercado de trabajo irregular con la consabida merma de derechos pese a la existencia de medidas como la Directiva 2009/52/CE. Véase FITNESS CHECK, *op. cit.*, nota 7, pp. 50-51.

<sup>83</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Extranjería: Principios de Derecho internacional general», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1991, núm. 11, pp. 39-51.



tanto a la cohesión de nuestra futura sociedad. Frente a la situación actual y atendiendo al desafío al que nos confronta a todo jurista internacional<sup>84</sup>, considero necesario articular una actuación que pivote en los siguientes ejes.

55. Es esencial partir de un diagnóstico de la realidad como base a una actuación a largo plazo en materia migratoria que debe ser anticipativa y realista<sup>85</sup>. Si bien el desplazamiento masivo de refugiados es un fenómeno que responde a problemas concretos y puede calificarse como coyuntural, el movimiento hacia la UE de migrantes en general debe atenderse como un fenómeno estructural, en tanto que tiene sus raíces últimas en el proceso de globalización<sup>86</sup>. Para ello es básico una actuación conjunta que actúe, no solo en el control del flujo migratorio, sino también en materia de acceso, residencia e integración<sup>87</sup>.

56. Estamos ante competencias compartidas, en la que en época de crisis la UE parece tener aún su *autoritas* más limitada, dado que los EEMM hacen valer sus competencias sobre la base del interés general o de seguridad nacional —interna y externa—<sup>88</sup>. Si bien es cierto que no es sencilla la búsqueda de ese equilibrio competencial, considero crucial en el momento actual reivindicar el papel de la UE. En la cuestión que nos ocupa, existe la legitimidad institucional para la conformación de un cuerpo uniforme en el que se recojan derechos esenciales para la integración de los residentes legales de terceros países<sup>89</sup>. Además, no podemos obviar que el aludido proceso de renacionalización —que entre otros efectos conlleva la falta de solidaridad entre los EEMM—, está precipitando una crisis europea sin precedentes que hace peligrar no solo los derechos básicos de los migrantes sino la propia lógica de la integración europea<sup>90</sup>.

57. Para una actuación en cuanto a la dimensión *ad intram* de una política migratoria UE, el primer paso es que su gestión exterior no pivote exclusivamente en claves de seguridad y freno ante cualquier fenómeno migratorio.

<sup>84</sup> Siguiendo a H. Van Loon que se refiere a un doble desafío en relación a la migración internacional: 1) la necesidad de insistir en los principios fundamentales —y su práctica—, y 2) la búsqueda de vías para construir un régimen global viable para la migración legal, *op. cit.*, nota 1, pp. 15-16.

<sup>85</sup> Como propone H. Hass para una gestión efectiva del fenómeno migratorio además de una planificación realista con una comprensión exhaustiva de todos los factores implicados, es preciso atender a las lecciones aprendidas en políticas migratorias de otros periodos históricos (*op. cit.*, nota 32).

<sup>86</sup> Véanse BRACH, A., HICKMAN, M. J. y MACANGHAIL, M. (eds.), *Global Futures: Migration, Environment and Globalization*, Londres, Palgrave, Macmillan, 1999, en particular pp. 159 y ss.; AMBROSINI, M., *Un'altra globalizzazione: La sfida delle migrazioni transnazionali*, Bolonia, Il Mulino, 2008, y ATTINA, F., *The global political system*, Basigstoke, Palgrave, Macmillan, 2011.

<sup>87</sup> Resulta positivo que así sea reconocido por las recientes Comunicaciones de la Comisión, La gestión de la migración en todos sus aspectos: avances en el marco de la Agenda Europea de Migración, COM (2018) 798 final, de 4 de diciembre, o Fortalecer las vías legales, *op. cit.*, nota 30.

<sup>88</sup> En este sentido, véase MANGAS MARTÍN, A., «¿Inmigración: rescatar o regular», *Diario del Derecho, Iustel*, 1 de agosto de 2018.

<sup>89</sup> M. Moya Escudero aboga por la elaboración de un Código de Inmigración sobre la base de que el TFUE, no solo faculta, sino que impone, que se proceda a una clara definición de derechos que minime o elimine la competencia de los Estados en la materia, *op. cit.*, nota 14, p. 26.

<sup>90</sup> NAIR, S., *op. cit.*, nota 4, p. 19.

En segundo lugar, dicha dimensión interna ha de articularse necesariamente en torno a un estatuto jurídico para el residente legal de tercer país que garantice un marco legislativo hacia una igualdad de trato con el ciudadano UE. Atendiendo al desarrollo de las disposiciones que conforman el mencionado estatuto es básico un viraje ante el rumbo actual. En este sentido, es preciso abogar por nociones como ciudadanía migratoria o cívica que insisten en la inclusión, evitando otras como trabajador invitado que evocan la temporalidad y ajeneidad a la comunidad, o aquellas aún menos afortunadas como «mano de obra exportable» que parecen privar al extranjero de su condición de persona. Consideramos además que la implementación de medidas reales para mejorar la libre circulación intra-UE de los residentes legales favorece el aludido sentido de pertenencia, al tiempo que mejora la movilidad que precisa el mercado de trabajo UE<sup>91</sup>.

58. En mi opinión, desde la noción de ciudadanía pueden articularse dos medidas básicas. Por un lado, ante la diversidad de estatutos existentes que consagran distintas graduaciones de extranjeros —en la mayoría de los casos, cada vez más alejadas de aquella que gozan los nacionales—, es crucial construir una auténtica ciudadanía que necesariamente descansa en el reconocimiento de unos derechos universales para los migrantes y cuya expresión inmediata debe ser la igualdad<sup>92</sup>. Por otra parte, frente a la involución reseñada, defendemos la consideración de un estatuto jurídico uniforme en construcción, siempre *in processus* en aras a la eliminación progresiva de las formas de discriminación, en tanto que elemento básico no solo para garantizar su integración sino como basamento de todo Estado de Derecho. En este sentido, consideramos decisivo —al tiempo que esperanzador— acciones como las últimas Comunicaciones de la Comisión o sus recientes Informes sobre el marco jurídico de la migración legal en el que reivindican, tras este periodo de *impasse*, su papel crucial en el marco de una política global de migración, así como una actuación comprometida a nivel institucional.

## RESUMEN

### EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES: DE LA REACCIÓN ANTE LA CRISIS A LA SINERGIA NECESARIA

En estos últimos años, el estatuto jurídico del nacional de tercer país ha recibido una influencia directa ante el contexto geopolítico de la UE, representado por la presión migratoria irregular en el Mediterráneo. En materia de migración legal, el objetivo de asegurar

<sup>91</sup> LIROLA DELGADO, I. y FERNÁNDEZ LISTE, A., «La migración legal en el marco de la Política comunitaria de inmigración: de un papel secundario a una protagonismo sobrevenido», *RIEM*, vol. 6/1, pp. 50-83, esp. p. 78, y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «Aportaciones del estatuto de residente de larga duración hacia una igualdad de tratamiento: el derecho de circulación y residencia en otro Estado miembro», en VVAA, *Movimientos migratorios transnacionales y Mercado de trabajo*, Junta de Andalucía, 2007, pp. 33-52.

<sup>92</sup> DE LUCAS, J., «Algunos elementos básicos de la “cultura de los derechos”: ¿porqué los derechos humanos?», *Stud. hist. H. cont.*, 2018, núm. 36, p. 32.

una igualdad de trato de los residentes legales, al tiempo que garantizar una política de integración pierde firmeza y prioridad. Las Directivas sectoriales sobre condiciones de entrada y residencia dan como resultado una fragmentación, cuya consecuencia es una desigualdad de tratamiento entre las diferentes categorías de terceros nacionales, y entre estos trabajadores y los ciudadanos UE. En este contexto es básico asegurar la sinergia adecuada entre la dimensión *ad extram* y *ad intram* de la política migratoria a nivel UE, presidida por la exigencia del reconocimiento y la garantía de derechos en materia de entrada y un *minimum standards* elevado en cuanto al *status* del residente.

**Palabras clave:** política europea de inmigración, nacionales de terceros países, residentes legales, no discriminación, estatuto jurídico, crisis migratoria.

### ABSTRACT

#### THE LEGAL STATUS OF THIRD-COUNTRY NATIONALS: FROM THE REACTION TO CRISIS FOR NECESSARY SYNERGIE

In the recent years, the legal *status* of third-country nationals has been a considerable impact by the EU's geopolitical context, represented by the pressure of irregular migration across the Mediterranean Sea. As regards legal migration, priority and strongly supports has missed in order to ensure fair treatment of third-country nationals who reside legally on the territory of its Member States, at the same time develop a integration policy that grating them rights comparable that those of EU citizens. The EU legislation on the conditions of entry and residence result in the fragmentation, which consequence is unequal treatment among different categories (statuses) of third-country nationals, and between all these workers and EU citizens. In this context is essential to promote the necessary synergies between the internal and external dimension of the European migration policy, by the requirement that to recognise and ensure rights in matters of entry and set a high *minimum standards* in residential *status*.

**Keywords:** EU migration policy, third-country nationals, legal residents, non-discrimination, legal status, migrant crisis.



## LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR DE 2018 SOBRE MEDIACIÓN Y LA CREACIÓN DE UN TÍTULO DESLOCALIZADO DOTADO DE FUERZA EJECUTIVA: UNA APUESTA NOVEDOSA, Y UN MAL RELATO

Carlos ESPLUGUES MOTA\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: ¿LA HORA DE LA MEDIACIÓN?—2. JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTOS DE UN CONVENIO DE NUEVA YORK PARA LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.—2.1. Arbitraje, mediación y la vía neoyorquina.—2.2. El carácter contractual del acuerdo de mediación y su ejecución.—2.3. La superación del marco de referencia actual: la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva.—2.3.1. El ámbito de aplicación del Convenio de Singapur.—2.3.2. Las bases dogmáticas del nuevo título creado por el Convenio de Singapur.—3. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN.—3.1. «Reconocimiento» y «ejecución» de los acuerdos de mediación.—3.1.1. Reconocimiento.—3.1.2. Ejecución.—3.2. Requisitos formales para «hacer valer» un acuerdo de mediación.—3.3. Motivos de denegación del otorgamiento de medidas.—3.3.1. Motivos alegables a instancia de parte.—a) Motivos que afectan a la capacidad de las partes para concluir el acuerdo.—b) Motivos referidos al acuerdo concluido por las partes.—c) Motivos referidos a las obligaciones recogidas en el acuerdo de mediación.—d) Motivos referidos a la conducta del mediador.—3.3.2. Motivos estimables de oficio por la autoridad a la que se solicita la adopción de medidas.—4. «NO SIEMPRE LAS BUENAS ACCIONES SON OPORTUNAS Y EFICACES».

### 1. INTRODUCCIÓN: ¿LA HORA DE LA MEDIACIÓN?

1. Desde mediados del siglo pasado, el arbitraje comercial internacional ha gozado de un indudable protagonismo como vía para la resolución de las disputas comerciales internacionales. La institución, sin embargo, se encuentra sometida hoy a críticas. La «americanización»<sup>1</sup> acelerada por ella sufrida ha afectado directamente a algunas de las virtudes que le caracterizan, tornándola en una suerte de «*new litigation*»<sup>2</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado en la Universitat de València ([carlos.esplugues@uv.es](mailto:carlos.esplugues@uv.es)). Artículo elaborado en el marco de los Proyectos I+D GVA Prometeo 2018/111 y MINECO DER2016/74945-R.

<sup>1</sup> SUSSMAN, E., «The New York Convention through a Mediation Prism», *Dispute Resolution Magazine*, vol. 15, 2009, núm. 4, pp. 10-13, esp. p. 10.

<sup>2</sup> STIPANOWICH, Th. J., «Arbitration: The “New Litigation”», *University of Illinois Law Review*, 2010, núm. 1, pp. 1-59. Igualmente, NOLAN-HALEY, J., «Mediation: The “New Arbitration”», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 17, 2012, pp. 61-95, esp. pp. 66-73.

2. Esta situación tiene una incidencia inmediata en el creciente soporte, que al menos en el plano teórico, encuentra el recurso a la mediación<sup>3</sup>. Una institución que, frente al arbitraje<sup>4</sup>, facilita a las partes un procedimiento simple, ofreciéndoles un mayor control sobre el resultado, y la posibilidad de alcanzar soluciones aceptables para los implicados. A la vez que les permite reducir costes y tiempo, manteniendo sus relaciones comerciales intactas<sup>5</sup>.

3. Sin embargo, el análisis de la realidad manifiesta como este apoyo a la mediación parece acotado al ámbito estrictamente interno<sup>6</sup>, no así al transfronterizo, donde el recurso a la institución sigue siendo muy escaso. Y ello, incluso, en áreas geográficas económica y jurídicamente integradas, y claramente favorables a la mediación, como pueda ser la UE<sup>7</sup>. Uno de los motivos que de forma recurrente se menciona como causante de esta situación, es la ausencia de un régimen internacional armonizado, que facilite la eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación (en adelante, acuerdos de mediación), en línea con lo que ocurre con el Convenio de Nueva York de 1958 respecto del arbitraje<sup>8</sup>. La eventual voluntad de incrementar el recurso a la mediación tropezaría, así, «con el hecho de que los acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación pueden ser de más difícil ejecución que los laudos arbitrales, si una parte que en un principio acepta el acuerdo luego lo incumple»<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> A lo largo del presente artículo y dado que en él se mencionan textos que refieren a la «conciliación», entenderemos a esta última, como equivalente a la mediación.

<sup>4</sup> Y ello, a pesar de la tendencia existente en algunos lugares, a convertir la mediación en «mini arbitrajes». Véase STRONG, S. I., «Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation», *Washington University Journal of Law Policy*, vol. 45, 2014, pp. 10-40, esp. pp. 15-16.

<sup>5</sup> WOLSKI, B., «Arb-Med-Arb (and MSAs): A Whole Which Is Less Than, Not Greater Than, the Sum of Its Parts», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 6, 2013, núm. 2, pp. 249-274, esp. p. 251; PRIBETIC, A. I., «The “Third Option”: International Commercial Mediation», *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 1, 2007, núm. 4, pp. 563-587, esp. pp. 576-578, y STRONG, S. I., *op. cit.*, nota 4, pp. 24-28.

<sup>6</sup> Un análisis estadístico de la situación existente en Estados Unidos se encuentra en STIPANOWICH, Th. J. y LAMARE, J. R., «Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1,000 Companies», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 19, 2014, pp. 1-68, esp. pp. 43-53.

<sup>7</sup> Al respecto, véase TILMAN, V., *Lessons Learnt from the Implementation of the EU Mediation Directive: The Business Perspective*, Bruselas, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, 2011, p. 4.

<sup>8</sup> Atendida la propia naturaleza voluntaria de la mediación, el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por las partes es altamente predecible (Lo, Ch.-F., «Desirability of a New International Legal Framework for Cross-Border Enforcement of Certain Mediated Settlement Agreements», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, núm. 1, pp. 119-138, esp. pp. 124-126). Sin embargo, el incremento en el uso de la institución traerá previsiblemente aparejado un aumento de las disputas en relación con su cumplimiento. Un dato que ya se constata, por ejemplo, en Estados Unidos, nótese KOO, A. K. C., «Chapter 4. Enforcing International Mediated Settlement Agreements», en RAMASWAMY, M. P. y RIBERO, J. (eds.), *Harmonising Trade Law to Enable Private Sector Regional Development*, Nueva Zelanda, UNCITRAL Regional Centre for Asia and the Pacific and New Zealand Association for Comparative Law, 2017, p. 81. Un análisis numérico de la situación se encuentra en COBEN, J. R. y THOMPSON, P. N., «Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11, 2006, pp. 43-146, esp. pp. 73-77.

<sup>9</sup> NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Labor prevista y posible labor futura: Tercera parte Propuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América: labor futura del Grupo de Trabajo II*, Doc. A/CN.9/822,

4. Algunos estudios estadísticos desarrollados en los últimos años<sup>10</sup> apoyan la idea de que la elaboración de este instrumento, alineado con la filosofía y soluciones del mencionado Convenio de Nueva York<sup>11</sup>, fomentaría, y haría más atractivo, el recurso a la mediación como medio para resolver las disputas comerciales internacionales<sup>12</sup>, al aportar certeza a las partes, asegurar mayor eficiencia a sus acuerdos y evitar duplicidades en el proceso de resolución de los eventuales litigios planteados, a la vez que se reducen los costes procesales<sup>13</sup>. De hecho, se señala que fue precisamente la aparición del texto neoyorquino lo que permitió al arbitraje alcanzar la actual situación de predominio frente a la mediación, el mecanismo de resolución de litigios comerciales internacionales más habitualmente utilizado con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial<sup>14</sup>.

5. Los datos estadísticos, empero, no resultan concluyentes<sup>15</sup>, y algunos autores hablan directamente del peso relativo que este eventual convenio tendría en la decisión final de las partes de acudir a la mediación para resolver sus disputas<sup>16</sup>.

6. Significativamente, además, esta opción favorable a la elaboración para la mediación de un Convenio en línea con el texto de Nueva York de 1958 no está exenta de críticas, al entenderse que añadiría complejidad y rigidez a una realidad que, por su propia naturaleza, ha de ser absolutamente flexible<sup>17</sup>. Afectando a elementos esenciales de la institución como es la confidencialidad<sup>18</sup>, y consolidando una idea «arbitral» de la mediación que puede resultar dañina y problemática para su futuro<sup>19</sup>.

---

de 2 de junio de 2014, CNUDMI, 47.º periodo de sesiones, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014, p. 3. En esta línea, STRONG, S. I., *op. cit.*, nota 4, p. 31, y WOLSKI, B., «Recent Developments in International Commercial Dispute Resolution: Expanding the Options», *Bond. L. Rev.*, vol. 13, 2001, pp. 245-272, esp. p. 248.

<sup>10</sup> Véanse STRONG, S. I., «Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation», *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 73, 2016, pp. 1973-2085, esp. pp. 2047-2063, y CHUA, E., «Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation», *SACIJ*, vol. 31, 2019, pp. 572-597, esp. pp. 573-574.

<sup>11</sup> Doc. A/CN.9/822, *op. cit.*, nota 9, pp. 3 y 4.

<sup>12</sup> DEASON, E. E., «Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?», *Dispute Resolution Magazine*, vol. 22, 2015, núm. 1, pp. 32-38, esp. p. 32.

<sup>13</sup> BOULLE, L., «International Enforceability of Mediated Settlement Agreements: Developing the Conceptual Framework», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, núm. 4, pp. 35-68, esp. p. 61; KOO, A. K. C., *op. cit.*, nota 8, pp. 82 y 86; WOLSKI, B., «Enforcing Mediated Settlement Agreements (MSAs): Critical Questions and Directions for Future Research», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, núm. 1, pp. 87-117, esp. pp. 100-106, y CHUA, E., *op. cit.*, nota 10, pp. 572-573.

<sup>14</sup> STRONG, S. I., *op. cit.*, nota 10, pp. 1980-1981.

<sup>15</sup> CHUA, E., «The future of international mediated settlement agreements: Of conventions, challenges and choices», *Tan Pan Online: A Chinese-English Journal on Negotiation*, Research Collection School of Law, Singapore Management University, 2015, pp. 1-11, esp. pp. 2-3.

<sup>16</sup> ALEXANDER, N., «Nudging Users Towards Cross-Border Mediation: Is it Really About Harmonised Enforcement Regulation?», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, núm. 2, pp. 405-418, esp. pp. 406 y 416, y PRIBETIC, A. I., *op. cit.*, nota 5, pp. 572-574.

<sup>17</sup> DEASON, E. E., *op. cit.*, nota 12, p. 33, y KOO, A. K. C., *op. cit.*, nota 8, pp. 86-87.

<sup>18</sup> Véase al respecto, BOULLE, L., *op. cit.*, nota 13, pp. 61-64.

<sup>19</sup> NOLAN-HALEY, J., *op. cit.*, nota 2, pp. 90-91.

7. La aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción<sup>20</sup> Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018), más conocida como la «Convención de Singapur sobre la Mediación»<sup>21</sup> supone un cambio notable en el actual estado de cosas. El texto, que ha recibido una cálida acogida por parte de algunos sectores<sup>22</sup>, plantea, sin embargo, dudas relevantes en lo referente a sus fundamentos. Así como problemas importantes en relación con las soluciones incorporadas y su articulación que, previsiblemente, afectarán a su viabilidad futura. En el presente artículo abordamos, en primer lugar, las bases teóricas sobre las que se sustenta la Convención de Singapur, aproximando de forma crítica su validez y las consecuencias que de ellas se desprenden. Para, seguidamente, valorar en concreto las distintas soluciones incorporadas en el texto convencional.

## 2. JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTOS DE UN CONVENIO DE NUEVA YORK PARA LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN

8. Los intentos de articular una respuesta armonizada en relación con la eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación habían ofrecido resultados muy escasos hasta el momento. Así, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional de 2002<sup>23</sup>, en su art. 14, se limita a remitir a lo señalado, en su caso, por los distintos Estados promulgantes<sup>24</sup>.

9. Por su parte, en el seno de la UE, el art. 6.1 de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos as-

<sup>20</sup> Una denominación, en línea con la recogida en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación internacional, que resulta inexacta y equívoca, en cuanto combina dos nociones jurídicamente independientes y no necesariamente interrelacionadas, como son transacción y mediación. Amén de no encontrar acomodo en las normativas sobre mediación o conciliación de nuestro entorno (nótese ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 294 y ss.), y contrastar con las denominaciones recogidas en otras versiones lingüísticas —«*accords de règlement internationaux issus de la médiation*» o «*International Settlement Agreements Resulting from Mediation*»—. En el texto usaremos de forma indistinta la expresión «acuerdo de mediación» y la oficial de «acuerdo de transacción». Nótese igualmente que, dependiendo de la publicación en inglés o en español un mismo autor puede aparecer con uno o dos apellidos.

<sup>21</sup> Los trabajos desarrollados por el Grupo de Trabajo II (GTII) de la CNUDMI llevaron a la aprobación, por primera vez, de un texto doble: un convenio y una reforma de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación internacional de 2002. Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018), [https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation) (todos los enlaces existentes en el texto se entienden visitados por última vez con fecha 25 de octubre de 2019).

<sup>22</sup> Véase, por todos, CHUA, E., «The Singapore Convention on Mediation - A Brighter Future for Asian Dispute Resolution», *Asian Journal of International Law*, vol. 9, 2019, pp. 195-205, esp. pp. 203-204.

<sup>23</sup> [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf).

<sup>24</sup> Véase CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, Nueva York, Naciones Unidas, 2004, p. 55, marginal 88. Nótese CHUA, E., *op. cit.*, nota 10, pp. 574-575. En relación con alguna propuesta formuladas de carácter privado, CHUA, E., *op. cit.*, nota 15, pp. 4 y ss.



pectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>25</sup>, obliga a los Estados miembros a garantizar «que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación», limitando de forma estricta los motivos que impedirían que el «contenido de tal acuerdo» se haga «ejecutivo»<sup>26</sup>. El acuerdo escrito resultante de la mediación carece de fuerza ejecutiva *per se*, y en la práctica, y de manera muy mayoritaria en el continente, esta última se vincula a su previa homologación por una autoridad pública, ya sea juez o notario<sup>27</sup>. Igualmente, y aunque en otro plano normativo, tampoco en Estados Unidos la *Uniform Law Commission* logró incorporar en la *Uniform Mediation Act* de 2001<sup>28</sup> una norma sobre ejecución, a pesar de los intensos debates existentes al respecto<sup>29</sup>.

10. La mudanza generada por la aprobación del texto de Singapur es doblemente relevante. Desde un punto de vista formal —ya ha sido apuntado— se produce una alteración del *statu quo* existente, ofreciéndose por primera vez un texto relativo a la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación. Desde un punto de vista sustantivo, el Convenio asume un cambio radical en la aproximación a la naturaleza de estos acuerdos, al asentarse sobre la clara premisa de la conversión del compromiso —estrictamente privado— alcanzado por escrito por las partes en el marco de una mediación con elementos de internacionalidad, en un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva directa en el elenco de países que eventualmente la ratifiquen.

## 2.1. Arbitraje, mediación y la vía neoyorquina

11. La propuesta formulada por la delegación de Estados Unidos, en 2014, proponía a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) la elaboración de un Convenio «multilateral

<sup>25</sup> DO L núm. 136, de 24 de mayo de 2008. Nótese, igualmente, el considerando 19.

<sup>26</sup> En concreto, que el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, o que la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

<sup>27</sup> Véanse, por todos, ESPLUGUES, C., «Civil and Commercial Mediation in the EU after the Transposition of Directive 2008/52/EC», en ESPLUGUES, C., *Civil and Commercial Mediation in Europe*, vol. II. *Cross-Border Mediation*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 485-771, esp. pp. 717-727; ESPLUGUES, C. e IGLESIAS, J. L., «Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU», *The Implementation of the Mediation Directive*, Bruselas, Directorate General for Internal Policies Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, 2016, pp. 70-94, esp. pp. 81-87, y NAVAS GLEMBOTZKY, J. R., «El *enforcement* del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones», *InDret*, 2014, núm. 2, pp. 1-35, esp. pp. 18 y ss.

<sup>28</sup> <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=45565a5f-0c57-4bba-bbab-fc7de9a59110>.

<sup>29</sup> Véanse DEASON, E. E., «Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide», *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, 2005, pp. 553-592, esp. pp. 584 y ss., y CHUA, E., *op. cit.*, nota 15, p. 4. Existen, sin embargo, diversas soluciones estatales que sí lo permiten, STIPANOWICH, Th. J., «The Arbitration Penumbra: Arbitration Law and the Rapidly Changing Landscape of Dispute Resolution», *Nevada Law Journal*, vol. 8, 2007, pp. 427-473, esp. p. 448, nota 177.

sobre la ejecutoriedad de los acuerdos internacionales de transacción comercial concertados por la vía de la conciliación, con el fin de alentar la conciliación del mismo modo en que la Convención de Nueva York facilitó la expansión del arbitraje»<sup>30</sup>. Se trataba, en suma, de reproducir su filosofía y sus términos respecto de la mediación.

12. La CNUDMI concluyó sus trabajos en febrero de 2018, siendo aprobado el texto del Convenio por la Asamblea General de la ONU en diciembre de ese mismo año. La ceremonia de firma se desarrolló el 8 de agosto de 2019 en Singapur, contando en estos momentos con 51 signatarios, entre los que se incluyen a Estados Unidos y la RPC. Sin que lo haya firmado ningún miembro de la UE hasta hoy<sup>31</sup>.

13. Aun siendo innegablemente atractiva, la proposición de aplicar la vía neoyorquina a la mediación presenta, sin embargo, debilidades importantes en cuanto a su fundamentación teórica y a su engarce con la realidad de esta institución. Problemática que se ve acentuada por la oscuridad de las específicas soluciones diseñadas en el texto de Singapur.

14. El arbitraje y la mediación coinciden en el hecho de ser, ambos, mecanismos de resolución alternativa de justicia. Sin embargo, más allá de esta coincidencia, sus bases, su desarrollo y sus resultados son notablemente diferentes y responden a principios, filosofías y objetivos diversos<sup>32</sup>. Generando, igualmente, resultados diferenciados. El arbitraje concluye con un laudo elaborado por un árbitro, o tribunal arbitral, dotado de autoridad cuasi-jurisdiccional, que es impuesto a la parte que «pierde» el arbitraje, y que es doblemente susceptible de ejecución. En primer lugar, en cuanto de forma generalizada el laudo es considerado un título equivalente a una sentencia y se ve dotado de su misma eficacia. Y, en segundo, en la medida en que, al venir elaborado por un tercero imparcial, el árbitro, incorporará habitualmente un conjunto de obligaciones, delimitadas, acordes a la ley y susceptibles de ser ejecutadas.

15. En contraste con ello, un acuerdo alcanzado en el marco de una mediación, o fuera de ella, es el fruto de un compromiso libre de las partes, en el que no hay una parte perdedora, derivando su fuerza del consentimiento de estas. Si dicho acuerdo —dotado, generalmente, de naturaleza estrictamente contractual— no es cumplido de forma voluntaria, en la mayoría de los sistemas nacionales habrá de acudir a los tribunales para solicitar su ejecución<sup>33</sup>.

16. Estas diferencias tienen una necesaria incidencia en el proceso de ejecución de una y otra realidad, más aún cuando se pretende hacerlo en un país distinto de aquel en que se concluyó el acuerdo.

<sup>30</sup> Doc. A/CN.9/822, *op. cit.*, nota 9, p. 3.

<sup>31</sup> Véase [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status).

<sup>32</sup> Por todos, BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 159 y ss.

<sup>33</sup> Véase ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, nota 20, pp. 318 y ss.

## 2.2. El carácter contractual del acuerdo de mediación y su ejecución

17. Como decimos, de forma mayoritaria, el acuerdo concluido por las partes en el marco de una mediación se ve atribuida naturaleza contractual en el plano comparado. El acuerdo carece de fuerza ejecutiva *per se*, siendo la normativa contractual la que aporta los mecanismos para el cumplimiento, voluntario, de los términos, expresos e implícitos, recogidos en el mismo. En caso de que alguna de las partes no lo honre, habrá de acudir a los tribunales estatales para exigir su cumplimiento<sup>34</sup>.

18. Esta posición mayoritaria encuentra alguna excepción, sobre todo en Iberoamérica, donde ciertas legislaciones dotan al acuerdo de fuerza ejecutiva directa. Tal es el caso de Argentina<sup>35</sup>, Brasil<sup>36</sup>, Ciudad de México<sup>37</sup> o Perú<sup>38</sup>. En los casos de Bolivia<sup>39</sup>, Ecuador<sup>40</sup> y Colombia<sup>41</sup> se explicita, además, que el acta de conciliación contará con efectos de cosa juzgada<sup>42</sup>. Junto a ello, en otros lugares, como California, India o la República Popular China, el acuerdo concluido por escrito y firmado por las partes y el mediador se equipara a un laudo arbitral «*and shall have the same force and effect as a final award in arbitration*»<sup>43</sup>.

19. Fuera de estos supuestos aislados, la fuerza ejecutiva del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de una mediación viene habitualmente subordinada a la previa homologación de este por el juez y, en ciertos lugares, por el notario. O, caso de haberse pactado un convenio arbitral, mediante su formalización en un laudo arbitral<sup>44</sup>.

20. Estas soluciones mantenidas en el plano interno cuentan con una proyección directa al ámbito internacional. Cada una de las realidades mencionadas, documento público, resolución judicial o laudo arbitral, disfrutan de su propia naturaleza, peculiaridades y efectos, y está sometida, en cuanto a su posible eficacia extraterritorial, a un régimen normativo peculiar.

<sup>34</sup> ESPLUGUES, C., «General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation - Global Comparative Perspectives», en ESPLUGUES, C. y MARQUIS, L., *New Developments in Civil and Commercial Mediation. Global Comparative Perspectives*, Heidelberg, Springer, 2015, pp. 1-88, esp. pp. 68-69; WOLSKI, B., *op. cit.*, nota 13, pp. 93-99, y BOULLE, L., *op. cit.*, nota 13, pp. 57-58.

<sup>35</sup> Art. 30 de la Ley 26.589 de Mediación y Conciliación de la Nación.

<sup>36</sup> Art. 20 de la *Lei de mediação*.

<sup>37</sup> En relación con la Ciudad de México, art. 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

<sup>38</sup> Art. 16 de la Ley de Conciliación 26.872.

<sup>39</sup> Art. 237 CPC y art. 34 de la Ley de Conciliación y Arbitraje.

<sup>40</sup> Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>41</sup> Art. 66 de la Ley 446/1998, ahora compilado en el art. 3 del Decreto 1818/1998.

<sup>42</sup> Por todos, véase ESPLUGUES MOTA, C., *op. cit.*, nota 20, pp. 327-336.

<sup>43</sup> *Cal. Code of Civil Proc.*, tít. 9.3, § 1297.401. Véase, en el caso de la India, *The arbitration and Conciliation Act*, 1996, S. 64, y la Ley de Arbitraje de 1991, art. 51.II, en el supuesto de la RPC.

<sup>44</sup> ESPLUGUES, C., *op. cit.*, nota 34, pp. 70-73. Algunas legislaciones diseñan, igualmente, mecanismos abreviados o acelerados de ejecución de naturaleza diversa que, sin embargo, no dejan de plantear problemas teóricos y prácticos. Nótese en tal sentido, ANDERSON, D. Q., «Litigating Over Mediation - How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements?», *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 105-134, esp. pp. 131-132, y CHUA, E., *op. cit.*, nota 10, pp. 577-578 y 595-596.

1) Ello supone en la práctica que en el supuesto de que el acuerdo de mediación haya sido incorporado en una resolución judicial o transacción judicial, ya sea como consecuencia de una mediación intraprocesal o, a partir de una acción con base en el acuerdo alcanzado en una mediación extraprocesal, esta vendrá sometida al elenco de convenios —e instrumentos comunitarios en el caso de la UE— que vinculen al concreto Estado en que se pretenda su eficacia. Y, en ausencia de ellos, se estará a lo dispuesto por la normativa nacional de dicho lugar<sup>45</sup>.

2) Similares soluciones se reputarían de aquellos supuestos en los que el acuerdo concluido por las partes en el marco de una mediación se encontrara incorporado en un documento público<sup>46</sup>.

3) Por su parte, la tercera posibilidad, aquella referida a la inclusión del acuerdo alcanzado por las partes en un laudo arbitral, presenta particularidades propias. La aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 al reconocimiento y ejecución de los laudos que los recojan constituye una premisa que, sin embargo, se ve directamente afectada, a tenor del mandato del art. 1 del texto convencional, por la necesidad de verificar la previa existencia de una «diferencia»<sup>47</sup>.

21. La compleja situación apuntada plantea problemas teóricos y prácticos a la parte que desea hacer efectivo el acuerdo obtenido. A las dificultades generadas por la pluralidad de regímenes jurídicos aplicables se añaden los costes, dificultades y retrasos que cualquiera de estas tres vías supone para unas personas que, recordemos, resolvieron su disputa a través de la mediación. Ello afecta a la idea misma de la mediación como un mecanismo sencillo, económico, seguro y previsible de resolver las disputas surgidas en el comercio internacional<sup>48</sup>. Y pone de manifiesto, se dice, la necesidad de diseñar un convenio que ofrezca un entorno normativo cierto, previsible y eficaz para la ejecución de los acuerdos logrados por las partes en el marco de una mediación.

22. Un marco que permita a las partes ahorrar costes y tiempo y que, por ende, coloque a la mediación en condiciones de igualdad con el arbitraje y los tribunales estatales en relación con la resolución de las controversias comerciales transfronterizas. Previsiblemente, dicho Convenio no tendría que ser usado de forma habitual en la práctica, pero supondrá un incentivo para acudir a la mediación, al asegurar su eficacia extraterritorial<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Un análisis en profundidad de esta cuestión se encuentra en CHUA, E., *op. cit.*, nota 10, pp. 578-584. Véase, igualmente, WOLSKI, B., *op. cit.*, nota 5, p. 253.

<sup>46</sup> Respecto de Europa, véase ESPLUGUES, C. e IGLESIAS, J. L., *op. cit.*, nota 34, pp. 83-85.

<sup>47</sup> Véanse KRYVOI, Y. y DAVYDENKOT, D., «Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement», *Brook. J. Intl. L.*, vol. 40, 2015, pp. 827-868, esp. pp. 850-854; MA, W. J.-M., «Enforcing Mediated Settlement Agreements under the New York Convention: From Controversies to Creativities», *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, núm. 1, pp. 69-86, esp. pp. 75 y ss.; CHUA, E., *op. cit.*, nota 10, pp. 584-594, y SUSSMAN, E., *op. cit.*, nota 1, pp. 11-12, ampliando esta posibilidad a la aplicabilidad de ciertas legislaciones nacionales.

<sup>48</sup> DEASON, E. E., *op. cit.*, nota 12, p. 33.

<sup>49</sup> SCHNABEL, T., «The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Recognition and Enforcement of Mediated Settlements», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 19, 2019, núm. 1, pp. 1-60, esp. p. 4.

### 2.3. La superación del marco de referencia actual: la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva

23. En este estado de cosas, y como cuestión de partida, la apuesta por una solución en línea con la diseñada por el Convenio de Nueva York para los acuerdos de mediación «extranjeros» exige asumir que, debido a su distinta naturaleza, el proceso de ejecución de estos no es similar, ni sigue la misma lógica, que el de un laudo arbitral. Y que, consecuentemente, introducir la peculiar realidad de la mediación en un discurso de reconocimiento/ejecución plantea importantes problemas teóricos de base, atendida la condición autocompositiva de la mediación y el carácter estrictamente contractual atribuido mayoritariamente al acuerdo de mediación. A la vez que genera relevantes cuestiones prácticas para cualquier texto futuro, si este no justifica de manera suficiente las claves sobre las que se asienta, y procede, además, a articular una respuesta normativa clara y elaborada que evite cualquier tipo de dudas, y asegure un alto nivel de seguridad jurídica. Algo que, como veremos, no logra la Convención.

24. El texto de Singapur responde a esta cuestión superando el marco dialéctico descrito, convirtiendo el acuerdo celebrado por las partes en un procedimiento de mediación con elementos de internacionalidad, en un título deslocalizado dotado de ejecución directa en aquellos países que eventualmente lo ratifiquen.

#### 2.3.1. *El ámbito de aplicación del Convenio de Singapur*

25. El Convenio de Singapur es aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes, con el fin de resolver una controversia comercial que, en el momento de celebrarse, posea la condición de internacional<sup>50</sup>. En este sentido, cada parte en la Convención, explicita el art. 3.1 «ordenará la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas» en el texto convencional.

Se trata, en suma:

- 1) De acuerdos concluidos por las partes, «por escrito»<sup>51</sup>.
- 2) Que sean resultantes de una mediación, entendiéndose por esta, «cualquiera que sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya enablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución»<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Véase art. 1.1.

<sup>51</sup> La noción de «por escrito» viene desarrollada en el art. 2.2 de la Convención, en línea con lo dispuesto en otros textos elaborados por la CNUDMI.

<sup>52</sup> Art. 2.3.

Resulta irrelevante la previa existencia, o no, de un acuerdo de las partes para someter la disputa a mediación, o el hecho de que hayan sido compelidos a ella por una autoridad. Lo único determinante es que el acuerdo haya sido libremente concluido por las partes con ayuda de un tercero, el mediador, que carece de capacidad de imposición, con independencia de su nivel real de involucración en el procedimiento<sup>53</sup>.

3) Se excluyen, en todo caso, tal como precisa el art. 1.3 del texto convencional, a aquellos acuerdos de transacción que hayan sido aprobados por un órgano judicial, o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial, y que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial. Igualmente, se excluyen los acuerdos incorporados a un laudo arbitral que sean ejecutables como tal. Se asume que ambas realidades, como ya fue apuntado, cuentan con su propio marco normativo aplicable respecto de las que se pretende evitar solapamientos<sup>54</sup>, a la vez que se apoya la realidad de las mediaciones extrajurisdiccionales.

4) La condición comercial<sup>55</sup> de la controversia zanjada implica la exclusión de las disputas de consumo o laborales, sectores donde existe una parte débil susceptible de protección, así como aquellas relativas al Derecho de familia o de sucesiones<sup>56</sup>.

5) El Convenio refiere a las controversias internacionales y, en tal sentido, la naturaleza internacional del acuerdo de mediación viene vinculada, al amparo de su art. 1.1, al hecho de que, en el momento de su celebración e independientemente de que este dato sea sobrevenido, al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tengan sus establecimientos en Estados diferentes. O, de no ocurrir así, que el Estado en que las partes en el acuerdo tienen sus establecimientos no sea aquel en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas de este, o en el que aparece más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción<sup>57</sup>.

La ausencia de definición de qué se entienda por establecimiento puede ser complementado atendiendo a otros textos elaborados por la CNUDMI y a su interpretación. Más complejo y relevante, empero, es la ausencia de precisión de lo que signifique aparecer «más estrechamente vinculado al objeto del

<sup>53</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 16-18.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>55</sup> La Convención no define qué se entiende por comercial, sin embargo, la Ley Modelo incorpora una definición amplia del término en su nota 2.

<sup>56</sup> Art. 1.2. Sí quedan incluidos los acuerdos en los que participan entidades gubernamentales, si cumplen los requisitos fijados por el Convenio. Salvo que el Estado, al tiempo de vincularse a este, declare lo contrario al amparo del art. 8.1.a) del propio texto convencional. En este sentido, llama poderosamente la atención, cómo la propia CNUDMI menciona los conflictos en materia de inversiones como uno de los sectores susceptibles de ser cubiertos por la Convención, CNUDMI, *Folleto informativo. Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación. Convención de Singapur sobre la mediación*, V.18-08437 (S), Viena, 2019, p. 3.

<sup>57</sup> Respecto de los supuestos de presencia de varios establecimientos, o de ausencia de estos, véase el art. 2.1 del Convenio, redactado en línea con lo señalado por el art. 10 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980.

acuerdo de transacción», dado que el título creado por el Convenio descansa, entre otros, en el carácter internacional de la mediación.

6) A todo lo anterior se une un sexto dato que no aparece recogido en el art. 1.1 de la Convención pero que resulta especialmente relevante: la ausencia consciente de referencia a la eventual «sede» de la mediación desarrollada y, correlativamente, al origen del acuerdo de mediación. Y su consecuente conversión en deslocalizado. En este sentido, el texto de Singapur, y a pesar de ser un tema controvertido durante las negociaciones<sup>58</sup>, va más allá del marco de referencia del propio Convenio de Nueva York, dejando atrás la distinción entre laudo nacional y extranjero que caracteriza a este último, a salvo de lo dispuesto en su art. I.1 *in fine*. Y, frente a una eventual referencia a los «acuerdos de transacción extranjeros», la Convención diseña un título esencialmente desvinculado de cualquier ordenamiento jurídico de referencia.

Esta opción supone una declaración de principios que cuenta con efectos relevantes en el funcionamiento del texto convencional, en la medida en que ni la mediación, ni tampoco el acuerdo derivado de ella, deben cumplir con los requerimientos fijados por ningún país de origen —p. ej., presencia de determinados mediadores registrados, o uso de ciertas instituciones o reglas de mediación—. Ni, en claro contraste con lo dispuesto por el Convenio de Nueva York, se prevé, tampoco, como regla general, Estado alguno que sirva de referencia a efectos del juego de los motivos de denegación «de las medidas» solicitadas al amparo del art. 5 del texto de Singapur<sup>59</sup>.

De hecho, y a la vista de la disociación existente entre la posición mantenida por la Convención y las presentes en la mayoría de los Estados, donde el acuerdo de mediación cuenta con una naturaleza contractual, se estarían generando dos niveles de normatividad que, llevados hasta sus últimas consecuencias, podrían conducir a que un mismo acuerdo de mediación, internacional, concluido por las partes en un Estado contratante, siga manteniendo su condición contractual y, por tanto, requiera eventualmente de su previa homologación por las autoridades de este para que produzca efectos en su territorio. Mientras que si lo que se pretende es ejecutarlo en el territorio de otro Estado parte aparecerá directamente dotado de fuerza ejecutiva al amparo del texto de Singapur<sup>60</sup>.

### **2.3.2. Las bases dogmáticas del nuevo título creado por el Convenio de Singapur**

26. La limitación del objeto de la Convención de Singapur a la ejecución de acuerdos por escrito alcanzados por las partes en el marco de una media-

<sup>58</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 21-22.

<sup>59</sup> Véase 3.3 *infra*.

<sup>60</sup> La irrelevancia de la sede de la mediación podría conllevar, incluso, en línea con lo previsto en el art. I.1 *in fine* del Convenio de Nueva York, que determinados acuerdos de mediación internacionales fuesen ejecutados en el país donde se adoptaron a través de la Convención. Algo no valorado por el legislador pero que la práctica, de seguro, se encargará de suscitar en su momento.

ción internacional trasluce un claro mensaje de apoyo de la mediación, a la vez que delimita y especifica el ámbito de aplicación del texto convencional<sup>61</sup>.

27. La opción formulada, sin embargo, soslaya cualquier referencia a las bases teóricas sobre las que se articula la conversión de este tipo de acuerdos, una realidad estrictamente privada generalmente dotada de una naturaleza contractual, en un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva. En otras palabras, se obvia la cuestión de justificar cuáles son las diferencias existentes, en lo relativo a su naturaleza, entre un acuerdo obtenido por las partes sin asistencia, o con asistencia, de un tercero que puede, o no, ser un mediador. Qué es lo que conduce, en definitiva, a que un acuerdo de mediación se vea dotado de fuerza ejecutiva y, sin embargo, exactamente el mismo compromiso, con las mismas obligaciones, alcanzado por las mismas partes en el marco de una negociación en la que no participa un mediador, carezca de ella.

28. Como ya ha sido apuntado, en gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, la presencia de un mediador no altera la condición contractual del acuerdo concluido por las partes. Estamos en todo caso ante un contrato que vincula a las partes que lo han alcanzado y que, por tanto, carece de fuerza ejecutiva por sí mismo, exigiendo de su previa homologación por una autoridad pública —juez o notario— o árbitro, para verse dotado de ella, tanto si se trata de una disputa nacional o con elementos de internacionalidad<sup>62</sup>. La Convención, empero, se aparta de esta posición y asume que, por el hecho mismo de alcanzarse el acuerdo en el marco de una mediación y con la participación —activa o no— de un mediador, estaríamos ante una realidad peculiar, distinta de la meramente contractual, que requiere, por tanto, de soluciones propias, al menos, en el plano internacional. Y ello, con independencia de las distintas modalidades de mediación existentes en la práctica y del nivel de involucración del mediador en el éxito de la mediación<sup>63</sup>.

29. Esta condición peculiar que acompaña a este tipo de acuerdos descansaría en distintos motivos de naturaleza diversa<sup>64</sup>:

1) En primer lugar, las partes estarían concluyendo el acuerdo de mediación porque existe una disputa a la que este da respuesta, tras un procedimiento iniciado y continuado de buena fe y de forma voluntaria. Algo que no se da habitualmente en la realidad negocial o estrictamente contractual.

2) Además, frente a lo que ocurre en el arbitraje, en el que un tercero impone su decisión a las partes, aquí son ellas las que alcanzan un acuerdo de forma voluntaria.

3) El acuerdo se elabora en el marco de un procedimiento estructurado y desarrollado en consonancia con ciertas normas procedimentales mínimas,

<sup>61</sup> Intentando limitar, de paso, la prevención que puedan mostrar ciertos Gobiernos hacia el texto. Véase DEASON, E. E., *op. cit.*, nota 12, p. 34.

<sup>62</sup> Véase 2.2 *supra*.

<sup>63</sup> Nótese al respecto, BOULLE, L., *op. cit.*, nota 13, pp. 49-56.

<sup>64</sup> Al respecto, LO, Ch.-F., *op. cit.*, nota 8, pp. 123-124 y 132, y KOO, A. K. C., *op. cit.*, nota 8, pp. 83-84.



en el que la presencia del mediador, un tercero genuinamente neutral, sin interés alguno en la disputa, asegura un nivel esencial de seguridad en el desarrollo del procedimiento, y evita la posibilidad de fraude en el uso de la mediación por litigantes ficticios, o que el acuerdo alcanzado lo sea como consecuencia de la coacción.

4) Todas estas peculiaridades, que no se encuentran presentes en un entorno estrictamente comercial, conllevarían un especial daño para quien se ve compelido a acudir a las autoridades para ver ejecutado —o dotado de fuerza ejecutiva— un acuerdo que se ha alcanzado libremente por las partes en el marco de una mediación, consumiendo tiempo y dinero en su desarrollo. Y que, tras la mediación, además, se encuentran con una disputa adicional.

30. El Convenio de Singapur asume que la participación de un mediador en la solución del conflicto convierte al contrato concluido por las partes en una categoría única de acuerdos comerciales —aquellos alcanzados al amparo de una mediación internacional—. Y que ello justifica el otorgamiento de un tratamiento privilegiado a la misma, dotándosele, en consecuencia, de eficacia directa, y pudiendo circular libremente al amparo del Convenio de Singapur<sup>65</sup>. Esta fuerza derivaría de la autonomía de la voluntad de las partes en el doble sentido de que son ellas las que concluyen el acuerdo con la ayuda de un tercero en el seno de una mediación, y, además, aceptan su cumplimiento.

31. Sin embargo, el hecho de que la negociación se desarrolle en el marco de una mediación con la presencia de un mediador no parece que añada nada, *per se*, a la naturaleza contractual del acuerdo celebrado, ni que lo convierta en un tipo especial de contrato<sup>66</sup>. No es este un argumento suficiente para atribuirle una condición especial, dotándolo de fuerza ejecutiva más allá de su condición de negocio *inter partes* puramente privado. Cuanto menos, este tratamiento privilegiado resulta controvertido.

32. No solo no estamos ante un tercero que, como ocurre al referir a mecanismos heterocompositivos, como el arbitraje o los tribunales estatales, resuelve el litigio e impone la solución a las partes. La actuación del mediador es meramente facilitativa, carente de las funciones cuasijudiciales del árbitro sin que, salvo contadas excepciones<sup>67</sup>, pueda proponer nada a las partes que son, en última instancia y como en cualquier otro contrato, las que deciden embarcarse en una mediación, y las que culminaron un acuerdo que solo ellas elaboran, y solo a ellas les pertenece y les vincula<sup>68</sup>.

33. Más aún, la intervención de los mediadores no está sometido al mismo régimen de incompatibilidades y responsabilidad de los árbitros y su

<sup>65</sup> Nótese, SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, p. 11.

<sup>66</sup> Véanse ZELLER, B. y TRAKMAN, L., «Mediation and Arbitration: the Process of Enforcement», *Uniform Law Review*, vol. 24, 2019, núm. 2, pp. 449-466, esp. p. 458, y DEASON, E. E., *op. cit.*, nota 29, p. 591.

<sup>67</sup> ESPLUGUES, C., *op. cit.*, nota 34, p. 50.

<sup>68</sup> ZELLER, B. y TRAKMAN, L., *op. cit.*, nota 66, p. 459, y ANDERSON, D. Q., *op. cit.*, nota 45, p. 107.

conducta puede, incluso, resultar heterodoxa desde parámetros judiciales o arbitrales<sup>69</sup>. Hasta el punto de que el resultado final alcanzado por las partes «*is measured not by substantive fairness according to existing legal principles, but by the parties' private considerations*»<sup>70</sup>.

34. Junto a ello, además, la normativa arbitral diseña, de forma general, un conjunto de reglas sobre la conformación, anulación y ejecución del laudo arbitral que no se recogen habitualmente en la normativa en materia de mediación<sup>71</sup>, que es mera potencialidad y cuyo acuerdo alcanzado en el marco de ella viene estrictamente vinculada al derecho de las obligaciones y a la voluntad de las partes.

35. Con independencia de las tensiones que pueda generar esta naturaleza dual que acompaña al compromiso elaborado por las partes en un procedimiento de mediación —contrato concluido entre las partes, a la vez que resultado de una mediación—<sup>72</sup> el acuerdo concluido por las partes seguiría siendo mayoritariamente aproximado como un contrato que les vincula salvo que el legislador, ya sea nacional o internacional, diga lo contrario. Y justo esto es lo que lleva a cabo el Convenio de Singapur.

### 3. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

36. La Convención de Singapur tiene como objeto fijar un marco normativo claro y eficaz para el «*recognition and enforcement*» de los acuerdos de mediación concluidos por escrito, que resuelvan una disputa comercial internacional, «*akin to the framework that the 1958 New York Convention provides for arbitral awards*»<sup>73</sup>. Para lograrlo, el Convenio, como hemos observado, supera el marco conceptual existente hasta el momento, convirtiendo al acuerdo de mediación —acuerdo privado— en un título dotado de fuerza ejecutiva. Significativamente, sin embargo, al verse encajada en una dialéctica de reconocimiento/ejecución, esta nueva realidad da lugar a la presencia de ciertas disonancias en el texto convencional<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> STIPANOWICH, Th. J., *op. cit.*, nota 29, pp. 445-447, y ZELLER, B. y TRAKMAN, L., *op. cit.*, nota 66, p. 458.

<sup>70</sup> ANDERSON, D. Q., *op. cit.*, nota 45, pp. 107-108.

<sup>71</sup> STIPANOWICH, Th. J., *op. cit.*, nota 29, p. 447.

<sup>72</sup> Y de la eventual relevancia que alguna jurisprudencia nacional haya podido otorgar a este hecho, al entender que la regulación de esta categoría de acuerdos desde un punto de vista estrictamente contractual no toma en consideración la participación del mediador, ni la especial satisfacción que todo el proceso genera en las partes. Considérese ANDERSON, D. Q., *op. cit.*, nota 45, pp. 110-111 y 117 y ss.

<sup>73</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, p. 1.

<sup>74</sup> La dependencia de la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación en la voluntad de las partes se traduce en la posibilidad ofrecida por el art. 8.1.b) de la Convención a los Estados parte de declarar que esta se aplicará «solo en la medida en que las partes en el acuerdo de transacción hayan consentido en que se aplique». Igualmente, ha de considerarse que las partes también podrían haber decidido la no aplicación del Convenio y que, por tanto, la solicitud de medidas tendría que ser rechazada al amparo del art. 5.1.d) del texto convencional.

### 3.1. «Reconocimiento» y «ejecución» de los acuerdos de mediación

37. A diferencia de lo que hace el Convenio de Nueva York de 1958, y este es un elemento objetivamente destacable, la Convención de Singapur no incorpora en su título referencia alguna al reconocimiento o ejecución de los acuerdos concluidos por las partes en una mediación, refiriéndose, sin más, a los «acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación».

38. Más aún, el texto de Singapur obvia cualquier alusión explícita al reconocimiento. Y tan solo en una ocasión cita a la ejecución en su articulado, en concreto, en el art. 3.1<sup>75</sup>, al obligar a las partes en el Convenio a ordenar «la ejecución» de este tipo de acuerdos. En el resto del texto se hace mención a otros términos que, o bien resultan absolutamente vagos e intrincados —«hacer valer», recogido en el art. 4— o, sin más, son desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico —«otorgamiento de medidas», presente en el art. 5—.

39. La ausencia de referencia al reconocimiento y la mención singular a la ejecución plantea dudas sobre el objeto real de la Convención de Singapur y sobre sus bases dogmáticas. Con respecto a la primera cuestión, tan solo la Resolución de la Asamblea General aprobando la Convención apunta de forma explícita y clara que tanto esta como la modificación de la Ley Modelo de 2002<sup>76</sup>, tienen por objeto «ofrecer a los Estados normas uniformes sobre la ejecución transfronteriza de los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación». En relación con la segunda, del análisis de las soluciones incorporadas pareciera derivarse que el Convenio obvia el axioma de que no puede haber ejecución sin previo reconocimiento<sup>77</sup>.

#### 3.1.1. Reconocimiento

40. La propuesta formulada en su día por la delegación de Estados Unidos en la CNUDMI buscaba concluir un texto referido al reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación, en línea con lo que el Convenio de Nueva York de 1958 hace respecto de los laudos arbitrales. Sin embargo, a lo largo del proceso de elaboración de la Convención de Singapur, y tras amplios debates, se desechó la referencia al reconocimiento. Las objeciones planteadas por algunas delegaciones —especialmente la de la UE— y las aparentes controversias existentes en relación con el exacto significado del término «reconocimiento», llevaron a la CNUDMI a obviar cualquier alusión explícita a dicho término, optándose por una opción aparentemente más funcional, consistente en admitir, en el art. 3.2, la posibilidad de utilizar el acuerdo de

<sup>75</sup> Un artículo, el 3, que se rubrica de forma críptica, «Principios Generales».

<sup>76</sup> Citado en nota 26 *supra*.

<sup>77</sup> Nótese GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2019, p. 247.

mediación concluido como defensa frente a una acción iniciada por alguna de las partes en la disputa<sup>78</sup>.

41. En tal sentido, y sin hacer referencia al eventual valor de cosa juzgada que acompaña al reconocimiento<sup>79</sup>, el precepto explicita que, en caso de surgir una controversia acerca de una cuestión que una parte alegue que ya ha sido resuelta mediante un acuerdo de transacción, «la parte en la Convención deberá permitir a la parte invocar el acuerdo de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención, a fin de demostrar que la cuestión ya ha sido resuelta».

42. A pesar de la escasa claridad del texto, no se trataría de una mera invocación documental planteada de conformidad con las reglas procesales del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se alega el acuerdo, sino que estaríamos ante un mecanismo de defensa en su sentido pleno, motivado por la existencia de un título —el acuerdo— que se entendería, de cumplir con los requisitos previstos en el texto convencional, como habiendo terminado la controversia. Lo que implicaría dotarlo *de facto* con efectos de cosa juzgada<sup>80</sup>. En todo caso, el reconocimiento de una resolución extranjera, como término genérico, implica dejar valer en el foro los efectos que tal decisión tiene en el país en que se dictó<sup>81</sup>. Y en el texto convencional, el origen del acuerdo de mediación constituye un factor desconocido e irrelevante.

### 3.1.2. *Ejecución*

43. El art. 3.1 del texto convencional explicita la obligación que acompaña a cada parte en el Convenio de ordenar «la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención». El mandato es genérico, y no toma en consideración el tipo de mediación desarrollada, ni la amplia tipología de obligaciones susceptibles de ser incorporadas en los posibles acuerdos, y que, por ejemplo, no siempre responden a parámetros legales o incluyen obligaciones monetarias —una disculpa, un compromiso de actuar de otra forma— que cuentan con una ejecución futura o difícil de concretar —incorporan exigencias de hacer uso de buenas prácticas en futuras relaciones comerciales, compromisos sometidos a aprobaciones de terceros o dependientes de la

<sup>78</sup> Al respecto, nótese SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 35-37.

<sup>79</sup> IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Lección 8.ª Eficacia extraterritorial de sentencias y documentos públicos extranjeros: el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y documentos públicos con fuerza ejecutiva», en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, 13.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 278-330, esp. p. 279.

<sup>80</sup> Véase SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 40-41.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 10.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2018, p. 220.

conducta de un tercero, incluso, acuerdos de acordar algo en el futuro—, o que no resuelven la totalidad de la cuestión<sup>82</sup>.

44. En contraste con lo que ocurre en el Convenio de Nueva York de 1958, el tenor del precepto, y el análisis del proceso de elaboración del texto convencional, resaltan algo ya mencionado: la irrelevancia del país de origen del acuerdo de mediación. En tal sentido, la inexistencia de una sede de la mediación conduce a que no se prevea ningún tipo de revisión por las autoridades del eventual país de origen ni, tampoco, que se exija que cuente con fuerza ejecutiva allí<sup>83</sup>.

45. Como ha sido ya apuntado, el art. 3 será la única ocasión que el articulado del Convenio de Singapur menciona el vocablo «ejecución». En los siguientes preceptos se habla de «hacer valer» y de «solicitar medidas», arts. 4 y 5 respectivamente, sin que se profile su significado o se concrete el tipo de medidas referidas.

### 3.2. Requisitos formales para «hacer valer» un acuerdo de mediación

46. El art. 4 del Convenio de Singapur especifica unas exigencias formales, que desde un principio se pretendieron mínimas, con vistas a «hacer valer» un acuerdo de mediación.

47. El precepto plantea de partida la cuestión del significado atribuible a la propia noción de «hacer valer» el acuerdo. Cabe entender que se estaría haciendo una mención a la solicitud de ejecución, así como al uso del acuerdo de mediación con carácter defensivo<sup>84</sup>. Se trataría esta, sin embargo, de una mera suposición. Estamos ante una terminología desconocida, en España y en los países de nuestro entorno<sup>85</sup>, que, previsiblemente, planteará todo tipo de problemas interpretativos en el futuro, atendida su generalidad y ausencia de significado jurídico real.

48. El art. 4 incluye un listado cerrado, y mínimo, de exigencias documentales, con vistas a favorecer al máximo la circulación de los acuerdos de mediación. En tal sentido, el precepto señala que la parte que «desea hacer valer un acuerdo de transacción de conformidad con la presente Convención»

<sup>82</sup> Véase PHILLIPS, F. P., «Concerns on the New Singapore Convention», *mediate.com*, octubre de 2018, <https://www.mediate.com/articles/phillips-concerns-singapore.cfm>. Igualmente, nótese ANDERSON, D. Q., *op. cit.*, nota 45, p. 129; BOULLE, L., *op. cit.*, nota 13, pp. 62-63, y SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 4 y 12-13. La proyección al ámbito de la ejecución de esta premisa conllevaría la exigencia de que la autoridad encargada de valorar su eventual ejecución no la aproxime a partir de criterios estrictamente jurídicos (ANDERSON, D. Q., *op. cit.*, nota 45, p. 130).

<sup>83</sup> Lo que, en ambos casos, se entiende que implicaría introducir un doble control del acuerdo alcanzado por las partes, KOO, A. K. C., *op. cit.*, nota 8, p. 91.

<sup>84</sup> Aunque generalmente se obvia esta segunda posibilidad, véase CHUA, E., *op. cit.*, nota 22, p. 198.

<sup>85</sup> Que no resulta coincidente con la presente en otras versiones lingüísticas: «*Conditions requises pour se prévaloir d'un accord de règlement*», en la versión francesa, o «*Requirements for reliance on settlement agreements*», en la inglesa.

deberá presentar a la autoridad competente de la parte en la Convención en que «se soliciten medidas» al amparo del art. 5:

1) El acuerdo de transacción, por escrito —recordemos— y firmado por las partes.

El carácter escrito del acuerdo, y ello es relevante a la hora de abordar las exigencias formales exigidas para darle efecto, no supone que estemos ante un único documento. La realidad práctica demuestra que puede haber una pluralidad de documentos —p. ej., un juego de correos electrónicos o referir a un número indeterminado de anexos—, lo que puede afectar a la concreción de las exactas obligaciones a ejecutar.

No se exige, expresamente, la firma del mediador; un requisito recogido en un número amplio de legislaciones nacionales<sup>86</sup> y que, significativamente, contrasta con la posición mantenida por muchos mediadores que rechazan participar en la elaboración del acuerdo o firmarlo. O que, incluso, declinan hacer comentario alguno sobre su eventual intervención en un procedimiento con objeto de asegurar la confidencialidad. Es más, algunos mediadores fijan en sus condiciones contractuales este dato para evitar problemas de responsabilidad, ser llamados como testigos en futuros procesos o, sin más, contravenir la normativa sobre el ejercicio de la abogacía<sup>87</sup>.

2) Pruebas de que el mencionado acuerdo se alcanzó como resultado de la mediación, premisa esencial, insistimos, sobre la que se ancla el texto convencional.

El hecho de que el acuerdo de mediación se vea atribuido a una naturaleza privilegiada precisamente por el hecho de haberse logrado en el marco de una mediación, exige evitar potenciales fraudes, a través de la verificación de que esta efectivamente existió. En tal sentido, el art. 4.1.b) aporta un elenco abierto de ejemplos de lo que pueden constituir estas pruebas: *a)* la firma del mediador en el acuerdo de mediación; *b)* un documento firmado por el mediador en el que se indique que realizó la mediación; *c)* un certificado expedido por la institución que administró la mediación, o *d)* en ausencia de las anteriores, «cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable»<sup>88</sup>.

3) Junto a ello, si el acuerdo de transacción no estuviera redactado en un idioma oficial de la parte en la Convención en que se soliciten medidas, la autoridad competente podrá pedir una traducción del acuerdo a ese idioma<sup>89</sup>.

4) Adicionalmente, y como válvula de seguridad ante eventuales situaciones complejas, la autoridad competente podrá exigir cualquier documento

<sup>86</sup> Véase SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, p. 29.

<sup>87</sup> Al respecto, PHILLIPS, F. P., *op. cit.*, nota 82, y SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, p. 31.

<sup>88</sup> El significado de «firmado» por las partes o por el mediador viene desarrollado de forma amplia en el numeral 2 de este art. 4.

<sup>89</sup> Art. 4.3.

que sea necesario para verificar que se han cumplido los requisitos establecidos en la Convención<sup>90</sup>.

En todo caso, afirma el apdo. 5 del art. 5 del texto convencional, la autoridad a la que se soliciten las medidas deberá actuar con celeridad.

49. La lectura del art. 4 manifiesta que el listado de requisitos incorporado se entiende exhaustivo, sin que pueda ser ampliado por el Estado en que el acuerdo se pretende «hacer valer», independientemente de lo que esto signifique finalmente. Esta aproximación, empero, parece matizarse por algunos autores respecto de ciertos tipos de acuerdos de mediación: en concreto, de los relativos a bienes inmuebles. A pesar del silencio del texto al respecto, durante la negociación del Convenio de Singapur se señaló que el cumplimiento de las exigencias fijadas por el art. 4 sería suficiente, de partida, para exigir a una parte, si así se ha pactado en el acuerdo, que proceda a transferir la titularidad de un inmueble a la otra. Sin embargo, se añade, el tenor del precepto no impediría a la autoridad del Estado donde está radicado el bien, requerir el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales necesarios para la transmisión de la titularidad del bien fijadas por su legislación<sup>91</sup>.

50. En el caso de España, por ejemplo, y al amparo del art. 3 LH, solo pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad los títulos consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Un requisito interpretado de forma muy estricta por la DGRN, que ha considerado de forma reiterada que la homologación judicial de un acuerdo transaccional no altera su naturaleza de documento privado, requiriendo para su inscripción su previa elevación a escritura pública notarial<sup>92</sup>.

51. En consonancia con tal interpretación, esta exigencia de elevación del acuerdo a documento público sería factible en el marco del Convenio. Sin embargo, una vez más, se trata puramente de una interpretación doctrinal que, además, a la vista del taxativo mandato del art. 3.1 del Convenio de Singapur<sup>93</sup>, fuerza a valorar, de forma adicional, el potencial recurso al orden público, recogido en el art. 5.2.a)<sup>94</sup> del texto convencional.

<sup>90</sup> Art. 4.4.

<sup>91</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 33-34.

<sup>92</sup> Entre otras muchas, RRDGRN de 25 de febrero de 2014, de 19 de julio, 13 de octubre y 30 de noviembre de 2016, de 30 de mayo o de 3 de noviembre de 2017 o de 30 de mayo y 6 de junio de 2018.

<sup>93</sup> Por otro lado, el art. 4 debe analizarse en conjunción con el mandato del art. 6 en el que, de nuevo, se incorpora una rúbrica imaginativa que habla de «solicitudes o reclamaciones paralelas». Una rúbrica que, siguiendo la versión inglesa —«*Parallel applications or claims*»—, y el contenido del precepto, aparece vinculada al ejercicio de acciones en relación con el acuerdo alcanzado por las partes en el marco de una mediación. En tal sentido, señala el precepto que, en el caso de presentarse ante un órgano judicial, un tribunal arbitral o cualquier otra autoridad competente, una solicitud o reclamación relativa a un acuerdo de transacción que pueda afectar a las «medidas solicitadas de conformidad con el art. 4», la autoridad competente de la parte en la Convención en que se soliciten esas medidas podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión y también podrá, a instancia de una de las partes, ordenar a la otra que otorgue garantías apropiadas.

<sup>94</sup> Dadas las limitaciones que parecen atribuirse al art. 5.1.b)i). Véase 3.3.2 *infra*.

### 3.3. Motivos de denegación del otorgamiento de medidas

52. El art. 5 del texto de Singapur, rubricado «Motivos para denegar el otorgamiento de medidas», concreta las causas que pueden dar lugar a la denegación de tales medidas por parte de la autoridad competente del Estado en que estas se soliciten. Dos primeros y relevantes rasgos merecen resaltarse del precepto.

1) En primer lugar, el término «otorgar medidas» —traducción al español de «*to grant relief*»— es desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, resultando tan vago como indescifrable. Qué significa exactamente otorgar medidas, de qué tipo de medidas se trata, con qué objeto se adoptan estas medidas, a quiénes exactamente afectan son, todas, cuestiones que surgen al leer el precepto, y que no encuentran respuesta alguna en el texto convencional.

El término puede significar todo y nada en concreto a la vez, sin que, desde luego, su uso favorezca la certeza o la seguridad jurídica. Alguna doctrina entiende, de forma razonable, que estamos ante el enunciado de los motivos de oposición a la ejecución<sup>95</sup> que, en nuestro caso, podríamos extender también al uso del acuerdo con carácter defensivo. La lectura del precepto, y su encaje en el texto convencional a través de su relación con los arts. 3 y 4 podría sustentar esta opinión. Sin embargo, una vez más, se trata de una suposición que, si bien puede haber sido mencionada en los debates del GTII<sup>96</sup>, no encuentra soporte explícito en el texto convencional.

2) En segundo lugar, el GTII consideró que los motivos incorporados debían ser limitados, exhaustivos, diseñados en términos genéricos y fáciles de llevar a la práctica<sup>97</sup>. El listado incorporado en el precepto refleja, en línea con lo que ocurre en el art. V del Convenio de Nueva York, la voluntad de reducirlos al máximo. En todo caso las causales del art. V del texto neoyorquino, diseñadas para el ámbito arbitral, no son directamente extrapolables a la mediación, de ahí que exigieran un proceso de adaptación que ha implicado modificaciones<sup>98</sup> y, en contraste con aquel, la incorporación de algunas causas susceptibles de una interpretación subjetiva.

53. El art. 5 de la Convención recoge un listado cerrado articulado en línea con la estructura presente en el art. V del Convenio de Nueva York. Se distingue así entre motivos alegables a instancia de parte, y verificables por la autoridad competente de otorgar las «medidas» solicitadas.

<sup>95</sup> CHUA, E., *op. cit.*, nota 22, p. 200.

<sup>96</sup> Véase SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 38 y 41.

<sup>97</sup> CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 63.º periodo de sesiones (Viena, 7 a 11 de septiembre de 2015)*, Doc. A/CN.9/861, 49.º periodo de sesiones, Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2016, p. 18, párr. 93.

<sup>98</sup> Nótese, STEELE, B. L., «Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention», *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, núm. 5, pp. 1385-1412, esp. pp. 1399-1411, y ZELLER, B. y TRAKMAN, L., *op. cit.*, nota 66, pp. 459-460.



### 3.3.1. *Motivos alegables a instancia de parte*

54. El art. 5.1 precisa que la autoridad competente de la parte en la Convención en que se soliciten medidas, de conformidad con el art. 4, podrá negarse a otorgarlas a instancia de la parte contra la cual se pidan, solo en el caso de que esa parte proceda a suministrar a la autoridad competente prueba de la presencia de distintos motivos recogidos en el precepto. Motivos de naturaleza diversa, que afectan a la capacidad de las partes para concluirlo, al contenido y validez del acuerdo y a las obligaciones en él incorporadas, o a la conducta del mediador durante la mediación.

#### a) *Motivos que afectan a la capacidad de las partes para concluir el acuerdo*

55. El art. 5.1.a) del Convenio de Singapur refiere como primera causa de denegación de las medidas solicitadas, el hecho de que una de las partes en el acuerdo de transacción cuente con algún tipo de incapacidad. El motivo conecta con el recogido en el art. V.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958. Sin embargo, presenta una diferencia fundamental con aquel por cuanto al entenderse el acuerdo de mediación como deslocalizado —al carecer la mediación de «sede» y el acuerdo de «origen»— la incapacidad se entiende en términos absolutos, sin venir reputado de ley alguna que permita determinarlo. Algo que, tratándose de una mediación internacional, plantea la importante cuestión de saber de qué incapacidad se trata, y como va a cotejarse esta, sin que sea viable dotarle de una naturaleza autónoma.

#### b) *Motivos referidos al acuerdo concluido por las partes*

56. La letra b) del art. 5.1 aporta un conjunto de motivos referidos al acuerdo alcanzado por las partes, como causas de denegación de las «medidas» solicitadas. En este sentido:

1) Recoge como primera razón de denegación el hecho de que el acuerdo de transacción que se pretende hacer valer es nulo, ineficaz o no puede cumplirse con arreglo a la «ley a la que las partes lo hayan sometido válidamente» (atendida la ley del país en que se pretende que produzca efectos, podríamos añadir nosotros). O, si esta ley no se indicara en el acuerdo, según «la ley que considere aplicable la autoridad competente de la parte en la Convención en que se soliciten medidas» de conformidad con el art. 4<sup>99</sup>. Lo que, de nuevo, podría suponer la incorporación, o no, de una referencia a las normas de Derecho internacional privado de la autoridad a la que se solicitan las medidas.

El motivo refiere al acuerdo mismo, sin que pueda ser ampliable al cumplimiento de ciertos requisitos fijados por la ley de la autoridad a la que se

---

<sup>99</sup> Art. 5.1.b)i).

soliciten las medidas: motivos tales como la exigencia de registro de los mediadores que han participado, que se hayan aplicado determinadas reglas a la mediación, o ciertos requisitos de forma, o de elevación a documento público<sup>100</sup>. Recordemos, en este sentido, lo antes mencionado con respecto a los acuerdos de mediación que afectan a bienes inmuebles.

2) La segunda causa de denegación refiere al carácter no vinculante del acuerdo, o su condición de no definitivo, según lo estipulado en el propio acuerdo. En otras palabras, las partes no querían, y así lo manifestaron en el acuerdo o se deriva de los términos de este, que fuera un pacto final vinculante para ellas.

De nuevo estamos ante un motivo que encuentra cierta similitud con el recogido en el art. V.1.e) del Convenio de Nueva York presentando, una vez más, relevantes diferencias con este, en la medida en que, una vez más, no hay mención a ley alguna para verificar su condición vinculante o definitiva, debiéndose atender estrictamente a su propio contenido, y a la voluntad de las partes que lo sustenta. Curiosamente, el título creado por el Convenio vuelve, ahora, a ver primada su dimensión contractual, aunque lo hace desde una perspectiva autointegradora, dado que será de la propia lectura del acuerdo del que se derivará su condición vinculante para las partes o para un tercero, y su naturaleza definitiva<sup>101</sup>.

Se trata, este, de un motivo diferenciado del referido al carácter no vinculante del acuerdo —previsto en el art. 5.1.b)iii), y abordado seguidamente—<sup>102</sup> y del que, en todo caso, cabría plantearse si no vendría ya cubierto por el mandato del art. 5.1.d) —ser la ejecución contraria a los términos del acuerdo— al que referiremos, igualmente, más adelante.

3) El art. 5.1.b)iii) apunta, por último, como motivo de denegación de las medidas solicitadas, el hecho de que el acuerdo presentado fue modificado posteriormente. Una causa que contará, previsiblemente, con una escasa aplicación, dado que la autoridad a la que se solicitan medidas habrá recibido, generalmente, la última versión del acuerdo de transacción firmado por las partes al amparo del art. 4.1.a) de la Convención.

### c) *Motivos referidos a las obligaciones recogidas en el acuerdo de mediación*

57. El apdo. c) del art. 5.1 se focaliza en las obligaciones recogidas en el acuerdo celebrado por las partes, apuntando como razones de denegación el hecho de que las obligaciones estipuladas en el acuerdo de transacción o bien se han cumplido ya, o no resultan claras o comprensibles.

58. El primer motivo es objetivo, el segundo permite un cierto grado de interpretación por la autoridad encargada de otorgar las medidas solici-

<sup>100</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, p. 44.

<sup>101</sup> Art. 5.1.b)ii).

<sup>102</sup> Y que también diferiría de aquellos casos, cubiertos por el art. 4.1.a), en que el acuerdo no ha sido firmado y, por tanto, no se entenderían válidamente concluidos.

tadas, en tanto en cuanto no parece referir a la mala o inexacta redacción del acuerdo, sino a aquellos concretos supuestos en que el tenor del texto no permite a la autoridad encargada de adoptar las medidas conocer de qué obligaciones exactamente se trata. De alguna manera, se intenta salvaguardar a la autoridad en aquellos supuestos en que no le queda claro qué «medidas» debe adoptar, al desconocerse qué obligaciones han de ejecutarse<sup>103</sup>.

59. En esta misma línea se encontraría el mandato del art. 5.1.d) que admite la denegación de las medidas solicitadas por una parte, por el hecho de que su otorgamiento «sería contrario a los términos del acuerdo de transacción». Un supuesto que referiría, por ejemplo, a una situación tipo en que las partes han pactado ante que autoridad se puede solicitar la adopción de medidas y resulta ser distinta a aquella ante la que efectivamente han sido estas solicitadas. O, si se exige la realización de ciertas actuaciones por las partes antes de solicitar tales medidas.

#### d) *Motivos referidos a la conducta del mediador*

60. Las dos siguientes causas previstas en el art. 5.1 de la Convención de Singapur se focalizan en la conducta desarrollada por el mediador a lo largo del procedimiento de mediación. Unos motivos que reciben una creciente mención en el plano interno<sup>104</sup>.

1) En concreto, en primer lugar, la letra e) de este art. 5.1 alude a que el mediador haya incurrido «en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción». Normas aplicables —la versión inglesa habla de «*standard*», no de «*law*», «*provision*», «*rule*» o similar, lo que le profiere una naturaleza mucho más amplia—, cuya naturaleza o ámbitos cubiertos no se especifican y que, de nuevo, no vienen referidas a país alguno, dado el carácter deslocalizado de la mediación internacional y del acuerdo alcanzado en el marco de esta.

La existencia de muy diversos modelos de mediación —facilitativa, evaluativa, transformativa— suscita, además, la cuestión de determinar a qué concretos «estándares» se está haciendo referencia, máxime si consideramos que no existen reglas uniformes en la materia. Y, más aún, la necesidad de fijar con claridad qué conducta del mediador constituye violación de dichos estándares, o quién está capacitado para probar este incumplimiento. Y si el mediador será llamado para acreditar que su conducta no constituyó tal

<sup>103</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, p. 48.

<sup>104</sup> Véase, al respecto, SUSSMAN, E., «The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement», en ROVINE, A. W. (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 343-359. Usamos la versión recogida en [https://sussmanadr.com/docs/Enforcement\\_Fordham\\_82008.pdf](https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf), pp. 1-24, esp. pp. 9-14.

violación de dichos estándares, con todos los problemas de afectación de la confidencialidad que ello conlleva.

Ello se vincula, además, con la exigencia de determinar qué significa «incumplimiento grave». Una noción indeterminada susceptible de encontrar entendimientos diversos en lugares distintos, máxime si se considera que la mediación es internacional y deslocalizada, que no viene referida a ningún estándar del lugar de origen, y que el país donde se pretenda hacer efectivo el acuerdo puede contar con sus propias reglas al respecto.

Adicionalmente, no basta con que se dé el incumplimiento, este debe aparecer ligado a través de un vínculo causal, no meramente relacional, con la decisión final de la parte de vincularse al acuerdo alcanzado: es, en suma, el incumplimiento el que ha viciado el consentimiento otorgado por la parte que alega el motivo.

2) Junto a ello, el art. 5.1.f) establece como causa adicional la no revelación a las partes, por parte del mediador, de «circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del mediador y el hecho de no haberlas revelado repercutió de manera sustancial o ejerció una influencia indebida en una de las partes, la cual no habría concertado el acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado».

Se trata, una vez más, de un motivo que no viene referido a ordenamiento jurídico o código de conducta alguno. Y que, en este caso, además, parece entrar en colisión con la realidad de la práctica de la mediación, en la medida en que el papel facilitativo del mediador, que no impone el acuerdo a las partes, incide sobre la exigencia de imparcialidad referible a este y, en todo caso, además, no resulta equiparable a la exigible a un árbitro.

Se trata, adicionalmente, no de cualquier circunstancia, sino de aquella que hubiera suscitado «dudas fundadas» —criterio ambiguo susceptible, una vez más, de una interpretación subjetiva— sobre la independencia del mediador, que repercuten de forma sustancial en la parte que, de otra forma, no hubiera suscrito el acuerdo de mediación. De nuevo, es imprescindible demostrar una relación de causalidad entre la no revelación y el acuerdo concluido por las partes<sup>105</sup>.

### **3.3.2. *Motivos estimables de oficio por la autoridad a la que se solicita la adopción de medidas***

61. En línea con lo recogido en el art. V del Convenio de Nueva York de 1958, el art. 5.2 de la Convención de Singapur introduce dos motivos de denegación de las medidas solicitadas de conformidad con el art. 4 estimables de oficio por la autoridad a la que se ha solicitado su adopción:

<sup>105</sup> SCHNABEL, T., *op. cit.*, nota 49, pp. 51-53.

1) El otorgamiento de las medidas solicitadas sería contrario al orden público de esa parte.

2) El objeto de la controversia no es susceptible de resolverse por la vía de la mediación con arreglo a la ley de esa parte.

El primero de los dos motivos resulta coincidente con el recogido en el art. V.2.a) del Convenio de Nueva York y, como consecuencia de ello, debería ser interpretado de manera acorde a este: esto es, de forma restrictiva y excepcional. En tal sentido, por ejemplo, el hecho de que la mediación no hubiera sido desarrollado por un mediador registrado, si esto es exigido en el país de ejecución del acuerdo, no sería susceptible de ser incardinado en este motivo<sup>106</sup>. Esta coincidencia es también reputable del segundo de los motivos, presente igualmente en el art. V.2.b) del texto de Nueva York.

#### 4. «NO SIEMPRE LAS BUENAS ACCIONES SON OPORTUNAS Y EFICACES»

62. Toda aproximación al Convenio de Singapur debe asumir como punto de partida la necesaria vinculación del proceso de codificación internacional con los valores jurídicos permanentes de seguridad y de justicia, que en su día resaltó Enrique Pecourt<sup>107</sup>. La idea sobre la que se asienta la Convención es original y bienintencionada y, desde un principio, nítida: emular al Convenio de Nueva York de 1958 en el ámbito de la mediación, en un intento de crear un modelo normativo claro y eficaz, que asegure la circulación de los acuerdos concluidos por escrito por las partes en el marco de una mediación comercial internacional. Sin embargo, de su lectura, no se deriva el logro de estos objetivos, y sí la introducción de elementos favorecedores de potenciales futuros conflictos<sup>108</sup>.

63. Las premisas sobre las que se asienta el texto resultan discutibles. Se apuesta por convertir lo que para la mayoría es un mero contrato privado concluido entre las partes, en un título dotado de fuerza ejecutiva intrínseca. Y ello, basándose exclusivamente en el hecho de que las partes han decidido resolver su disputa comercial internacional mediante el apoyo de un tercero en el marco de una mediación, con independencia de cuál sea el papel real jugado por este. El título creado es superior en fuerza al laudo arbitral en la medida en que, frente a este, la mediación carece de sede y, por tanto, con mínimas excepciones, no hay ningún ordenamiento jurídico al que referirlo a lo hora de fijar su naturaleza o especificar vías de control

<sup>106</sup> Véase ZELLER, B. y TRAKMAN, L., *op. cit.*, nota 66, pp. 460-464.

<sup>107</sup> PECOURT GARCÍA, E., «Prólogo», en ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), *Código de Derecho internacional privado español*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 15-18.

<sup>108</sup> En todo caso, debe tenerse en mente que el art. 7 de la Convención, en línea con el mandato del art. VIII del Convenio de Nueva York, afirma que este «no privará a ninguna parte interesada del derecho que pudiera tener a acogerse a un acuerdo de transacción en la forma y en la medida permitidas por la ley o los tratados de la parte en la Convención en que se pretenda hacer valer dicho acuerdo».

de su contenido y legalidad, descansando, sin más, en la mera voluntad de las partes.

64. Junto a ello, y desde un punto del contenido, estamos ante un texto dedicado al reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación internacionales que dedica gran parte de su articulado a ocultar este hecho. Silencia en su título cualquier referencia al reconocimiento o a la ejecución de dichos acuerdos, obvia una cita expresa a la noción de reconocimiento y tan solo en una ocasión se habla de ejecución. Optándose, por el contrario, por el uso de nociones vagas y carentes de cualquier significado tangible, como «hacer valer» o solicitar el «otorgamiento de medidas», cuya valoración negativa no puede exclusivamente convertirse en un problema de traducción. El porqué del uso de estos términos y cuál sea su significado exacto en la práctica es algo abierto a debate. En todo caso, no parece una buena base para el logro de esos valores de justicia y seguridad a las que debe responder el proceso de codificación internacional.

65. Resulta cada vez más complicado obviar la dimensión primordialmente económica que, en el momento actual, acompaña a un fenómeno originariamente jurídico como es el de las ADR, o su condición última de manifestación del Estado mínimo al que algunos siguen aspirando. En la dinámica actual, el apoyo a las ADR constituye una tendencia dotada de una amplísima aceptación y de un recorrido futuro previsiblemente amplio. En tal sentido, puede estarse abierto a propuestas radicales, como la que ofrece la Convención de Singapur, que busquen alterar de forma drástica *el statu quo* existente en relación con una concreta situación o institución; en este supuesto, la mediación. Pero en todo caso, la presumible bondad del objetivo buscado no exime, en modo alguno, de la necesidad de que cualquier propuesta formulada venga articulada sobre bases teóricas sólidas, y acompañado de respuestas normativas coherentes, claras y elaboradas que aseguren el logro de un mínimo de previsibilidad y certeza para los ciudadanos y para los operadores jurídicos. Ello es reputable del legislador nacional y, con más razón aún, si cabe, del internacional.

66. La búsqueda de la armonización internacional de legislaciones que adjetiva al proceso de codificación internacional no encuentra razón de ser, ni justificación, en sí misma. Y, en todo caso, resulta prescindible si el resultado final son textos oscuros y contradictorios, por no decir directamente ininteligibles, carentes de un mínimo nivel de calidad y sofisticación. Avanzar en el proceso de codificación internacional por el mero hecho del avance mismo carece de sentido si frente a las mencionadas ideas de seguridad y justicia lo que hacemos finalmente es sembrar la semilla de la falta de certeza y la inseguridad.

67. El Convenio de Singapur es un intento bienintencionado de avanzar hacia el reconocimiento de los acuerdos de mediación internacionales y, con ello, de fomentar el uso de la mediación para resolver las disputas comerciales internacionales. Tiene la enorme virtud de colocar a la media-

ción en la agenda legislativa, ofreciendo una apuesta de cambio radical. Sin embargo, la falta de fundamentación de la propuesta formulada y la forma abstrusa en que esta viene redactada oscurecen notablemente el resultado final. Y ello, previsiblemente, lastrará su mañana. Un futuro que, además, en el seno de la UE<sup>109</sup> vendrá adicionalmente marcado por la concreción de la competencia para su ratificación: los Estados o la UE. Una cuestión sobre la que, de seguro, de llegar el caso, ambos mantendrán posiciones contradictorias.

68. Atribuyen a Maquiavelo la frase que rubrica este apartado: «No siempre las buenas acciones son oportunas y eficaces». La lectura del Convenio de Singapur plantea si no estamos ante una de esos casos de acciones bienintencionadas —o no tanto— a las que refiere el maestro florentino.

## RESUMEN

### LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR DE 2018 SOBRE MEDIACIÓN Y LA CREACIÓN DE UN TÍTULO DESLOCALIZADO DOTADO DE FUERZA EJECUTIVA: UNA APUESTA NOVEDOSA, Y UN MAL RELATO

La crisis que acompaña al arbitraje comercial internacional en la actualidad favorece el recurso a otros mecanismos ADR, como es la mediación. Una institución que facilita a las partes un procedimiento simple, y la posibilidad de alcanzar soluciones aceptables para los implicados. Sin embargo, el análisis de la realidad manifiesta como este apoyo parece acotado al ámbito estrictamente interno y no así al transfronterizo, donde el recurso a la mediación sigue siendo muy escaso. Uno de los motivos que de forma recurrente se menciona como causante de esta situación, es la ausencia de un régimen internacional armonizado, que facilite la eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación, en línea con lo que ocurre con el Convenio de Nueva York de 1958 respecto del arbitraje.

La aprobación de la Convención de Singapur sobre la Mediación de 2018 supone un cambio notable del actual estado de cosas. El texto, que ha recibido una cálida acogida por parte de algunos sectores, plantea, sin embargo, dudas muy relevantes en cuanto a sus fundamentos. Así como problemas importantes en relación con las soluciones incorporadas y su articulación —en demasiadas ocasiones poco claras y carentes de elaboración— que, previsiblemente, afectarán negativamente a su viabilidad futura.

**Palabras clave:** mediación, ADR, mediación internacional, acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación, reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación, Convención de Singapur, Convención de Singapur sobre Mediación, Convenio de Nueva York.

---

<sup>109</sup> Respecto de la relación de la Convención con el Derecho de la UE, una cuestión que tiene una directa relación con la vinculación del texto convencional con los instrumentos de la UE en materia de reconocimiento y ejecución, nótese el mandato del art. 12.4 del texto convencional, en el que se explicita que la Convención «no prevalecerá sobre las normas de una organización regional de integración económica con las que entre en conflicto, con independencia de que esas normas se hayan aprobado o hayan entrado en vigor antes o después que la presente Convención: a) si, de conformidad con el art. 4, se solicitan medidas en un Estado que sea miembro de dicha organización y todos los Estados que resulten pertinentes conforme a lo dispuesto en el art. 1, párr. 1, son miembros de esa organización, ni b) en lo que respecta al reconocimiento o la ejecución de sentencias entre Estados miembros de dicha organización».

**ABSTRACT****THE 2018 SINGAPORE CONVENTION ON MEDIATION AND THE CREATION OF A DELOCALIZED ENFORCEABLE INSTRUMENT: AN INTERESTING PROPOSAL PLENTY OF DIFFICULTIES**

The crisis of international commercial arbitration favors the use of other ADR mechanisms, such as mediation. An institution that provides the parties, both, with a simplified procedure and the possibility to reach acceptable solutions for their disputes. However, this support seems to be restricted to domestic disputes, and not to cross-border ones, in which the use of mediation remains very scarce. One of the alleged reasons for this situation is the absence of a harmonized international regime that facilitates the extraterritorial enforcement of mediation settlements, in line with what happens with the Convention New York of 1958 as regards arbitration awards.

The enactment of the Singapore Convention on Mediation in 2018 represents a notable change in the current situation. Nevertheless, the Convention, which has received a warm welcome, raises very relevant doubts as to its foundations, as well as important problems in relation to its content and solutions, which often are unclear and lacking further elaboration.

**Keywords:** mediation, ADR, cross-border mediation, settlement agreements resulting from mediation, extraterritorial effects of settlement agreements, recognition and enforcement of settlement agreements resulting from mediation, Singapore Convention on Mediation, Singapore Convention, New York Convention of 1958.



## RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL: APORTES DEL CASO ARGENTINO

Laura GARCÍA MARTÍN\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LA DICTADURA ARGENTINA (1976-1983).—3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN JUSTICIA DE TRANSICIÓN.—4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PROCESO DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN ARGENTINO.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El golpe de Estado que derrocó al Gobierno de María Estela de Perón en 1976 dio paso a la instauración del autoproclamado régimen militar «Proceso de Reorganización Nacional», que ocupó el poder en Argentina hasta 1983. Si bien no era la primera vez que el país andino experimentaba un golpe militar en su historia reciente, esta última dictadura ha sido infamemente reconocida por la naturaleza y la magnitud de su aparato represivo, fundamentalmente diseñado para neutralizar a la oposición política a la vez que reformulaba las bases de su modelo productivo y económico<sup>1</sup>. La política económica estuvo significativamente influenciada por el carácter represivo del régimen, cuya maquinaria se puso en marcha a través de iniciativas y medidas que modificaron sustancialmente el paradigma de la distribución económica del país y del poder social, beneficiando directamente a una pequeña élite de empresas y grupos económicos afines al régimen. En muchos casos, las pruebas y los testimonios recogidos demuestran que las Fuerzas Armadas fueron apoyadas por tales empresas en el ejercicio del poder represivo

---

\* Profesora Doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en la Universidad de Sevilla e Investigadora Postdoctoral de la Universidad de Amberes, [lgarcia17@us.es](mailto:lgarcia17@us.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 25 de noviembre de 2019.

<sup>1</sup> VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P., «Introduction», en VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.), *The Economic accomplices to the argentine dictatorship. Outstanding debts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 1-16.

contra los trabajadores, incluso en los mismos predios empresariales donde se instauraron un importante número de centros clandestinos de detención. Los trabajadores y particularmente sus representantes sindicales, fueron en este sentido los principales objetivos del denominado *Terrorismo de Estado*<sup>2</sup>.

2. Sin embargo, el proceso de justicia de transición que comenzó en Argentina en 1984 una vez reinstaurada la democracia, no contempló estas cuestiones en sus primeras iniciativas. Generalmente, las estrategias de justicia transicional se han centrado en exigir responsabilidades y sancionar las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado y que estuviesen directamente relacionadas con la integridad física de las personas, por lo que los aspectos socioeconómicos y la participación actores no estatales —como las empresas— en tales violaciones se ha contemplado a menudo solo como parte del contexto o de los antecedentes del conflicto y no como causa o consecuencia del mismo. En este sentido, las primeras iniciativas del proceso de justicia de transición argentino estuvieron enteramente destinadas a la búsqueda de la verdad sobre el destino de los desaparecidos. Resulta por ello poco sorprendente que solo recientemente se haya puesto el foco de atención institucional a los cómplices económicos de la última dictadura argentina. Sin embargo, los procesos de justicia transicional deben abordar y examinar las causas fundamentales y subyacentes del conflicto para evitar su recurrencia en el futuro, así como identificar y sancionar las violaciones de derechos humanos y los actores que estuvieron implicados en las mismas, incluyendo a las empresas.

3. Este artículo examina las implicaciones de abordar la participación empresarial en violaciones de derechos humanos y su tratamiento en el marco de la justicia transicional. Se ilustra esta tarea a través del caso argentino, generalmente considerado como protagonista regional en el campo de la justicia de transición. Por tanto, a partir del contexto de la última dictadura argentina, este artículo examina cómo el proceso de justicia transicional ha abordado la participación de las empresas en las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen, así como aportará algunas ideas desde el marco internacional de Empresas y derechos humanos. Finalmente, se presentan unas reflexiones finales y algunas sugerencias para el futuro.

## **2. PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LA DICTADURA ARGENTINA (1976-1983)**

4. Son numerosas las investigaciones en las que ha quedado ampliamente demostrada la participación efectiva de ciertos sectores civiles en la última dictadura Argentina<sup>3</sup>. Tanto es así, que la misma ha sido referida en los últi-

---

<sup>2</sup> Según los datos recogidos por la Comisión de la Verdad, el 48,1 por 100 de los desaparecidos por la represión del Estado eran trabajadores y obreros. CONADEP Final Report, «Conclusions», 1984.

<sup>3</sup> Véase ASCIUTTO, A. E., HIDALGO, C. e IZAGUIRRE, I. (eds.), *Negocios y Dictadura. La conexión argentino-italiana*, Buenos Aires, Imago Mundi, 2017; *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa hu-*

mos años como dictadura cívico-militar<sup>4</sup>. A pesar de ello, los vínculos entre el aparato militar y aquellos sectores civiles que apoyaron el golpe y el sistema represivo del Estado no han comenzado a recibir atención institucional por parte de la práctica y la academia hasta hace muy poco, cuando se ha podido establecer cómo algunos de estos grupos económicos desempeñaron un papel fundamental en el desarrollo del régimen militar y su aparato represivo. Asimismo, la propia política económica implementada durante el *Proceso* denota la participación de las empresas en el diseño de la misma y supuso una modificación sustancial del paradigma del poder económico en el país, beneficiando directamente a una pequeña élite de corporaciones y grupos económicos. Un claro ejemplo de esta estrecha relación entre el sector privado y el gobierno militar puede observarse en el fenómeno de la circulación público-privada, a través del cual algunos de estos empresarios asumieron posiciones estratégicas en la administración pública y viceversa. Esto sucedió, por ejemplo, con Martínez de Hoz, quien era presidente de la compañía Acindar justo antes de ser nombrado ministro de Economía por la primera Junta Militar. Del mismo modo a la inversa, las compañías afines al régimen se beneficiaron de las transformaciones económicas implementadas por este, como por ejemplo, aquellas medidas adoptadas por el entonces Director del Banco Central, Domingo Cavallo, con el fin de aliviar la deuda interna de tales empresas, de las que al menos 68 corporaciones se beneficiaron nacionalizándose su deuda, entre ellas filiales de compañías multinacionales como Mercedes-Benz Argentina, Ford Motor Argentina, IBM Argentina, City Bank, Bank of America y Deutsche Bank<sup>5</sup>.

5. No obstante, la vinculación e intervención de ciertas empresas con el gobierno de la dictadura argentina fue más allá del simple beneficio económico. De hecho, algunas de las empresas más poderosas del país resultaron ser cómplices del régimen en el ejercicio del poder represivo del Estado contra los trabajadores, en algunos casos incluso dentro de los propios predios de las fábricas<sup>6</sup>. Tal represión estatal, como se ha mencionado anteriormente, no solo tenía por objetivo a los disidentes políticos, sino que también buscaba disciplinar a la clase trabajadora que había acumulado poder político y sobre todo social en las décadas anteriores bajo el mandato de Perón<sup>7</sup>. La evidencia también ha demostrado que el patrón de colaboración entre empleadores y las fuerzas represivas se repitió en un importante número de casos. Colaborando con las fuerzas militares, tales empresas pusieron en práctica una amplia gama de prácticas represivas que oscilaban entre proporcionar infor-

---

manidad. *Represión a los trabajadores durante el terrorismo de Estado*, t. I y II, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015. Disponible online en <http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/Responsabilidad-empresarial-en-delitos-de-lesa-humanidad-II.pdf>.

<sup>4</sup> Algunos autores incluso utilizan el término «dictadura militar corporativa». CELESTE PEROSINO, M., NÁPOLI, B. y BOSISIO, W. A. (coords.), *Economía, política y sistema financiero: la última dictadura cívico-militar en la Comisión Nacional de Valores*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comisión Nacional de Valores, 2013, p. 42.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>6</sup> *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a los trabajadores durante el terrorismo de Estado*, t. I, op. cit., nota 3, p. 1.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 2.

mación personal de los trabajadores a las fuerzas armadas, tales como su dirección personal, hasta suministrar activamente recursos logísticos así como vehículos oficiales. Algunos de los casos más significativos de participación corporativa incluyen empresas transnacionales como Ford Motors Argentina y Mercedes Benz, pero también empresas nacionales importantes como Ledesma, Acindar y Dálmine Siderca<sup>8</sup>. Si bien es cierto que la represión fue dirigida y principalmente llevada a cabo por las fuerzas armadas, contó con el apoyo activo de tales corporaciones, que llegaron en algunos casos a autorizar el establecimiento de centros clandestinos de detención y tortura dentro de sus predios fabriles<sup>9</sup>. La conocida como «Noche del apagón» ilustra acertadamente estos patrones de colaboración entre empresas, en este caso entre el Ingenio Ledesma y las fuerzas militares. Durante la noche del 27 de julio de 1976, la central eléctrica del General San Martín cortó el suministro mientras que las fuerzas militares y los capataces de Ledesma ingresaron ilegalmente y saquearon las casas de los trabajadores en las aldeas del Libertador San Martín y Calilegua. Utilizando vehículos propios de la compañía, más de 400 trabajadores y estudiantes fueron secuestrados. Tras varias sesiones de tortura e interrogatorios, las víctimas corrieron diferente suerte: algunos fueron liberados, otros enviados a estaciones de policía o cuarteles militares y de otros muchos no se ha vuelto a saber de su paradero.

6. El informe final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) ya señalaba la cuestión de que muchas de las víctimas eran de clase trabajadora, al igual que enfatizaba la existencia de arrestos y secuestros colectivos en los mismos puestos de trabajo. Algunos testimonios de los supervivientes señalaban cómo las empresas habían facilitado información, fotografías y listas con los nombres de los representantes y delegados sindicales que luego fueron secuestrados por el régimen<sup>10</sup>. Asimismo, el informe final de la CONADEP recogió como datos representativos en este sentido que el hecho de pertenecer a alguna asociación sindical llevaba consigo el riesgo de sufrir las medidas represivas del Estado, así como la conexión entre la pérdida de derechos laborales y las políticas económicas que transformaron la estructura económica Argentina<sup>11</sup>. Aquellos trabajadores considerados como «combativos» por reclamar el reconocimiento y garantía de sus derechos laborales constituían el principal objetivo de la dictadura. Del mismo modo, abogados laboristas como Norberto Centeno, conocido por ser autor principal de la Ley de Contrato de Trabajo, fueron también objeto de la represión estatal. Centeno fue secuestrado y asesinado en julio de 1977<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Véase BASUALDO, V., «Complicidad patronal-militar en la última dictadura argentina: Los casos de Acindar, Astarsa, Dálmine Siderca, Ford, Ledesma y Mercedes Benz», *Revista Engranajes de la Federación de Trabajadores de la Industria y Afines (FETIA)*, 2006, núm. 5, pp. 1-21.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 8-10.

<sup>10</sup> *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a los trabajadores durante el terrorismo de Estado*, op. cit., nota 3, p. 3.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Sobre estos eventos véase CELESIA, F. y WAISBERG, P., *La noche de las corbatas. Cuando la dictadura silenció a los abogados de los trabajadores*, Buenos Aires, Aguilar, 2016.

7. Con respecto a las políticas laborales, la dictadura promovió e implementó numerosas leyes que legalizaban la acción represiva del Estado y el control del Gobierno con respecto a las organizaciones sindicales, particularmente aquellas con más peso en la escena social, tales como la «Central General de Trabajadores» (CGT)<sup>13</sup>. Asimismo, el derecho de huelga fue suspendido para evitar que los trabajadores reclamasen por el respeto y la protección de sus derechos laborales y sociales. De este modo, la estructura nacional del movimiento laboral se fracturó. La clase trabajadora y los representantes sindicales eran sistemáticamente atacados por el aparato estatal, siendo las empresas y los grandes grupos económicos los principales beneficiarios del disciplinamiento y la desaparición de los trabajadores.

8. Al mismo tiempo, Leyes como la número 21.270 eliminaban los privilegios de los que hasta entonces gozaban los representantes sindicales y tomaron el control de la CGT, así como congelaron sus fondos, cuentas y activos bancarios. En noviembre de 1979, el gobierno militar adoptaba la «Ley de Asociaciones Gremiales de Trabajadores», que imponía importantes restricciones al ejercicio efectivo de la acción sindical, tales como fijar límites geográficos para las federaciones y disolver las grandes confederaciones sindicales. Además, prohibía a los sindicatos involucrarse en la administración de programas de salud o de garantía de bienestar. Asimismo, el derecho de negociación colectiva fue prohibido por la Ley 21.307, de manera que solo el poder ejecutivo podía autorizar y garantizar subidas salariales. Con estos datos, no resulta sorprendente que los salarios reales cayeran más de un 40 por 100 entre 1976 y 1977<sup>14</sup>. Con la adopción de la Ley 21.371, el gobierno ordenó la suspensión de todas las asambleas, congresos y procesos electorales dentro de las organizaciones sindicales. Como señala Héctor Recalde, la dictadura tenía la intención de prohibir cualquier espacio para la organización y la reflexión social<sup>15</sup>.

### 3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN JUSTICIA DE TRANSICIÓN

9. La práctica internacional evidencia que no existe un modelo paradigmático y satisfactorio de justicia transicional. Por el contrario, cada Estado presenta un contexto específico que condiciona necesariamente el desarrollo de los mecanismos e iniciativas propias de la justicia de transición. Sin embargo, lo que sí nos ofrece el Derecho internacional es una serie de principios de lucha contra la impunidad derivados de las obligaciones de los Estados

<sup>13</sup> Véase DELICH, F., «Después del diluvio, la clase obrera», en ROUQUIÉ, A. (comp.), *Argentina, hoy*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1982.

<sup>14</sup> BASUALDO, V., «La clase trabajadora durante la última dictadura militar argentina 1976-1983. Apuntes para una discusión sobre la resistencia obrera», *Comisión Provincial por la Memoria*, Dossier, 2010, núm. 13, p. 6.

<sup>15</sup> RECALDE, H., «Suppression of workers rights», en VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P., *op. cit.*, nota 1, pp. 217-234.

que deben servir de base jurídica sobre la que desarrollar cualquier proceso de justicia transicional<sup>16</sup>. Tales obligaciones pueden resumirse en cuatro bloques que se constituirían como sigue: *a)* el deber de investigar y dar a conocer sobre las violaciones de derechos humanos cometidas; *b)* el deber de reprimirlas y perseguirlas, así como identificar y castigar a sus responsables; *c)* el deber de reparar a las víctimas, y *d)* el deber de prevenir su recurrencia en el futuro<sup>17</sup>. Del conjunto de estas obligaciones y especialmente de la relativa a la persecución y sanción de los responsables de los abusos, podemos entender que la justicia de transición debe considerar el papel de aquellos que estuvieron involucrados en las violaciones de derechos humanos, incluso si los mismos fueron entidades empresariales.

10. Históricamente, los Tribunales Militares creados para juzgar los crímenes internacionales del nazismo tras la Segunda Guerra Mundial, no solo condenaron a los principales responsables y líderes militares, sino que también impusieron condenas penales a ciertos empresarios que habían colaborado con el régimen<sup>18</sup>. Aquellos procedimientos y las correspondientes sentencias suponen un precedente al considerar que las acciones de una empresa podían desencadenar su complicidad legal en las violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen nazi. Aunque en aquellos casos los acusados eran los presidentes, directores o administradores de la entidad y no la compañía como tal, su procesamiento demostró al mundo que se podrían establecer consecuencias legales derivadas de la cooperación entre los actores económicos y los gobiernos represivos o autoritarios, llegando incluso a incurrir en la comisión de crímenes internacionales<sup>19</sup>. Sin embargo, la mayoría de los procesos de justicia de transición posteriores a la Segunda Guerra Mundial orientaron sus mecanismos e iniciativas a las violaciones cometidas únicamente por el Estado o en su caso por los grupos armados que participaban del conflicto pero relevando a otro tipo de actores (como los del sector privado) a un segundo plano, evidenciando que la participación de las empresas en violaciones de derechos humanos cometidas en tales contextos represivos o en conflicto no se consideraba relevante *a priori* desde la perspectiva de las soluciones que podía ofrecer la justicia de transición<sup>20</sup>.

11. No obstante, algunos mecanismos propios de la justicia transicional y derivados de los principios internacionales anteriormente citados, han sido

---

<sup>16</sup> BONET PÉREZ, J. y ALJIA FERNÁNDEZ, R. A., «Impunidad, derechos humanos y justicia transicional», *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, Bilbao, 2009, núm. 53, p. 103.

<sup>17</sup> Estas obligaciones, enumeradas en la sentencia del caso *Velásques Rodríguez c. Honduras*, se relacionan ineludiblemente con los derechos de las víctimas reconocidos internacionalmente. Véase Corte IDH, caso *Velásques Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, serie C, núm. 4.

<sup>18</sup> *United States of America v. Carl Krauch et al.* («I. G. Farben Case»), 1948; *United States of America v. Friedrich Flick et al.* («The Flick Case»), 1948; *United States of America v. Alfried Krupp et al.* («The Krupp Case»), 1947.

<sup>19</sup> RAMASASTRY, A., «Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon -An examination of force labor cases and their impact on the liability of Multinational Corporations», *Berkeley Journal of International Law*, 2004, núm. 20, pp. 91-159.

<sup>20</sup> MICHALOWSKI, S., «Introduction», en MICHALOWSKI, S. (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013, pp. 1-6.

utilizados en determinados Estados para abordar la cuestión de la responsabilidad empresarial en tales contextos. De entre ellos, la Comisión de la Verdad<sup>21</sup> ha sido hasta ahora la herramienta que más ha contribuido a visibilizar la implicación de las corporaciones en las violaciones de derechos humanos cometidas en conflicto o bajo regímenes autoritarios dado que tienen generalmente la capacidad y la competencia para examinar las causas fundamentales del conflicto, los abusos que se cometieron y las entidades que participaron en ellos. En este sentido, el caso sudafricano se ha considerado paradigmático puesto que el papel de las corporaciones fue objeto de una audiencia especial en el seno de la Comisión, estimando la misma en su informe final que «las empresas fueron fundamentales para la economía que sostuvo al Estado sudafricano durante los años del *apartheid*»<sup>22</sup>. Asimismo, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Liberia también examinó el papel de las corporaciones durante el conflicto y se centró particularmente en los crímenes económicos y las violaciones de las leyes de derechos humanos en los que estaban involucrados<sup>23</sup>. La Comisión de Liberia reveló que el gobierno otorgó concesiones madereras para aumentar su fortaleza política para su propio beneficio y a cambio de armas<sup>24</sup>. Con respecto a los procesos judiciales, aunque las corporaciones no son penalmente responsables ante la Corte Penal Internacional (CPI) y en muchas jurisdicciones nacionales, las personas que trabajan para las corporaciones sí que pueden ser procesadas, juzgadas y castigadas cuando estén involucradas en abusos contra los derechos humanos. En cualquier caso, llevar a cabo procesamientos directamente contra las corporaciones como entidades y no contra los individuos que las dirigen sería una cuestión clave para dismantelar las estructuras económicas que hicieron posible los abusos contra los derechos humanos en el pasado y evitar que tales situaciones se repitan en el futuro<sup>25</sup>. Del mismo modo, la responsabilidad civil también puede ser un mecanismo útil y complementario en este sentido. Los tribunales nacionales e internacionales podrían ordenar a las corporaciones que paguen una indemnización por sus abusos o incluso apoyar el establecimiento de acuerdos relacionados con abusos cometidos bajo conflicto o represión, como ocurrió en el caso de *Doe v. Unocal*, donde las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial en el que la compañía acordó proporcionar fondos para programas en Myanmar para contribuir a la mejora de las condiciones de vida de las víctimas<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Que pueden recibir otros nombres como «comisión de investigación» o «comisión de reconciliación», BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., «Impunidad, derechos humanos y justicia transicional», *op. cit.*, nota 16, p. 155.

<sup>22</sup> South African Truth and Reconciliation Commission Final Report, Volume Four, Chapter II (1998): 5.

<sup>23</sup> Republic of Liberia Truth and Reconciliation Commission, Volume Three, Appendices, Title III: Economic crimes and the conflict, exploitation and abuse (2009).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> KREMNIETZ, M., «A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2010, núm. 8, pp. 909-918.

<sup>26</sup> El acuerdo se alcanzó en marzo de 2005, la apelación federal fue retirada y el caso fue desestimado voluntariamente. Véase CHAMBERS, R., «The Unocal Settlement: Implications for the Developing Law on Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Human Rights Brief*, 2005, núm. 13, pp. 14-16.

12. Además de los mecanismos y ejemplos anteriormente descritos, la responsabilidad empresarial puede abordarse dentro del proceso de reparación propio de la justicia transicional. Dado que las empresas son el motor económico de la sociedad, su inclusión en el proceso de transición podría contribuir a la reconstrucción del Estado. En el caso de Sudáfrica, por ejemplo, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación recomendó en su informe final, que las empresas llevaran a cabo una serie de medidas reparatorias que incluían entre otras, un «impuesto a la riqueza» único para las empresas que se beneficiaron del *apartheid*<sup>27</sup>. En cualquier caso, las reparaciones proporcionadas por las empresas no deberían limitarse a la compensación económica tradicional, sino que deberían incluir también cuestiones como la restitución, la rescisión de contratos e incluso la prohibición de su participación en nuevas licitaciones públicas. Asimismo, las reparaciones pueden incluir una disculpa pública o la construcción de monumentos a la memoria de las víctimas. Por otro lado, el papel de las corporaciones durante el conflicto o la represión también podría abordarse a través del proceso de reforma institucional. Aunque tradicionalmente las medidas de reforma institucional no han involucrado al sector empresarial, podría ser esencial para detener la impunidad corporativa por los abusos de los derechos humanos. Los Estados involucrados en los procesos de justicia de transición deben lidiar no solo con las violaciones de los derechos humanos cometidas, sino también con las estructuras que las hicieron posibles. En particular, las reformas legislativas son muy relevantes con respecto a las corporaciones, ya que la falta de regulación legal de sus actividades solo podría facilitar la comisión de abusos. En este sentido, sería deseable adoptar una legislación que regule particularmente la corrupción y los delitos económicos. Del mismo modo, los procesos de investigación de antecedentes pueden contribuir significativamente a abordar la responsabilidad corporativa al excluir a los actores privados de las concesiones públicas cuando estuvieron involucrados en abusos contra los derechos humanos en el pasado, lo que sería esencial como garantía de no repetición<sup>28</sup>.

13. En la actualidad, aunque las empresas y los grandes grupos económicos juegan un papel fundamental en la esfera internacional, particularmente aquellas que operan de manera transnacional, no existe un marco regulatorio uniforme para prevenir y mitigar el impacto negativo de la actividad empresarial en los derechos humanos. Sin embargo, la institucionalización del ámbito de «Empresas y Derechos Humanos» (*Business and Human Rights*) en el

---

<sup>27</sup> Sin embargo, el gobierno de Sudáfrica no implementó ninguna de las recomendaciones de la Comisión con respecto a las empresas, lo que supuso una decepción para las víctimas. Como consecuencia, en 2002, cuatro años después de la publicación del informe de la Comisión, se presentaron demandas en los Estados Unidos en nombre de las víctimas sudafricanas contra varias corporaciones multinacionales por alentar o participar en violaciones cometidas por el régimen del *apartheid*. Véase el caso *Khulumani v. Barclays* y el caso *Ntsebeza v. Dainler*.

<sup>28</sup> Véase SZOKE-BURKE, S., «Not Only "Context": Why Transitional Justice Programs Can No Longer Ignore Violations of Economic and Social Rights», *Texas International Law Journal*, vol. 3, 2015, núm. 50, pp. 465-494.



seno de Naciones Unidas ha contribuido notoriamente a que estas cuestiones se traten y reciban atención en el plano multilateral<sup>29</sup>. En 2005, tras el rechazo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a las *Normas sobre las Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos* (conocidas como «Las Normas») dos años antes<sup>30</sup>, el Profesor John Ruggie fue nombrado Representante Especial del Secretario General (SRSG) de las Naciones Unidas (ONU) en 2005 sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Su mandato, además de contribuir significativamente a impulsar el debate, culminó con la aprobación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (Principios Rectores) en 2011<sup>31</sup>. Si bien los Principios Rectores son considerados como un importante paso adelante en el camino hacia la exigencia de la responsabilidad internacional a las empresas, no han quedado exentos de críticas por aproximarse a la cuestión de una manera más laxa a como lo hacían las rechazadas *Normas*<sup>32</sup>.

14. Asimismo, con respecto a la exigencia de responsabilidades a las empresas en contextos de alto riesgo como son aquellos territorios afectados por conflictos armados o regímenes represivos, los Principios Rectores no proporcionan pautas claras para las empresas con el objetivo de que eviten incurrir en dicha responsabilidad. Únicamente recomiendan a los Estados tomar las medidas adicionales necesarias para asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en violaciones de los derechos humanos<sup>33</sup>. En cualquier caso, y a pesar de reconocer este riesgo, los Principios Rectores no hacen referencia expresa a la justicia de transición, lo que ha sido muy criticado por mantener un enfoque limitado de la cuestión en estos contextos especiales<sup>34</sup>.

15. El contenido del Principio 7 está dedicado expresamente a las áreas afectadas por conflicto. Sin embargo, no se establecen en sus disposiciones

<sup>29</sup> La noción de «Empresas y Derechos Humanos» como campo específico de estudio comenzó a institucionalizarse en la agenda multilateral a mediados de la década de 1970 con las negociaciones de un Código de Conducta para las corporaciones multinacionales, iniciativa que, sin embargo, fue abandonada pocos años después. UN Economic and Social Commission, Development and International Economic Cooperation: Transnational Corporations (1990) E/1990/94.

<sup>30</sup> Sub-commission on Promotion and Protection of Human Rights, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

<sup>31</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”», 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/31.

<sup>32</sup> Véase BILCHITZ, D., «The Necessity for a Business and Human Rights Treaty», *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2016, núm. 1, pp. 203-227.

<sup>33</sup> Principio Rector 7, «Supporting business respect for human rights in conflict-affected areas».

<sup>34</sup> AARONSON, S. A. y HIGHAM, I., «“Re-righting Business”: John Ruggie and the Struggle to Develop International Human Rights Standards for Transnational Firms», *Human Rights Quarterly*, 2013, núm. 35, pp. 333-364. Véase también MICHALOWSKI, S., «Due Diligence and Complicity- a Relationship in Need of Clarification», en DEVA, S. y BILCHITZ, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 218-242.

responsabilidades específicas para las compañías que operan en tales contextos<sup>35</sup>. Asimismo, el Principio 7 contiene recomendaciones generales con respecto a la evolución que pueda tener el régimen general de empresas y derechos humanos. Particularmente, hacen referencia a los desarrollos en el ámbito del Derecho penal internacional, así como la creación de la Corte Penal Internacional. Aunque la misma no tiene jurisdicción sobre las personas jurídicas y, por tanto, no puede juzgar a las empresas como entidades en sí mismas, se ha llamado la atención sobre la posibilidad de expandir la responsabilidad legal a las empresas, donde los crímenes internacionales se aplican a través de los sistemas legales nacionales<sup>36</sup>.

16. Por otro lado, es importante destacar que si bien los Principios Rectores se refieren al «impacto real y potencial de los derechos humanos»<sup>37</sup>, los comentarios subsiguientes señalan que las violaciones de derechos humanos «que ya han ocurrido deberían estar sujetas a remediación»<sup>38</sup>, lo que es especialmente relevante desde la perspectiva de la justicia de transición. No obstante, se deja en manos de los Estados, las empresas y el resto de actores implicados, si los hubiera, el establecer las obligaciones concretas que se derivan con respecto a violaciones pasadas de derechos humanos. Del mismo modo, los Principios ofrecen muy poca orientación con respecto a la cuestión de cómo los Estados deben regular las actividades empresariales para prevenir y mitigar los abusos contra los derechos humanos. En esta misma línea, poco aportan los Principios sobre la cuestión de las reparaciones, particularmente en los casos en los que la compañía no se considera responsable conforme a su legislación nacional. En tales circunstancias, los Principios dejan en manos de las empresas la decisión de participar o no en la remediación<sup>39</sup>.

17. Con respecto al desarrollo posterior, la implementación adicional de los Principios Rectores a nivel nacional incluye la adopción de los llamados Planes de Acción Nacional (PAN) por parte de los Estados. Son varios los países que ya han adoptado sus respectivos PANs, aunque con resultados diferentes. Si bien algunos Planes no contemplan las particularidades de las áreas afectadas por conflictos en sus textos, otros incluyen en sus planes disposiciones relacionadas específicamente con esas áreas y el Principio 7, como Suiza y Dinamarca, aunque se centran principalmente en el deber del Estado de proteger. En otros casos, como Colombia, y dado su contexto particular, la seguridad y la consolidación de la paz en áreas afectadas por conflictos es uno de los temas centrales en el PAN<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> PAUL, G. y SCHÖNSTEINER, J., «Transitional justice and the UN guiding principles on business and human rights», en MICHALOWSKI, S. (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, op. cit., nota 20, pp. 73-92.

<sup>36</sup> Principio Rector núm. 23, *Commentario*.

<sup>37</sup> Véanse, por ejemplo, Principios Rectores núms. 17 y 24.

<sup>38</sup> Principios Rectores núms. 17 y 19.

<sup>39</sup> Véase Principio núm. 1 y comentario al Principio núm. 22.

<sup>40</sup> Más información sobre los diferentes Planes de Acción Nacional puede encontrarse en la web del *Danish Institute of Human Rights*, disponible en <https://globalnaps.org/issue/conflict-affected-areas/>.

18. En cualquier caso, la posibilidad de que el panorama legal internacional incluya en el futuro la adopción de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos se discute en la actualidad en el seno de Naciones Unidas. Si bien las negociaciones están actualmente en curso, hasta ahora se ha prestado poca atención a la participación de las empresas en los abusos contra los derechos humanos cometidos bajo el autoritarismo y los conflictos armados. La justicia de transición no ha sido, por tanto, hasta la fecha un tema relevante dentro de las discusiones. Sin embargo, el *borrador cero* distribuido por la delegación de Ecuador sobre la adopción de un «Instrumento legalmente vinculante para regular, en el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales», proporciona al menos una breve mención a estos contextos refiriéndolos como «áreas afectadas por el conflicto»<sup>41</sup>. El Borrador Revisado (*Revised Draft*) de aquella primera propuesta<sup>42</sup>, además, incluye una lista detallada de los crímenes con respecto de los que los Estados deben garantizar mecanismos de responsabilidad civil, administrativa o penal para las empresas. Entre otros, el documento menciona los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, y la desaparición forzada<sup>43</sup>, obligando, por tanto, a los Estados a asumir compromisos concretos de exigencia de responsabilidad al menos con respecto a estos crímenes. Si el tratado fuese finalmente adoptado, podría contribuir a cumplir los objetivos de la justicia de transición al abordar las causas profundas de la impunidad que ha perpetuado la complicidad corporativa en situaciones de conflicto y autoritarismo<sup>44</sup>. Del mismo modo, definir y estandarizar dentro del texto del tratado los límites legales de la complicidad corporativa para los abusos de los derechos humanos cuando se opera en contextos de alto riesgo supondría un valor añadido y contribuiría significativamente a la consecución de los propósitos de la rendición de cuentas y la justicia de transición.

#### 4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL PROCESO DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN ARGENTINO

19. A pesar de que los primeros mecanismos de justicia de transición puestos en práctica en Argentina evidenciaron la participación de las empresas en las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura, no fue hasta años más tarde cuando este asunto comenzó a recibir atención

<sup>41</sup> El borrador cero sostenía que: «*Special attention shall be undertaken in the cases of business activities in conflict-affected areas including taking action to identify, prevent and mitigate the human rights-related risks of these activities and business relationships and to assess and address the heightened risks of abuses, paying special attention to both gender-based and sexual violence*», Section III, Article 15, para. 4, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

<sup>42</sup> Publicado por el Consejo de Derechos Humanos el 17 de julio de 2019.

<sup>43</sup> Art. 6 del Borrador Revisado.

<sup>44</sup> PAYNE, L. A., PEREIRA, G., DOZ COSTA, J. y BERNAL-BERMÚDEZ, L., «Can a Treaty on Business and Human Rights help Achieve Transitional Justice Goals?», *Homa Publica: Revista Internacional de Derechos Humanos e Empresas*, 2017, núm. 1, pp. 96-126.

política y por parte de la academia. De manera que, aunque los testimonios de las víctimas durante el trabajo de las audiencias de CONADEP y los juicios posteriores revelaron cómo las empresas participaron en las desapariciones y otras violaciones de derechos humanos, los primeros esfuerzos se centraron principalmente en conocer el paradero de aquellos que habían sido víctimas de desapariciones forzadas, asesinatos y torturas<sup>45</sup>. Asimismo, el propio informe final de la CONADEP registró numerosas violaciones de derechos laborales y cómo algunos centros de detención clandestinos se encontraban dentro de las instalaciones de ciertas empresas, como la fábrica de Ford en General Pacheco<sup>46</sup>. En aquel momento, sin embargo, el objetivo principal era conocer y revelar la verdad sobre la suerte de los desaparecidos.

20. Es importante resaltar en este sentido que la escena política del país ha ido marcando el ritmo del propio proceso de justicia transicional, tomando mayor relevancia las iniciativas destinadas a analizar el rol del sector privado durante la dictadura bajo el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015). En este periodo político, se llevaron a cabo numerosos estudios que evidenciaban un patrón de complicidad entre las empresas y el gobierno militar<sup>47</sup>, tales como la financiación del terrorismo de Estado por parte de entidades bancarias o casos en los que las empresas facilitaron e incluso solicitaron la desaparición de sus trabajadores<sup>48</sup>. Asimismo, el Congreso argentino adoptó en noviembre de 2015 la resolución para crear una Comisión Bicameral que investigase la complicidad empresarial con la dictadura militar, aunque la su implementación en la práctica quedó en el aire con la llegada de Macri a la Presidencia de la Nación<sup>49</sup>. En cualquier caso, los vínculos entre empresas y dictadura han quedado ampliamente documentados, por lo que la cuestión estriba entonces en cómo articular una respuesta eficaz para abordarlo desde la perspectiva de la justicia de transición.

21. Con respecto a las herramientas específicas de justicia de transición, la responsabilidad empresarial por abusos de derechos humanos en Argentina se ha tratado principalmente a través de mecanismos de verdad y justicia. Aunque con resultados irregulares, estos mecanismos han proporcionado vi-

---

<sup>45</sup> El informe de la CONADEP «Nunca Más» también destacó la existencia de centros de detención clandestina en el predio empresarial de «La Fronterita» en Tucumán. CONADEP Informe Final, Parte I La represión, E. Descripción de los Centros de detención ilegal.

<sup>46</sup> CONADEP Informe Final, Parte II, Las víctimas, H. Sindicalistas.

<sup>47</sup> En 2013 se publicó el libro *Cuentas Pendientes: los cómplices económicos de la dictadura Argentina*, editado por Horacio VERBITSKY y Juan Pablo BOHOSLAVSKY, por la editorial Siglo XXI. Una versión posterior y actualizada se publicó en inglés por Cambridge University Press en 2016. Asimismo, el informe «Responsabilidad Empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a los trabajadores durante el terrorismo de Estado», se publicó en 2015 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina.

<sup>48</sup> Tales como Citibank y el Banco de América. *Ibáñez Manuel Leandro y otros casos/Diligencia Preliminar*, Juzgado Nacional de 1.ª Instancia en lo Civil 34, Buenos Aires, núm. 95.019/2009; *Garrazone, Andrés c. Citibank NA y otros*, 2010, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal núm. 8, Buenos Aires, núm. 47736/10.

<sup>49</sup> Aunque aprobada por las Cortes, la Comisión no se ha puesto en marcha hasta la fecha. El texto original de su aprobación está disponible en [http://www.jus.gob.ar/media/1316031/proyecto\\_en\\_pdf.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/1316031/proyecto_en_pdf.pdf).

sibilidad a las víctimas a la vez que evidenciaron la implicación de las empresas en los abusos, lo que sin duda ha facilitado el camino para poder exigirles responsabilidad por sus actuaciones. En este sentido, el informe final de la CONADEP señaló que el 48 por 100 de las víctimas eran obreros<sup>50</sup>, destacando que «queda evidenciada la estrecha relación entre la actividad gremial y los consiguientes conflictos con la desaparición de personas»<sup>51</sup>. No obstante, la Comisión no ahondó en estas implicaciones socioeconómicas de la dictadura ya que no era parte del mandato de la misma. Por otro lado, los vínculos corporativos con la represión de los trabajadores también quedaron en evidencia a través de los testimonios de las víctimas en los llamados *Juicios de la Verdad*, especialmente con respecto a los conflictos en las fábricas de empresas afines a las políticas del régimen<sup>52</sup>. La conexión entre la reducción de los conflictos de las fábricas, el aumento de la productividad y la desaparición de trabajadores y sindicalistas quedaron reflejados en los *Juicios de la Verdad* celebrados en La Plata en 2001<sup>53</sup>. Sin embargo, aquellos elementos económicos de la dictadura fueron de nuevo relegados a un segundo plano y tratados como parte del contexto en el que tuvo lugar el terrorismo de Estado.

22. En el ámbito de la justicia, también se han producido intentos de abordar la cuestión de la responsabilidad empresarial por su complicidad con la represión del Estado a través de procedimientos penales, aunque en todos los casos estos se han dirigidos contra los gerentes o propietarios de las empresas y no contra la entidad en sí. La ley penal nacional en Argentina provee la posibilidad de establecer responsabilidad penal corporativa pero solo en relación con ciertos delitos específicos y limitados, por lo que solo se reconoce esta posibilidad cuando se estipula explícitamente en las secciones pertinentes del código penal. El Congreso de la Nación aprobó en 2017 el «Proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas», conforme a la que las entidades legales podrán ser responsables de un número limitado de delitos relacionados con la corrupción y cometidos con su intervención, en su nombre, o para su interés o beneficio<sup>54</sup>. Teniendo en cuenta estas limitaciones procesales, los esfuerzos se han centrado en el procesa-

<sup>50</sup> El 30,2 por 100 de los detenidos-desaparecidos denunciados en la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas eran obreros, y el 17,9 por 100, empleados (del 21 por 100 que representan los estudiantes, uno de cada tres trabajaba), CONADEP Informe Final, Parte II, Las víctimas, H. Sindicalistas.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Los *Juicios de la Verdad* han supuesto una verdadera innovación en el ámbito de la justicia de transición por parte de Argentina. Consistían en procesos cuasi judiciales en los que se investigaban los hechos relativos a las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura pero sin que finalmente se adoptase una sentencia en sentido formal. El objetivo era contribuir a esclarecer la verdad y el destino de los desaparecidos.

<sup>53</sup> BASUALDO, V., OJEA QUINTANA, T. y VARSKY, C., «The Cases of Ford and Mercedes Benz», en VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.), *The Economic accomplices to the argentine dictatorship. Outstanding debts*, op. cit., nota 1, pp. 159-176.

<sup>54</sup> Sin embargo, la persona jurídica no será procesada si la persona física que actuó lo hizo en su beneficio exclusivo sin beneficio para la empresa. En todo caso con esta nueva ley, las empresas podrán ser sancionadas en casos muy tasados y relativos a los delitos de soborno, enriquecimiento ilícito y corrupción. Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la República Argentina.

miento penal de aquellas personas que tenían cierto nivel de responsabilidad en el mando de la empresa, como son los directores o propietarios de las mismas. En cualquier caso, debe señalarse que la implicación empresarial en la dictadura argentina ha sido generalmente catalogada como complicidad, considerando al gobierno y las fuerzas militares como los principales autores de violaciones de derechos humanos. En consecuencia, los empresarios procesados también fueron acusados principalmente de cómplices en aquellas violaciones de derechos humanos que se les imputaban. Con respecto a la noción criminal de complicidad, el Código Penal argentino castiga a cualquiera que ayude o coopere con los perpetradores de un crimen, sea dicha colaboración esencial o no para el resultado final<sup>55</sup>. Del mismo modo, se castiga a cualquiera que motive a otros a cometer esos delitos, a quienes se benefician de las consecuencias de un delito, o que participan en una asociación formada para cometer delitos, ya cualquiera que pueda ser considerado directamente como el autor intelectual o material de los delitos, exigiéndose intención compartida con el perpetrador principal<sup>56</sup>. Sin embargo, estas disposiciones solo son aplicables a personas físicas y no a personas jurídicas, por lo que de nuevo las empresas como entidades quedarían fuera del tipo penal<sup>57</sup>. En cualquier caso, la Corte Suprema de Argentina resolvió en 2009 al hilo del conocido caso *Etchecolatz*, que las acciones represivas de la dictadura constituían «crímenes de lesa humanidad en el marco de un genocidio»<sup>58</sup>. Desde entonces, algunos tribunales nacionales han seguido esa calificación legal mientras que otros la han rechazado<sup>59</sup>, aunque en ambos supuestos los fallos dictados respondían a delitos ordinarios del código penal argentino, como son la privación ilegal de libertad, la tortura, el robo y el asesinato. Sin embargo, siguiendo este juicio histórico, los crímenes cometidos bajo la represión del Estado generalmente han sido enmarcados como «crímenes contra la humanidad». De hecho, el Ministerio Público consolidó una sección completa dentro de su departamento para tratar esos casos<sup>60</sup>.

23. El procedimiento penal contra Juan Tasselkraut, jefe de producción de Mercedes Benz, en 1999, fue el primero de su naturaleza que de alguna manera abordaba la cuestión de la complicidad empresarial con la dictadura argentina. Aunque el procedimiento fue iniciado en Alemania por Hector Ratto, una de las víctimas, el ministerio fiscal alemán lo suspendió por falta

<sup>55</sup> Arts. 45 a 49, 210, 277 ff.

<sup>56</sup> Como ocurrió, por ejemplo, en la causa contra los ejecutivos de la compañía Ford Motors. *Riveros, Santiago Omar y otros s/unlawful deprivation of liberty, tortures, homicide*, Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín núm. 2.

<sup>57</sup> BOHOSLAVSKY, J. P., «Corporate Responsibility for Complicity: International and Local Perspectives», en VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.), *The Economic accomplices to the Argentine dictatorship. Outstanding debts*, op. cit., nota 1, pp. 130-142.

<sup>58</sup> Caso *Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/homicidio calificado*, causa núm. 2251/06, Tribunal Oral Federal 1-La Plata, 19 de septiembre de 2006, p. 88.

<sup>59</sup> Para un análisis exhaustivo de las causas de rechazo, véase «Equipo de Asistencia Sociológica a las Querellas, "Informe sobre el juzgamiento del genocidio argentino"», Tela de juicio. Debates en torno a las prácticas sociales genocidas, 2015.

<sup>60</sup> Disponible en la web del Ministerio Público Fiscal: <https://www.mpf.gob.ar/lesa/>.

de pruebas en 2003, lo que no supuso un óbice para que un grupo de víctimas de la empresa pusiera otra demanda penal en 2002 en Buenos Aires. Tras cinco años de proceso, el tribunal penal de la ciudad de Buenos Aires concluyó que aunque ciertos mandos intermedios de Mercedes Benz conocieron de los crímenes que se cometieron contra sus trabajadores y en el predio de su fábrica, no existían suficientes pruebas para demostrar que estos estuvieran involucrados en la comisión de tales crímenes<sup>61</sup>. Recientemente, la implicación de la compañía en la represión del Estado fue evidenciada en las audiencias públicas del conocido como «Juicio de Campo de Mayo». A pesar de que ningún mandatario de la empresa está acusado, la persecución y secuestro de los trabajadores de la compañía Mercedes Benz es uno de los casos que se están tratando en el juicio.

24. No fue hasta 2012 cuando se condenó por primera vez en Argentina la implicación empresarial en el terrorismo de Estado. Los hermanos Emilio Felipe y Julio Manuel Méndez, directivos de la compañía Loma Negra, fueron condenados a once y quince años de prisión respectivamente por su participación en el secuestro y posterior asesinato de Carlos Moreno, abogado de los trabajadores de la compañía<sup>62</sup>. La corte afirmó que existían claros indicios de que el crimen de Moreno había sido ordenado por la empresa<sup>63</sup>, lo que parece quedar refutado por los informes posteriores de la Oficina de investigación Económica y Análisis Financiero (OFINEC) que revelaban que la firma redujo costes laborales tras la muerte de Moreno. Asimismo, «la relación entre los costes laborales y los resultados positivos de la compañía experimentaron una caída del 53 por 100 durante la dictadura», según cálculos de la OFINEC, señalando a su vez que «la regresión de la participación de los trabajadores en los ingresos totales de la empresa ocurrían en el contexto de la persecución sindical, incluyendo el secuestro y asesinato del abogado de los trabajadores, Carlos Moreno, quien presentó las demandas contra la compañía Loma Negra»<sup>64</sup>.

25. Otros procedimientos penales relevantes en este sentido han sido encausados contra la compañía Ingenio Ledesma y contra la empresa La Veloz del Norte. En el primero de ellos, el director y el gerente de la empresa azucarera fueron acusados de secuestro, detención ilegal y desaparición de al menos cuatro líderes sindicales. Sin embargo, la Cámara de Casación Penal adoptó una decisión en 2015 en la que revocaba la acusación de los imputados. Los demandantes y la Fiscalía pública apelaron esta decisión ante la

<sup>61</sup> KALECK, W., «International Criminal Law and Transnational Business. Cases from Argentina and Colombia», en MICHALOWSKI, S. (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, *op. cit.*, nota 20, pp. 174-188.

<sup>62</sup> Tommasi, Julio Alberto, Pappalardo, Roque Italo, Ojeda, José Luis, Méndez, Emilio Felipe y Méndez, Julio Manuel *s/privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tormentos agravados y homicidio calificado*, 16 de febrero de 2012, causa núm. 2473.

<sup>63</sup> Ignacio Aníbal Verdura, *Loma Negra S. A. y otros s/privación ilegal de la libertad*, marzo de 2012, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata.

<sup>64</sup> CELS Informe Anual Derechos Humanos en Argentina «La trayectoria de la cuestión civil en el proceso de justicia argentino», 2015, p. 160.

Corte Suprema, que solicitó los documentos del caso para proceder a su revisión en agosto de 2017<sup>65</sup>. En el segundo de los casos, el propietario de la Veloz del Norte, Marcos Levín, fue sentenciado en marzo de 2016 a doce años de prisión por los cargos de privación ilegal de libertad y torturas<sup>66</sup>. Sin embargo, la Cámara de Casación Penal declaró el juicio nulo posteriormente y anuló la condena en octubre de 2017. Por otro lado, el conocido caso de Ford Motors ha sido considerado paradigmático con respecto a la implicación corporativa en la represión de Estado. Entre marzo y mayo de 1976, veinticinco trabajadores y representantes sindicales fueron secuestrados y permanecieron desaparecidos entre treinta y sesenta días. Los testimonios de las víctimas señalaron que la compañía solicitó a las fuerzas armadas que secuestraran a concretamente a ciertos trabajadores y delegados sindicales y los secuestros se realizaron en camiones suministrados por la empresa<sup>67</sup>. Después de posponer la fecha del juicio oral público durante varios años, en diciembre de 2018, un tribunal federal encontró finalmente culpables dos ex altos cargos de la fábrica de Ford por su participación directa en detenciones ilegales y torturas durante la dictadura, calificando estas acciones como crímenes contra la humanidad.

26. Además de los procedimientos penales, otras ramas del Derecho nacional se han empleado en Argentina para exigir la responsabilidad de las empresas por su complicidad en las violaciones de derechos humanos, particularmente con respecto a la responsabilidad civil y el Derecho laboral. En 2004, un grupo de trabajadores de Mercedes Benz presentó una demanda civil bajo el conocido *Aliens Tort Statute* (ATS) en Estados Unidos contra la empresa matriz DaimlerChrysler AG, reclamando la correspondiente reparación económica derivada de las graves violaciones de derechos humanos en las que se alegaba que la empresa estaba involucrada. Sin embargo, en 2014 la Corte Suprema estadounidense dictaminó que la compañía no tenía suficientes vínculos con los Estados Unidos para que los tribunales conocieran el caso<sup>68</sup>. Asimismo, las leyes laborales se han utilizado de una manera innovadora para abordar las responsabilidades corporativas en Argentina<sup>69</sup>. En los casos contra Techint, S. A., en 2012 y SIDERCA en 2007, los familiares de las víctimas reclamaron una compensación económica de las compañías por los desaparecidos, argumentando que la ley de seguridad laboral del país obli-

---

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Blaquier, Carlos Pedro Tadeo y Otros/Privación Ilegal de Libertad (art. 144 bis Inc.1)*. 22 de agosto de 2012, causa FSA núm. 44000195/2009.

<sup>66</sup> Caso *Almiron, Víctor Hugo, Bocos, Víctor Hugo, Cardozo, Enrique Víctor and Levín, Marcos Jacobo s/privación ilegal de la Libertad agravada y tormentos agravados por tratarse la víctima de perseguido político; en perjuicio de Víctor Manuel Cobos*, 28 de marzo de 2016, causa núm. 4076/14.

<sup>67</sup> Véase BASUALDO, V., OJEA QUINTANA, T. y VARSKY, C., «The Cases of Ford and Mercedes Benz», en VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.), *The Economic accomplices to the argentine dictatorship. Outstanding debts, op. cit.*, nota 1, pp. 159-176.

<sup>68</sup> United States of America Supreme Court, *Daimler AG v. Bauman*, No. 11-965, January 14, 2014, IV.B, p. 23.

<sup>69</sup> PAYNE, L. A. y PEREIRA, G., «Accountability for Corporate Complicity in Human Rights Violations: Argentina's Transitional Justice Innovation?», en VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.), *The Economic accomplices to the argentine dictatorship. Outstanding debts, op. cit.*, nota 1, p. 40.



gaba a la empresa a proteger a los trabajadores al entrar y salir del lugar de trabajo<sup>70</sup>. En ambos casos, las compañías negaron el reclamo argumentando que estas demandas tenían un plazo de prescripción de dos años y que este ya había expirado pero el tribunal negó tal argumento declarando que los estatutos de limitación no se aplican a los reclamos de compensación vinculados a crímenes contra la humanidad. Sin embargo, la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema en 2017 revirtió esta concepción. Si bien la responsabilidad civil parecía abrir una vía para abordar judicialmente la responsabilidad corporativa dado que las acciones también se pueden entablar contra cómplices (tanto para personas físicas como jurídicas), esta última línea jurisprudencial sostuvo que las acciones por crímenes contra la humanidad pasados están sujetas a anterior disposición del Código Civil y Comercial que sí establecía un límite de dos años<sup>71</sup>.

27. Con respecto al empleo de otros mecanismos propios de la justicia de transición, es importante señalar que tanto las reparaciones como la reforma institucional apenas consideraron el papel de las corporaciones bajo el régimen militar. Las reparaciones económicas en Argentina han sido financiadas exclusivamente por el Estado, por lo que ningún actor privado contribuyó a su implementación<sup>72</sup>. Sin embargo, algunas leyes de reparación tenían la intención directa de cubrir algunos aspectos del sector privado, como la Ley 23.523, que estableció la reincorporación de los trabajadores bancarios despedidos por razones políticas; o la Ley 23.278, que afectó a quienes fueron despedidos u obligados a renunciar o forzados al exilio por activismo político o sindical<sup>73</sup>. Además, algunas sentencias judiciales han ordenado reparaciones laborales a los trabajadores que fueron víctimas de la represión del Estado, como las relacionadas con Astillero Río Santiago, YPF, Propulsora Siderúrgica y Swift<sup>74</sup>. Como ejemplo, el Tribunal ordenó a Astillero Río Santiago que mantuviera la remuneración económica de los trabajadores y familiares con derecho a una pensión, hasta que puedan acceder efectivamente a la jubilación. Asimismo, ordenó la corrección de los archivos y legajos de la empresa «para registrar los verdaderos motivos de la terminación de la relación laboral»<sup>75</sup>. El tribunal también exhortó a las compañías a permitir la construcción de un monumento en sus instalaciones para recordar lo que sucedió con los trabajadores de esas compañías bajo la dictadura.

28. Por su parte, la reforma institucional en Argentina se ha centrado principalmente en el sector de la justicia y se ha visto significativamente afec-

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>71</sup> Art. 4037. «Se prevé un lapso de prescripción de dos años en la acción por responsabilidad civil extracontractual».

<sup>72</sup> GUEMBE, M. J., «Economic Reparations for grave human rights violations: the Argentinian experience», en DE GREIFF, P., *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 21-54.

<sup>73</sup> La ley estableció que el periodo de inactividad forzada se calcularía para el cómputo de la jubilación.

<sup>74</sup> Caso *Vañek, Antonio y otros s. infracción al art. 144 bis inc. 1*, causa núm. 17/2012/TO1, 19 de octubre de 2015.

<sup>75</sup> *Ibid.*

tada por el poder que aún ostentaba el sector de la seguridad en los primeros años de la democracia. Por tanto, ninguna iniciativa de reforma institucional específica ha abordado el papel y la participación de las corporaciones en la represión del Estado bajo la dictadura argentina. A pesar de que vetar y excluir a quienes perpetraron, contribuyeron o facilitaron violaciones de los derechos humanos de convocatorias y fondos públicos podría ser un medio eficaz para garantizar la no repetición y fortalecer el Estado de Derecho, estas medidas no se han implementado en el proceso de justicia transicional en Argentina.

## 5. CONCLUSIONES

29. El caso de Argentina ha servido en este artículo para ilustrar cómo la acción represiva y las políticas económicas implementadas bajo la última dictadura estaban directamente relacionadas con violaciones de los derechos humanos. Además de la violencia sistemática empleada contra los opositores políticos, la Junta Militar suspendió los partidos políticos y las actividades sindicales, e intervino y disolvió los sindicatos y federaciones sindicales más importantes del país, beneficiando directamente a la élite de empresas y grupos económicos afines al régimen. Asimismo, el sector privado apoyó activamente a las fuerzas militares en el ejercicio de la acción represiva estatal contra aquellos trabajadores que consideraban más combativos en el reclamo de los derechos laborales.

30. Sin embargo, y a pesar del papel relevante de las empresas durante la dictadura, el proceso de justicia de transición en Argentina se ha centrado tradicionalmente en conocer el paradero de las víctimas de desapariciones forzadas, por lo que la participación empresarial y los elementos socioeconómicos del conflicto generalmente se consideraron como parte de los antecedentes y del contexto general de lo ocurrido. Aunque más recientemente se ha puesto el foco también en la participación de las empresas y los grupos económicos en la represión del Estado, las iniciativas de justicia transicional en este sentido han producido resultados mixtos hasta el momento. Mecanismos como la CONADEP y los *Juicios de la Verdad* abordaron la participación de las empresas en la represión, pero no les dieron un lugar relevante o no proporcionaron recomendaciones específicas para articular su responsabilidad. Por otro lado, si bien es cierto que se han llevado a cabo algunos enjuiciamientos criminales contra empresarios en los últimos años, los resultados de los mismos no han sido uniformes. En este mismo sentido, la política de reparaciones ha sido proporcionada en su totalidad por recursos estatales y ninguna reforma institucional ha abordado de manera específica la participación de las corporaciones en la represión de Estado. Sin embargo, estos dos últimos mecanismos podrían haber incluido cuestiones relativas a su participación y responsabilidad por violaciones de derechos humanos en casos como Argentina, donde se ha demostrado que ciertas empresas y determinados grupos económicos se beneficiaron de la represión estatal y

contribuyeron sustancialmente al mantenimiento del régimen autoritario. Tal inclusión no solo respondería en última instancia a razones económicas, sino que también contribuiría a que las corporaciones formen parte de la reconstrucción de la sociedad tras el conflicto. Asimismo, la participación de las empresas en la política de reparaciones del Estado también podría haberse canalizado a través de distintos medios como las disculpas públicas o la construcción de monumentos de memoria a las víctimas, o incluso la creación de un fondo económico empresarial que podría contribuir al desarrollo y la prosperidad económica del país. Del mismo modo, excluir la participación de aquellas empresas culpables de complicidad con el régimen de recursos y licitaciones públicas podría haberse realizado para garantizar el principio de no repetición y fortalecer el Estado de Derecho. En cualquier caso, hay que señalar que la implementación de tales medidas no resulta tarea fácil cuando se necesita inversión extranjera empresarial para el desarrollo económico del país.

31. La cuestión sobre cómo exigir responsabilidad a las empresas por su participación en violaciones de derechos humanos ha recibido la atención de la comunidad internacional institucionalizada hace tan solo unas décadas. Este dato podría ayudar a explicar por qué la responsabilidad empresarial por abusos de los derechos humanos no ha sido un tema central dentro del proceso de justicia de transición en Argentina. Dado que las corporaciones a menudo desarrollaron sus operaciones en territorios afectados por conflictos o regímenes autoritarios, cabría esperar que el ámbito institucionalizado de empresas y los derechos humanos dediquen atención a estas cuestiones y sus implicaciones. Sin embargo, los desarrollos más recientes en este campo, como la adopción de los Principios Rectores, solo brindan recomendaciones generales a las empresas cuando realizan sus operaciones en dichos contextos para evitar su participación en abusos contra los derechos humanos. Del mismo modo, poca atención ha recibido la responsabilidad empresarial en la justicia de transición dentro de las discusiones sobre el contenido y la naturaleza de un futuro tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. Podríamos decir, por lo tanto, que no se ha logrado hasta ahora proporcionar una respuesta internacional uniforme a los problemas clave que surgen con respecto a los abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas en la justicia de transición, aquellos como los que tuvieron lugar en Argentina.

## RESUMEN

### RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL: APORTES DEL CASO ARGENTINO

Este artículo examina la cuestión de la participación empresarial en la comisión de violaciones de derechos humanos dentro del marco de la justicia transicional. El análisis parte de la base de un caso de estudio: el del proceso de justicia de transición en Argentina, considerado generalmente un protagonista regional en el ámbito de la justicia de transición. Por tanto, a partir del contexto de la última dictadura argentina, este artículo exami-

na cómo el proceso de justicia transicional ha abordado la participación de las empresas en las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar, así como las posibles opciones que provee el marco institucional de *empresas y derechos humanos* para exigir responsabilidad a las empresas. Finalmente, se presentan unas reflexiones finales y algunas sugerencias para tratar estas cuestiones en el futuro.

**Palabras clave:** responsabilidad empresarial, derechos humanos, justicia de transición, Argentina.

### ABSTRACT

#### CORPORATE ACCOUNTABILITY IN TRANSITIONAL JUSTICE: INSIGHTS FROM THE CASE OF ARGENTINA

This article examines the issue of business participation in the commission of human rights violations within the framework of transitional justice. The analysis is based on a case study: that of the transitional justice process in Argentina, generally considered a regional protagonist in the field of transitional justice. Therefore, based on the context of the last Argentine dictatorship, this article examines how the transitional justice process has addressed the participation of companies in human rights violations committed during the military regime, as well as the possible options provided by the Institutional framework of Companies and Human Rights to demand responsibility from companies. Finally, some final reflections and some suggestions to address these issues in the future are presented.

**Keywords:** corporate accountability, human rights, transitional justice, Argentina.

## REFLEXIONES EN TORNO A LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. SOBRE LA FUNCIÓN Y LOS MOTIVOS.—3. AUTONOMÍA Y VULNERABILIDAD.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La facultad de elegir la ley aplicable es un principio general del Derecho de los contratos internacionales<sup>1</sup>. Se reconoce en la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado (DIPr)<sup>2</sup>, con la excepción de los de América Latina<sup>3</sup> y Oriente Próximo<sup>4</sup>. Se trata, además, de una posibilidad ampliamente utilizada en la práctica. Estudios empíricos indican que un 80 por 100 de los contratos comerciales internacionales contienen cláusulas de elección de ley<sup>5</sup>.

2. En el ámbito del Derecho de familia la autonomía de la voluntad es, en cambio, únicamente una tendencia emergente. Se contempla, ciertamente, en los nuevos instrumentos de la UE, como el Reglamento Roma III sobre la ley aplicable a la separación y el divorcio<sup>6</sup>, y los Reglamentos en materia

---

\* Catedrática de DIPr, Universidad de Barcelona, [cgonzalezb@ub.edu](mailto:cgonzalezb@ub.edu).

<sup>1</sup> Así lo afirmó el Instituto de Derecho internacional en el Preámbulo de su Resolución de Basilea de 1991 (*The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*). Véase [http://www.idi-iiil.org/fr/sessions/basel-1991/?post\\_type=publication](http://www.idi-iiil.org/fr/sessions/basel-1991/?post_type=publication).

<sup>2</sup> SYMEONIDES, S., «The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments», *American Journal of Comparative law*, vol. 61, 2013, núm. 3, pp. 873-899, esp. pp. 875-876.

<sup>3</sup> Se ha admitido, sin embargo, recientemente en Argentina. Véase art. 2651 CC de 2014.

<sup>4</sup> BASEDOW, J., *The law of open societies*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 119-121.

<sup>5</sup> CUNIBERTI, G., «The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws», *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 34, 2014, núm. 3, pp. 455-517, esp. p. 468.

<sup>6</sup> Art. 5 del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE* L 343, de 29 de diciembre de 2010).

de régimen económico matrimonial<sup>7</sup>, así como sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>8</sup>. Se abre también camino en la codificación internacional, como puede verse en el Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos de 2007<sup>9</sup>, y en el DIPr autónomo de algunos Estados, particularmente, aunque no exclusivamente<sup>10</sup>, por lo que respecta al régimen de bienes del matrimonio<sup>11</sup>. No puede, no obstante, decirse que se trate de una facultad ampliamente admitida y mucho menos que haya alcanzado el rango de principio general. La autonomía de la voluntad conflictual no tiene además en el Derecho de familia el arraigo que se observa en el sector de la contratación. Los escasos estudios empíricos realizados sugieren que las posibilidades que ofrece la autonomía de la voluntad no han calado todavía en la práctica y que su utilización es escasa<sup>12</sup>.

3. El objeto de las siguientes páginas es reflexionar acerca del fundamento y función de la autonomía de la voluntad conflictual en el sector del Derecho de familia desde una doble perspectiva, la del DIPr y la del Derecho de familia. Esta reflexión parece ineludible porque cualquier construcción con un fundamento teórico frágil está destinada a colapsar<sup>13</sup>. La regla de la autonomía de la voluntad tiene, además, que ser activada por las partes, lo que requiere que estas, o más exactamente los profesionales jurídicos que las asesoran, consideren que la regla cumple una función útil. El régimen jurídico del contrato de elección de ley y los límites de la autonomía de la voluntad

<sup>7</sup> Art. 22 del Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, 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 (DOUE L 183, de 8 de julio de 2016).

<sup>8</sup> Art. 22 del Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, 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 (DOUE L 183, de 8 de julio de 2016).

<sup>9</sup> Arts. 7 y 8 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L 331, de 16 de diciembre de 2009).

<sup>10</sup> La elección de la ley aplicable al divorcio se admite también en los Países Bajos [art. 56.2.a) CC neerlandés], un Estado miembro que no participa en la cooperación reforzada que dio lugar al Reglamento Roma III. Cabe también para el divorcio de mutuo acuerdo en China. Véase el art. 26 de la Ley China de DIPr. La traducción al inglés de los preceptos puede consultarse en BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. y DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

<sup>11</sup> La autonomía de la voluntad conflictual en materia de régimen económico matrimonial tiene tradición en Europa. Se admite también fuera del continente, en el DIPr de Argentina (art. 2625 CC de Argentina), Japón (art. 26.2, de la Ley japonesa de DIPr), China (art. 24 de la Ley china de DIPr) y Nueva Zelanda [art. 7.a) de la New Zealand Property (Relationships) Act de 1976]. Las normas de Argentina, Japón y China pueden consultarse en la *Encyclopedia*, op. cit. La ley neozelandesa puede verse en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1976/0166/latest/DLM441163.html>.

<sup>12</sup> Véase VERHELLEN, J., «Real-Life International Family Law - Belgian Empirical Research on Cross-Border Family Law», en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (eds.), *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 323-333, esp. pp. 330-331.

<sup>13</sup> JACQUET, J. M., «La théorie de l'autonomie de la volonté», en CORNELOUP, S. y JOUBERT, N., *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, París, LexisNexis, 2011, pp. 1-15, esp. p. 1, y ARNOLD, S., «Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht», en ARNOLD, S., *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 23-53, esp. p. 24.

conflictual no pueden, tampoco, analizarse correctamente si no se tiene una idea clara acerca de su fundamento y función en el concreto sector material en el que se inserta.

## 2. SOBRE LA FUNCIÓN Y LOS MOTIVOS

4. La fundamentación teórica de la autonomía de la voluntad resulta compleja si el punto de partida es el paradigma clásico de la norma de conflicto. Si la función de la norma es localizadora y el principio que la preside es la proximidad, resulta de difícil justificación que se permita a las partes elegir el ordenamiento que rige sus relaciones. No resultan convincentes ni la tesis de Henri Batiffol, quien defendió, contra toda evidencia, que la elección de ley no vincula al juez<sup>14</sup>, ni el intento de Gerhard Kegel de justificación de la autonomía de la voluntad como *Verlegenheitslösung*, esto es, como solución de compromiso, ante la dificultad de determinar cuál es el ordenamiento jurídico más próximo<sup>15</sup>. Sin embargo, en el ámbito del Derecho de familia, en ocasiones se sigue defendiendo esta segunda explicación, esencialmente porque la autonomía de la voluntad es limitada y se configura como un derecho de opción entre el derecho de la nacionalidad y el de la residencia habitual<sup>16</sup>. Desde el momento en el que se permite, no obstante, la elección del Derecho correspondiente a una nacionalidad no efectiva<sup>17</sup>, una explicación basada en la proximidad resulta poco convincente.

5. Es, en mi opinión, más fructífero plantear el análisis desde la perspectiva de los intereses del individuo<sup>18</sup>. Se trataría de ver qué puede aportar la autonomía de la voluntad al destinatario de la norma, quien libérrimamente ha de decidir si hace o no uso de la posibilidad que le confiere el legislador. Para ello resulta pertinente distinguir entre la función en abstracto de la autonomía de la voluntad en cuanto regla y los motivos de la elección concreta de un ordenamiento jurídico en el acuerdo de elección de ley. Aunque en ocasiones se confundan ambos planos, la autonomía de la voluntad es una regla que solo opera si es activada mediante la conclusión de un pacto de elección de ley. Los motivos concretos por los cuales se activa la regla y que subyacen al pacto de elección de ley son, sin embargo, distintos de la función abstracta de la regla.

<sup>14</sup> Véase la crítica de GIULIANO, M., «La loi applicable aux contrats: problèmes choisis», en GIULIANO, M., *Recueil des cours*, vol. 158, 1977, pp. 183-270, esp. p. 208.

<sup>15</sup> KEGEL, G. y SCHURIG, K., *Internationales Privatrecht*, 9.<sup>a</sup> ed., Múnich, Verlag C. H. Beck., 2004, p. 653.

<sup>16</sup> Véase JAYME, E., «Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies», *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10, esp. p. 3.

<sup>17</sup> Véanse considerandos 50 y 49, respectivamente, de los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

<sup>18</sup> FLESSNER, A., *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1990, p. 99, y LEHMANN, M., «Liberating the Individuals from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008, pp. 381-434.

6. Los motivos que presiden la concreta elección de ley son variables y están presididos por el interés particular y la conveniencia de quienes eligen. En ocasiones se busca un concreto resultado material<sup>19</sup>, en otras, el objetivo fundamental es la reducción de costes<sup>20</sup> y puede que, a veces, la elección se base en una mayor identificación del sujeto con una determinada identidad cultural, aunque esa noción me parece en sí misma problemática<sup>21</sup> y el moderno Derecho de familia de los Estados occidentales rara vez refleje elementos culturales<sup>22</sup>. También podría ser que todos los factores mentados y otros<sup>23</sup> confluyeran en la elección, esto es, que fueran varias las razones por las cuales las partes decidieran activar la posibilidad de elección de ley.

7. Como la elección de ley entraña unos costes, lo que valoran las partes es, en realidad, si los beneficios que pueden obtenerse a través de la autonomía de la voluntad en el caso concreto justifican la activación de la regla. Las partes pueden tener poco interés en elegir la ley aplicable si la conexión objetiva, que se aplica en defecto de elección de ley, ya produce resultados aceptables. Aunque en la estructura de la norma la conexión objetiva ocupe una posición subsidiaria, en la operativa de la misma el orden, de hecho, se invierte. El punto de partida es la ley designada por la conexión objetiva. Solo se elige una ley distinta en caso de que de la elección deriven beneficios tangibles.

8. No debe, por otra parte, perderse de vista la influencia que sobre la elección de ley tienen los profesionales del Derecho. El discurso tradicional acerca de la autonomía de la voluntad conflictual presupone que las partes tendrán acceso a información objetiva y veraz. Pero lo cierto es que las partes rara vez disponen de conocimientos jurídicos y lo más normal es que dependan del asesoramiento jurídico para tomar decisiones. Y es importante,

<sup>19</sup> En un estudio empírico realizado en Italia en relación con la elección de la ley aplicable al divorcio se observa que cuando las partes eligen Derecho extranjero lo hacen para evitar el periodo de separación legal previa al divorcio que exige el Derecho italiano. Véase VIARENGO, I., «International Divorce proceedings in Italy: issues arising in the case law», *Rivista di Diritto. Internazionale. Privato e Processuale*, vol. 52, 2016, núm. 3, pp. 701-724, esp. p. 713.

<sup>20</sup> Es una de las razones para la elección de la *lex fori* incluso allí donde el Derecho extranjero se aplica de oficio. Cfr. RÜHL, G., «Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte», *Rechts Zeitschrift*, vol. 71, 2007, pp. 559-596, esp. pp. 572-573.

<sup>21</sup> La identidad cultural es en gran medida un concepto ideológico que crea más problemas de los que resuelve. La existencia de la identidad cultural ha sido cuestionada recientemente por JULLIEN. Véase JULLIEN, F., *Il n'y a pas d'identité culturelle*, París, L'Herne, 2016.

<sup>22</sup> Véanse GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, núm. 4, pp. 117-186, esp. pp. 178-180; HENRICH, D., «Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität», en MANSEL, H. P. et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier, 2004, pp. 321-329, esp. p. 322, y CRETNEY, S., «Breaking the shackles of culture and religion in the field of divorce?», en BOELE-WOELKI, K. (ed.), *Common Core and Better Law in European Family law*, Oxford, Interselia, 2005, pp. 3-14.

<sup>23</sup> La autonomía de la voluntad puede utilizarse para conseguir la aplicación de un mismo ordenamiento a distintos aspectos de una disputa. Véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «The role of party autonomy in pursuing coordination», en VIARENGO, I. y VILLATA, F., *Planning the future of Crossborder Families: a path through coordination*, en prensa.



me parece, tener presente que los asesores de las partes tienen sus propios intereses, que pueden condicionar de manera decisiva todo el proceso de decisión. Uno de los déficits más acusados en la práctica es que en el sector del Derecho de familia son muy escasos los profesionales con conocimientos avanzados de DIPr y Derecho comparado. La elección a favor de la *lex fori* podría obedecer, en gran medida, a la conveniencia del profesional del Derecho, que se siente más cómodo moviéndose en terreno familiar<sup>24</sup>. No es tampoco desdeñable la influencia que sobre el asesoramiento pueden tener los seguros de responsabilidad profesional que aconsejarían un ejercicio profesional cauto si no se quiere perder la cobertura.

9. Lo que interesa en esta sede no es, sin embargo, tanto investigar los factores, por definición, subjetivos y variables, que pueden motivar la elección de una ley concreta sino analizar el fundamento de la posibilidad de elección en cuanto regla abstracta. ¿Qué aporta la posibilidad abstracta de elección de la ley aplicable a las familias? Es decir, ¿cuáles son las ventajas intrínsecas que reporta la autonomía de la voluntad, con independencia de la ley que se elija?

10. En la doctrina contemporánea se ha intentado vincular la autonomía de la voluntad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>25</sup>. Estos intentos parecen un poco forzados, pues no puede, en puridad, afirmarse que un sistema de DIPr que no reconozca a las partes la facultad de elección de ley menoscabe el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los individuos y las familias. El derecho al libre desarrollo de la personalidad depende de la textura más o menos abierta del Derecho material, de si ese Derecho permite optar por distintos estilos de vida. Y si el derecho al libre desarrollo de la personalidad se vincula a la posibilidad de autorregulación, la dificultad radica en explicar la razón por la que se está admitiendo la autonomía de la voluntad conflictual respecto a cuestiones de Derecho de familia en las que predominan las normas imperativas, que las partes no pueden derogar mediante pacto<sup>26</sup>.

11. Vincular la facultad de elección de ley al libre desarrollo de la personalidad acaba induciendo a confusión entre el plano material y el conflictual. La elección de ley puede justificarse desde una perspectiva de estricto DIPr como respuesta al principal déficit de regulación al que se enfrentan

---

<sup>24</sup> Solo se elige un ordenamiento que se conoce. Véase VOGENAUER, S., «Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence», *European Review of Private Law*, vol. 21, 2013, núm. 1, pp. 13-78, esp. p. 53.

<sup>25</sup> JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des cours*, vol. 251, 1995, pp. 9-267, esp. pp. 147-148; BASEDOW, J., «Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts», *Rabels Zeitschrift*, vol. 75, 2011, núm. 1, pp. 32-59, y BASEDOW, J., *op. cit.*, nota 4, pp. 149-151.

<sup>26</sup> En el Derecho material de familia hay muchas cuestiones respecto a las cuales no se admite el pacto. Las causas de divorcio se fijan, por ejemplo, en la ley y no se admite que las partes pacten con efectos jurídicos vinculantes causas adicionales o excluyan determinadas causas. La autonomía de la voluntad conflictual no va, por consiguiente, necesariamente de la mano de la libertad de pacto o autonomía de la voluntad material.

las relaciones familiares con elemento internacional. Este no es otro que la incertidumbre acerca del marco normativo que rige y al que estas relaciones deben ajustarse. Mientras que una relación homogénea dispone de un marco jurídico unívoco a partir del cual resulta posible determinar las obligaciones y derechos respectivos, esa certeza no existe cuando la relación es heterogénea. Independientemente del margen que luego confiera el Derecho material para la conclusión de acuerdos, la primera necesidad de los individuos y las familias es identificar los derechos y obligaciones recíprocos. La certeza acerca de los mismos se obtiene permitiendo a las partes la fijación de ese marco jurídico.

12. Cuando la relación es internacional son, por definición, varios los ordenamientos jurídicos en juego. En muchas ocasiones es difícil hacer un pronóstico acerca de cuál rige. En algunos casos porque las normas de conflicto no están unificadas y el Derecho aplicable depende de la autoridad competente en caso de controversia lo que, a su vez, es de difícil pronóstico en un contexto de movilidad creciente en el que un número cada vez mayor de familias lleva una vida transnacional, caracterizada por un ir y venir entre jurisdicciones<sup>27</sup>. Las migraciones ya no son, en efecto, unidireccionales y duraderas en el tiempo, sino circulares y revisables<sup>28</sup>. Por consiguiente, una pareja mixta difícilmente podrá anticipar dónde se va a encontrar en el medio y largo plazo. Puede depender de una diversidad de factores, familiares, personales y laborales y acabar siendo aleatorio, pues el conflicto puede surgir en cualquier momento. Una vez surge, tampoco desaparece la incertidumbre pues suele haber foros concurrentes a los que acudir.

13. Pero incluso si las normas de conflicto estuvieran unificadas la incertidumbre persistiría. El principal punto de conexión que se utiliza en las normas de conflicto objetivas es actualmente la residencia habitual. Tiene a su favor la flexibilidad que permite una localización más ajustada a las circunstancias del caso concreto. En su contra, ofrece escasa certeza hasta que la autoridad competente analice esas circunstancias que además pueden ir variando a lo largo del tiempo y ser objeto de distinta ponderación<sup>29</sup>. No ha de perderse tampoco de vista que en el mundo real las normas de DIPr se aplican en muchos casos de manera deficiente. Todo pronóstico es, por consiguiente, arriesgado.

14. En ese contexto, la autonomía de la voluntad conflictual abre una vía para reducir la incertidumbre acerca de cuál es el marco normativo en el que han de desenvolverse las relaciones familiares. Es un mecanismo tanto más

---

<sup>27</sup> BECK-GERNSHEIM, E., «From Rights and Obligations to Contested Rights and Obligations: Individualization, Globalization, and Family Law», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 13, 2012, pp. 1-15.

<sup>28</sup> BASEDOW, J., *op. cit.*, nota 4, pp. 34-36.

<sup>29</sup> La principal dificultad es el peso que se ha de atribuir a los aspectos subjetivos, que posiblemente se valoren de manera distinta en función de la cuestión de Derecho de familia de que se trate. En materia de régimen económico matrimonial el arraigo posiblemente se valore de forma distinta que si se trata de adoptar una medida de protección. Véase RENTSCH, B., *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.

eficaz cuanto más ampliamente se admita por los sistemas de DIPr. En el momento actual, su eficacia es relativa<sup>30</sup> puesto que la admisión de la elección de ley es, como ya se ha apuntado, una tendencia emergente. No puede, por consiguiente, garantizarse que el pacto de ley aplicable vaya a ser respetado en otros sistemas de DIPr. Ni siquiera en el interior de la UE, puesto que los instrumentos que la han introducido se han aprobado por la vía de la cooperación reforzada<sup>31</sup>. La elección de la ley española como ley rectora del divorcio de conformidad con el Reglamento Roma III no tendrá, por ejemplo, efecto si finalmente el divorcio se ventila en Suecia, cuyo sistema de DIPr aplica la *lex fori*. Esto no significa, sin embargo, que la autonomía de la voluntad no sea, en abstracto, un instrumento idóneo para proporcionar certeza acerca del Derecho aplicable, únicamente que su eficacia se ve comprometida por el hecho de que no se admita (todavía) ampliamente.

15. Para entender la función que puede desempeñar la elección de la ley aplicable resulta adicionalmente necesario interrogarse acerca del papel del Derecho en las relaciones familiares. Y ahí es donde, en mi opinión, se pone de relieve que cada sector material sigue lógicas distintas<sup>32</sup>. Mientras que los operadores económicos activos en el comercio internacional son profesionales que, aunque carezcan de conocimientos, sí que tendrán una actitud de vigilancia y anticipación, lo cierto es que la mayoría de las familias viven completamente ajenas al Derecho. Tienen ideas muy vagas e incluso erróneas acerca de lo que las normas disponen<sup>33</sup>. En la esencia de lo que significa ser familia está además la idea de la irrelevancia del Derecho, de que, en caso de conflicto, los miembros de la familia serán capaces de negociar soluciones y encontrar salidas sin necesidad de una intervención exógena.

16. La norma jurídica se consulta, en efecto, esencialmente, en relación con una ruptura familiar, esto es, cuando la familia deja de ser familia. Típicamente cuando la ruptura ya ha ocurrido y se desea negociar sus términos y, con menor frecuencia, cuando se contempla la posibilidad de ruptura anticipadamente. Las reglas en materia de obligaciones de alimentos o acerca del divorcio y la separación son relevantes únicamente en caso de ruptura. Mientras subsiste la relación poco importa quién es el titular legal de la vivienda ni si un miembro de la familia se dedica más al cuidado de la familia que el otro. Incluso en un sector como el régimen de bienes de la pareja en el que se producen efectos respecto a terceros, lo que preocupa más a las familias son, me parece, los efectos en caso de disolución del matrimonio, ya sea por causa de muerte, ya sea por divorcio. Si se trata de proteger el patrimonio familiar frente a los posibles acreedores del cónyuge comerciante posiblemente se

---

<sup>30</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Art. 5 of the Rome III Regulation», en CORNELOUP, S., *Droit européen du divorce. European divorce law*, Dijon, LexisNexis, 2013, pp. 545-555, esp. p. 548, marg. 10.

<sup>31</sup> Esto implica que en esta materia no se consigue la unificación de las normas de conflicto de leyes y que los Estados miembros no participantes continúan aplicando sus normas de DIPr autónomas.

<sup>32</sup> MAULTZSCH, F., «Party autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?», *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 466-491.

<sup>33</sup> BAKER, K. N. y SILBAUGH, K. B., *Family Law: the essentials*, Nueva York, Aspen, 2009, p. 5.

opte por otras estrategias más directas, como podría ser la constitución de una sociedad.

17. El papel del Derecho internacional privado en el caso de planificación *ex ante*, ha sido estudiado por Ronald A. Brand para el ámbito de las relaciones comerciales<sup>34</sup>. Con carácter previo al surgimiento del conflicto, se busca mitigar los riesgos que rodean a la operación que se pretende realizar<sup>35</sup>. Para ello resulta necesario que el marco jurídico sea estable, ya que ello permitirá hacer un diagnóstico y tomar las precauciones necesarias. Sin dicha estabilidad no se puede, en efecto, diseñar medida anticipatoria alguna ni reducir el principal riesgo, que consiste en la escalada del conflicto entre personas que muchas veces desean y necesitan seguir siendo familia tras la ruptura, por la existencia de hijos y un contexto social e intereses económicos comunes. La claridad respecto a las posiciones jurídicas de las partes contribuiría, desde esa perspectiva, a la pacificación de los futuros conflictos porque reduciría la posibilidad de comportamientos oportunistas, una vez la ruptura se produjere.

18. Si de lo que se trata es de resolver un conflicto que ya ha surgido, el conocimiento del marco normativo resulta de interés, incluso si se desea negociar una solución de mutuo acuerdo. El punto de partida de cada una de las partes en la negociación de una ruptura familiar viene marcado por las respectivas posiciones jurídicas esto es, por lo que el ordenamiento otorga a cada uno<sup>36</sup>. El resultado de la negociación se valorará también de acuerdo con la probable resolución que se obtendría en caso de que la ruptura se llevara a la autoridad competente. Nada impide que una pareja no casada pacte pagos compensatorios en caso de ruptura. Pero es difícil que lo haga si el Derecho aplicable no los prevé. En cambio, si los previera una negociación que no consiguiera su establecimiento, probablemente se considerara una mala negociación<sup>37</sup>.

19. La existencia de un marco jurídico estable es, por consiguiente, condición *sine qua non* para la consecución de soluciones consensuadas, que no requieran la intervención de la autoridad competente. Si se decidiera o fuera necesario llevar la controversia a los órganos jurisdiccionales la elección de la ley aplicable operaría asimismo como fórmula de reducción del ámbito de la controversia. La autoridad competente no se vería obligada a determinar el marco normativo de resolución del litigio, pues este habría sido predefinido por las partes.

20. La principal aportación de la autonomía de la voluntad conflictual es que proporciona certeza respecto a cuál es el Derecho rector<sup>38</sup>. Ello re-

---

<sup>34</sup> BRAND, R. A., «Transaction planning using rules on Jurisdiction and the recognition and enforcement of Judgments», *Recueil des cours*, vol. 358, 2013, pp. 27-261.

<sup>35</sup> BRAND, R. A., *op. cit.*, nota 34, p. 30.

<sup>36</sup> MNOOKIN, R. H. y KORNHAUSER, L., «Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce», *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, núm. 5, pp. 950-997, esp. p. 955.

<sup>37</sup> MNOOKIN, R. H. y KORNHAUSER, L., *op. cit.*, nota 36, p. 973.

<sup>38</sup> Véanse FLESSNER, A., *op. cit.*, nota 18, p. 99, y LEIBLE, S., «Parteinautonomie im IPR: Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?», en MANSEL, H. P. *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 1, München, Sellier, 2004, pp. 485-503, esp. p. 488.

sulta fundamental a efectos informativos, para que las partes sepan dónde están, cuál es el marco jurídico al que han de ajustar sus relaciones. Es de interés incluso en relación con aquellos sectores en los que en el plano del Derecho material preponderan las normas imperativas. Aunque la ley rectora de la disolución del vínculo matrimonial no contemple la posibilidad de conclusión de ningún acuerdo particular, a las partes les interesará saber si la disolución es causal o cabe también de mutuo acuerdo o incluso por demanda unilateral. Dicho conocimiento es presupuesto de cualquier actuación o estrategia.

### 3. AUTONOMÍA Y VULNERABILIDAD

21. La autonomía conflictual, así conceptuada, es un instrumento de empoderamiento de las familias, que les permite, a través de la fijación del Derecho aplicable, tomar las decisiones que más se adecúen a sus circunstancias y necesidades. Su activación implica, sin embargo, como ya se ha dicho, la conclusión de un acuerdo entre los miembros de la pareja. En esta fase son relevantes los motivos a los que antes se hacía referencia. Se supone que cada uno de los individuos adultos que forman la familia velará por sus intereses en la conclusión del acuerdo y que de la suma de los intereses individuales resultará la solución más adecuada.

22. Esta aproximación presenta, no obstante, fisuras si se contrapone a la realidad de la vida familiar. Para empezar, la vida familiar es algo más que la suma de individualidades e implica la construcción de un proyecto de vida común basado en la solidaridad<sup>39</sup>. Los miembros de la familia no concluyen o no deberían concluir acuerdos buscando la maximización del interés individual, sino actuar de forma altruista, buscando también el bien ajeno y el bien común.

23. Uno no pacta tampoco con su pareja como lo haría con un extraño, porque la relación de pareja implica intrínsecamente confianza. Incluso si se contemplan posibles situaciones adversas rara vez se desciende al detalle y se negocian compensaciones como se haría, en cambio, en una relación comercial<sup>40</sup>. No es frecuente que se evalúen de manera realista las posibilidades de ruptura; incluso si las estadísticas indican que el 50 por 100 de los matrimonios acaban en divorcio las parejas rara vez contemplan al inicio de la relación que la suya podría ser una de las relaciones que fracasara<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> BARLOW, A., «Solidarity, autonomy and equality: mixed messages for the family?», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, 2015, pp. 223-235, esp. p. 224, y SVERDRUP, T., «Family solidarity and the mind-set of private law», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, 2015, pp. 237-247, esp. p. 237.

<sup>40</sup> DETHLOF, N., «Contracting in Family Law: A European perspective», en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. M., *The future of family property in Europe*, Amberes, Intersettia, 2011, pp. 65-94, esp. pp. 85-86, y BAKER, K. N. y SILBAUGH, K. B., *op. cit.*, nota 33, p. 9.

<sup>41</sup> Véase MAHAR, H., «Why are there so few pre-nuptial agreements?», *Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, núm. 436, 2003, [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/).

24. La propia noción de autonomía resulta problemática en el ámbito familiar. Se vincula en la teoría política a la construcción de la noción del sujeto liberal. Pero el sujeto liberal del que hablaban Adam Smith y John Locke era un hombre. Se daba por sentado que ese hombre tenía una familia, pero ni las mujeres ni los niños eran sujetos con derechos individuales<sup>42</sup>. Las tareas realizadas por las mujeres en el ámbito del cuidado de las personas y la vida doméstica no eran parte del discurso político<sup>43</sup>.

25. Obviamente eso ha cambiado. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos y ello contribuye a que se tienda cada vez más a utilizar la teoría contractual para explicar la vida familiar. La pareja matrimonial descrita antes como una relación vertical y jerárquica presidida por el cabeza de familia ha pasado ahora a ser conceptualizada como una comunidad de iguales<sup>44</sup>. La vida familiar se describe como el resultado de los acuerdos explícitos e implícitos de los miembros de la familia. El papel del Derecho radicaría en respetar dichos pactos como expresión de la libertad humana y del libre desarrollo de la personalidad, porque las familias saben mejor que el Estado lo que les conviene.

26. El principal problema de esta descripción normativa de la familia, que muchas veces se acepta sin cuestionamiento, es que no ayuda a explicar la función social y la dinámica interna de la familia<sup>45</sup>. Frente al mito de la autonomía, que enfatiza la libertad individual, es más convincente una visión alternativa, la teoría de la vulnerabilidad, que ha sido desarrollada por Marta Albertson Fineman. El núcleo central de esta tesis es que la vulnerabilidad, el hecho de que todos hemos sido dependientes de niños y muy posiblemente volveremos a ser dependientes en algún momento, cuando enfermemos y/o envejecemos es consustancial al ser humano, pues deriva de la propia corporeidad<sup>46</sup>. La vulnerabilidad hace a los seres humanos inevitablemente dependientes los unos de los otros, e implica la necesidad de recursos sociales para atender a las necesidades de cuidado que genera. Las instituciones

<sup>42</sup> Véase DEGLER, C. N., *Women and the Family in America from the revolution to the present*, 1980, p. 189, citado por BECK, U. y BECK-GERNSEHEIM, E., *The normal chaos of love*, 1.ª ed., Cambridge, Polity Press, 1995, p. 57.

<sup>43</sup> Véase TRONTO, J. C., «Care as a political concept», en HIRSCHMANN, N. C. y DI STEFANO, Ch. (eds.), *Revisioning the political. Feminist reconstructions of traditional concepts in Western Political theory*, 1.ª ed., Nueva York, Westview Press, 1996, pp. 139-156.

<sup>44</sup> El principio de igualdad entre los cónyuges es relativamente reciente. Se introdujo en los años veinte del siglo pasado en la Unión Soviética y Escandinavia. Se extendió a la República Federal de Alemania y los países del Este de Europa después de la Segunda Guerra Mundial y alcanzó al resto del continente en la década de los setenta. Véase ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A historical Perspective. A tale of two millenia*, Oxford-Amberes, Intersetia, 2006, p. 310.

<sup>45</sup> FINEMAN, M. A., «Why Marriage?», *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 9, 2001, pp. 239-271, esp. p. 253.

<sup>46</sup> FINEMAN, M. A., «Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-sufficiency», *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol. 9, 2000, pp. 13-29, esp. p. 18; FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable subject in Law and Politics», en FINEMAN, M. A. y GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, 1.ª ed., Nueva York, Ashgate, 2013, pp. 13-27, esp. p. 20.

sociales, la propia familia, por ejemplo, también son vulnerables y necesitan del Estado para obtener los recursos que le permitan ejercer su función.

27. La teoría de la vulnerabilidad pone en el centro del discurso el mundo de los cuidados. Históricamente se trata de un mundo que es femenino, lo que no quiere decir que todas las mujeres sean cuidadoras ni que los hombres no puedan ser cuidadores ni mucho menos que las mujeres deban seguir siendo cuidadoras. Es obvio, no obstante, que los cuidados no son prescindibles y que el mundo de los cuidados ha solido ser y sigue siendo mayoritariamente femenino, lo que tiene un doble impacto en la vida familiar. En primer lugar, porque implica la pervivencia de unos roles de género de los que muchas veces ni siquiera las propias parejas son plenamente conscientes y que afloran con mayor fuerza cuando se ha de atender a niños, enfermos y ancianos<sup>47</sup>. Y en la vida real, influye en el reparto del uso del tiempo<sup>48</sup> y el desarrollo de la carrera profesional, si es que la hay<sup>49</sup>. Los cuidados son una necesidad humana, quienes cuidan a los dependientes acaban, sin embargo, siendo dependientes, pues necesitan disponer de recursos sociales para poder llevar a cabo su tarea. Solo que esa dependencia es secundaria y evitable y distinta de la consustancial, inherente a la propia esencia de ser un ser humano<sup>50</sup>.

28. Frente a la evidencia de que en muchas ocasiones hay desigualdad en el reparto de los cuidados se arguye con frecuencia que eso es resultado de una elección de las mujeres y de las familias. Eso puede ser en muchos casos cierto. En un estudio reciente llevado a cabo en Inglaterra la mayoría de las familias con niños indicaron su preferencia por el modelo del 1,5, esto es, por un modelo en el que uno de los progenitores trabaja a tiempo completo y el otro, media jornada. Y el 10 por 100 de los hombres y el 13 por 100 de las mujeres indicaron, además, que no les parecía adecuado que fuera el hombre quien optara por reducir los tiempos de trabajo remunerado<sup>51</sup>. No descarto incluso que la maternidad como hecho biológico influya en la inclinación de muchas mujeres por la dedicación a la familia, pues como ha puesto de manifiesto Shelley E. Taylor el cuidado de los dependientes está grabado en nuestros genes<sup>52</sup>. Pero el hecho de que la dedicación a la familia sea una elección o un condicionamiento no justifica ni legitima la injusticia que puede generarse en caso de ruptura familiar, pues esa dedicación no benefició únicamente

<sup>47</sup> FINEMAN, M. A, *op. cit.*, nota 45, p. 1420.

<sup>48</sup> Véase BALCELLS I VENTURA, L., «Analyzing the division of household labor within Spanish families», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 67, 2009, núm. 1, pp. 83-105.

<sup>49</sup> Como apuntan U. Beck y E. Beck-Gernsheim, la decisión de quien cuida a los niños implícitamente decide qué carrera profesional es prioritaria. Véase BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., *op. cit.*, nota 42, p. 25.

<sup>50</sup> Véase FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable subject...», *op. cit.*, nota 46, p. 18.

<sup>51</sup> Véase el *Modern Family Index* de 2018, <https://www.workingfamilies.org.uk/news/2018-modern-families-index/>.

<sup>52</sup> TAYLOR, S. E., *The tending instinct How nurturing is essential to who we are and how we live*, Nueva York, Times Books, 2002, pp. 8-12.

al cuidador, sino a toda la familia y a la sociedad en general en la medida en la que esta confía a la familia el cuidado de la dependencia.

29. ¿Qué relación guarda lo anterior con la autonomía conflictual? Guarda relación con la vertiente negativa de la autonomía de la voluntad conflictual a la que no se suele prestar atención, porque en el ámbito de los contratos comerciales internacionales no reviste importancia. La autonomía de la voluntad conflictual implica no únicamente la selección de un ordenamiento jurídico, sino la «deselección» del que se hubiera aplicado en defecto del anterior. Cuando, como ocurre en materia de contratos comerciales, el Derecho que se deselecciona es mayoritariamente dispositivo este aspecto negativo tiene menor relevancia que si en el Derecho material hay muchas normas imperativas. Porque las normas dispositivas se pueden deseleccionar mediante pacto y, por consiguiente, no es trascendente que el pacto de elección de ley implique su evitación. Si las normas que se excluyen son, en cambio, imperativas la elección de ley implica que indirectamente se permite su exclusión. Esto es relevante independientemente de que sea o no el motivo de la elección, porque preservar a la familia es responsabilidad del Estado<sup>53</sup>.

30. En el ámbito del Derecho de familia las normas imperativas se justifican por la protección de la familia y de sus miembros. Aunque la teoría contractual tenga cierto atractivo para explicar la dinámica familiar, lo cierto es que en el Derecho material de familia hay un núcleo de disposiciones que las partes no pueden excluir. El régimen primario del matrimonio, por ejemplo, asegura en algunos ordenamientos que, sea cual sea la titularidad sobre la vivienda familiar, no cabe la libre disposición sobre la misma sin el consentimiento de ambos cónyuges. Muchos ordenamientos impiden la exclusión anticipada de las obligaciones de alimentos y/o los pagos compensatorios. Todos los ordenamientos intentan encontrar un equilibrio entre la libertad de pacto y la necesidad de protección. Divergen, sin embargo, en la ponderación de uno y otro interés. Diverge además el contexto social en cada Estado, pues no es obviamente lo mismo la renuncia a las prestaciones de alimentos en un Estado social fuerte que garantiza a todos los ciudadanos un nivel de protección mínimo a través de pensiones públicas que en un Estado que tiene un nivel de prestaciones sociales muy reducido.

31. La problemática anteriormente descrita no es nueva para el Derecho internacional privado. La vertiente negativa de la autonomía de la voluntad ha sido objeto de atención en los denominados contratos de parte débil. En el ámbito de la Unión Europea, la solución no ha sido, como es sabido, la exclusión de la autonomía de la voluntad como ocurre en el DIPr suizo<sup>54</sup>, sino el establecimiento de un régimen especial en virtud del cual la elección de la

---

<sup>53</sup> RÖTHEL, A., «Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts», en RÖTHEL, A. y HEIDERHOFF, B., *Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, Fráncfort, Wolfgang Metzner Verlag, 2012, pp. 17-33.

<sup>54</sup> Véase el art. 120.2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado.



ley aplicable no priva a la parte débil de la protección que le dispensan las normas imperativas del Derecho de su residencia habitual<sup>55</sup>.

32. Este modelo no puede, sin embargo, trasladarse al Derecho de familia pues en este ámbito no puede identificarse una parte débil. La debilidad del consumidor o trabajador radica en que típicamente tiene un menor poder de negociación que la contraparte, el comerciante. Esa desigualdad de armas genera el riesgo de que la elección de la ley aplicable sea una imposición de la parte fuerte que produzca perjuicios a la parte débil<sup>56</sup>. Esta situación no se produce en el ámbito familiar, esencialmente, porque ni puede decirse que la mujer tenga, por ser mujer, un menor poder de negociación, ni tampoco que el hombre tenga por el hecho de ser hombre un mayor poder. No ha de perderse de vista tampoco que en ocasiones las parejas pueden ser de dos hombres o dos mujeres. En realidad, en el ámbito familiar ambas partes pueden ser partes débiles<sup>57</sup>, incluso simultáneamente, dependiendo de las circunstancias del caso concreto porque la vulnerabilidad tiene múltiples facetas, puede ser económica pero también cultural, social, psicológica.

33. La vulnerabilidad no es, consustancial, a una de las partes sino el elemento que caracteriza la relación. Los miembros de la pareja no suelen tener una actitud vigilante cuando negocian, si es que lo hacen de manera explícita, los términos de su relación. Psicológicamente no es habitual que contemplen de manera realista los riesgos de ruptura ni las adversidades que les pueden ocurrir. Forma parte de la naturaleza humana que los supervivientes de un terremoto tarden únicamente quince días en recuperar niveles poco realistas de optimismo respecto a la posibilidad de ser víctimas de un desastre natural<sup>58</sup>. Es también consustancial a la vulnerabilidad del ser humano que en caso de ruptura familiar las partes sean víctimas de sus emociones, que quien se siente culpable o que quien teme perder la custodia o el contacto con los hijos acabe renunciando a lo que le corresponde o, al revés, que quien ha sido herido albergue sentimientos de venganza. No se pueden tampoco excluir las relaciones familiares abusivas, en las que un miembro de la pareja explota la mayor vulnerabilidad del otro. Pero, por otro lado, la vulnerabilidad es únicamente un riesgo que amenaza a la relación, no una certeza. Nada excluye que los sentimientos de solidaridad y cuidado recíproco sobrevivan a la adversidad y la ruptura.

34. Tomar conciencia de la vulnerabilidad no quiere, por tanto, decir que se deba excluir la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito del

---

<sup>55</sup> Arts. 6 y 8 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177*, de 4 de julio de 2008.

<sup>56</sup> RÜHL, G., «The protection of weaker parties in the Private international law of the European Union: a portrait of inconsistency and conceptual truancy», *Journal of Private international law*, vol. 10, 2014, núm. 3, pp. 335-358.

<sup>57</sup> Esto ya lo afirmó F. Pocar con relación al acreedor y deudor de alimentos. Véase POCAR, F., «La protection de la partie faible en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 188, 1984, pp. 339-418, esp. p. 351.

<sup>58</sup> GILBERT, D., *Stumbling on happiness*, 1.ª ed., Nueva York, Knopf, 2006, p. 18.

Derecho de familia. He señalado con anterioridad que desempeña una función útil en tanto que contribuye a fijar los términos jurídicos de la relación, lo que me parece particularmente relevante en un contexto como el actual, en el que un número creciente de familias lleva una vida transnacional, caracterizada por un ir y venir entre jurisdicciones. La autonomía de la voluntad conflictual es un instrumento que facilita que las familias tomen las decisiones más adecuadas a sus circunstancias, en definitiva, que los individuos ejerzan la responsabilidad sobre el rumbo de sus vidas. La naturaleza especial de las relaciones familiares únicamente implica que debe construirse un régimen jurídico especial de la elección de ley, que no es adecuado trasladar irreflexivamente a este sector material la regulación propia del sector de los contratos. Porque el contexto nada tiene que ver y porque mientras que en el ámbito comercial es lícito y legítimo que quien no vela adecuadamente por sus propios intereses pierda la partida, en el ámbito de las relaciones familiares no es moralmente correcto penalizar a quien antepuso los intereses de la familia a los propios.

#### 4. CONCLUSIONES

35. La autonomía de la voluntad conflictual permite reducir la incertidumbre consustancial a las relaciones familiares internacionales. La fijación del marco jurídico en el que se desenvuelven las relaciones familiares facilita que las familias puedan tomar las decisiones que más les convienen, contribuyendo asimismo a la reducción de la conflictividad.

36. La autonomía de la voluntad conflictual no puede, sin embargo, ir en contra de lo que significa ser familia. Su regulación ha de tener en cuenta la función social que desempeña la familia y la especial naturaleza de las relaciones familiares en las que típicamente se lleva a cabo las labores de cuidado necesarias como consecuencia de la vulnerabilidad y la dependencia del ser humano en distintas etapas vitales. Desde el punto de vista del DIPr es necesario atender, en especial, a la vertiente negativa de la autonomía de la voluntad, puesto que esta permite la «deselección» de normas imperativas de naturaleza protectora que buscan garantizar que dichas labores de cuidado se puedan desempeñar.

#### RESUMEN

##### REFLEXIONES EN TORNO A LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

El presente estudio explora la función de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia internacional. Se distingue la función abstracta de la regla de los motivos que presiden su activación en el concreto contrato de elección de ley. Mientras que en este último predominan los motivos particulares de las partes que eligen un concreto ordenamiento guiados por sus intereses y conveniencia, la función de la regla de la autonomía es la fijación del marco jurídico de la relación. La regla resulta especialmente útil en

un contexto de movilidad circular en el que un número creciente de familias lleva una vida transnacional. Es, además, especialmente adecuada como contrapeso a reglas objetivas que designan la ley de la residencia habitual.

La autonomía de la voluntad conflictual plantea, no obstante, riesgos al insertarse en un contexto de relaciones jurídicas en las que las partes no buscan necesariamente la maximización de su interés individual y en el que emergen con fuerza roles de género vinculados a los cuidados que requiere la vulnerabilidad y la dependencia.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad conflictual, pacto de elección de ley, fundamento, naturaleza de las relaciones familiares.

### ABSTRACT

#### REFLECTIONS ON THE ROLE OF PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL FAMILY LAW

The present study explores the rationale of party autonomy in International Family law. It distinguishes the abstract function of the choice of law rule from the reasons for activating it and concluding a choice of law contract. Whereas the reasons of the parties prevail in the latter, when parties select the applicable law in accordance to their interest and convenience, the function of the party autonomy rule is fixing the legal context of their relationship. This is particularly interesting since mobility has become circular and an increasing number of families leads a truly transnational life. It is also particularly adequate as a counterweight to objective rules designating the law of habitual residence.

Party autonomy in choice of law is, however, not without risks in a context of family relationships where parties do not necessarily seek the maximization of individual interest and where gender roles emerge forcefully in connection to the care required by vulnerability and dependency.

**Keywords:** party autonomy, choice-of-law contract, rationale, nature of family relationships.



## PROSPECCIONES TURCAS EN AGUAS CHIPRIOTAS, UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL ENFRENTAMIENTO

Ángeles JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES.—3. ESPACIOS MARINOS CHIPRIOTAS.—4. PROSPECCIONES Y PERFORACIONES.—5. TURQUÍA Y EL DERECHO DEL MAR A LA CARTA.—6. LOS RECURSOS NATURALES DEL NORTE DE CHIPRE.—7. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El 4 de mayo de 2019 Chipre depositó ante el secretario general de las Naciones Unidas las coordenadas exteriores de su zona económica exclusiva (ZEE) y su plataforma continental<sup>1</sup>. Este hecho constituye una respuesta a las perforaciones iniciadas por el buque sonda turco *Fatih* en el Mediterráneo oriental tras el hallazgo del yacimiento Afrodita.

2. Este enfrentamiento marítimo se suma al conflicto político y étnico que sufre la isla chipriota desde la ocupación turca. Turquía, autoproclamada valedora de los derechos de la República Turca del Norte de Chipre, no se ha adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)<sup>2</sup>. Es el único Estado miembro de las Naciones Unidas que no

---

\* The Nippon Foundation Lecturer on Ocean Governance, IMO International Maritime Law Institute, Malta ([angeles.jgcarriazo@imli.org](mailto:angeles.jgcarriazo@imli.org)). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 23 de noviembre de 2019.

<sup>1</sup> M. Z. N. 144.2019.LOS (Notificación de Espacios Marítimos) de 7 de mayo de 2019: depósito por parte de Chipre de una lista de coordenadas geográficas de puntos, acompañada de un mapa ilustrativo, en relación con los límites exteriores norte y noroeste de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, tal como figuran en la Notificación del ministro de Relaciones Exteriores de la República de Chipre hecha de conformidad con el art. 3, párr. 3, de la Ley de Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental [consolidación de la Ley 64(1)/2004, 97(1)/2014].

<sup>2</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, fue aprobada en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada entre 1973 y 1982. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, 1833 UNTS 399.

reconoce a Chipre y que, por tanto, se opone a las perforaciones que Nicosia reclama en sus aguas en virtud del Derecho internacional.

3. La falta de entendimiento entre los dos Estados y entre las dos comunidades chipriotas hacen que los límites marítimos trazados no coincidan. Esta cuestión se ve agravada por el hallazgo de gas natural, lo que ha hecho que el enfrentamiento cobre una nueva dimensión.

## 2. ANTECEDENTES

4. La presencia de hidrocarburos en el Mediterráneo oriental marca un nuevo hito en las tensas relaciones entre Chipre y Turquía. El ya histórico conflicto político-étnico-religioso se ha tornado económico con el descubrimiento de yacimientos de gas natural en la ZEE chipriota.

5. Desde la Antigüedad la isla de Chipre estuvo dominada por diversos pueblos hasta pasar a manos de los otomanos en el siglo XVI. Con la descomposición del imperio los británicos tomaron el control de Chipre, convirtiéndolo en un protectorado a través de un tratado firmado con el sultán Abdul Hamid II el 4 de junio del año 1878<sup>3</sup>. Cuando el Imperio otomano tomó partido en la Primera Guerra Mundial, el Reino Unido declaró unilateralmente la anexión de Chipre como colonia y la incorporó a la Corona. Turquía reconoció definitivamente esta anexión en el Tratado de Lausana de 1923<sup>4</sup>.

6. Durante el periodo colonial británico se produjeron tensiones entre las comunidades griegas y turcas. En los años cincuenta el sector grecochipriota inició una campaña a favor de la *Enosis* (anexión de Chipre a Grecia). El rechazo británico provocó la reacción armada de una mayoría griega dirigida por la Organización Nacional de Lucha Chipriota (EOKA), a la que la minoría turca respondió con la Organización de la Resistencia Turca (TMT). Las hostilidades se sucedieron hasta desembocar en una auténtica guerra civil que provocó desplazamientos con los que las dos comunidades se concentraron en áreas geográficas diferenciadas.

7. En las Conferencias de Zurich (1959) y Londres (1960), Turquía, Grecia y el Reino Unido alcanzaron un acuerdo para crear un Estado independiente y bicomunitario en Chipre. El 16 de agosto de 1960 se proclamó la República de Chipre.

<sup>3</sup> ALGORA WEBER, M. D., «El Conflicto de Chipre en Perspectiva Histórica», *Boletín Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN)*, núm. 273, pp. 27-43, esp. p. 28.

<sup>4</sup> Tratado firmado entre Turquía (sucesor del Imperio Otomano) y Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumanía y Yugoslavia. El tratado se firmó en Lausana el 24 de julio de 1923 tras una conferencia de siete meses. El tratado reconoció los límites del Estado moderno de Turquía. Turquía no reclamó sus antiguas provincias árabes y reconoció la posesión británica de Chipre y la posesión italiana del Dodecaneso. Los aliados abandonaron sus demandas de autonomía para el Kurdistán turco y la cesión de territorio por parte de Turquía a Armenia. Los estrechos turcos entre el mar Egeo y el mar Negro se declararon abiertos a la navegación.

8. Tras el golpe de Estado de los Coroneles en Grecia en 1967, los golpistas griegos depusieron al líder grecochipriota Makarios<sup>5</sup> y amenazaron con expulsar a todos los turcochipriotas de la isla. En respuesta al golpe militar e invocando la protección de la comunidad turca, Turquía invadió el norte de la isla el 20 de julio de 1974. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas condenaron la invasión de Chipre, la persistente ocupación militar, la colonización y los actos secesionistas que vinieron a continuación<sup>6</sup>.

9. El 15 de noviembre de 1983 se proclamó la República Turca del Norte de Chipre. La comunidad internacional, con la excepción de Turquía, no reconoce al sector turcochipriota como Estado. Desde entonces, la conocida como «línea verde» separa el tercio norte, dirigido por un Gobierno turcochipriota, del resto del territorio, el Estado independiente de la República de Chipre. En las Resoluciones 541(1983)<sup>7</sup> y 550(1984)<sup>8</sup> del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se condenaron la declaración unilateral y todos los actos secesionistas, que fueron declarados ilegales y se pidió su anulación inmediata. Asimismo, se instó a la comunidad internacional a que no reconociese esta entidad fruto del uso ilegítimo de la fuerza.

10. Durante las siguientes décadas el conflicto pasó por nuevos periodos de confrontación que involucraron a los dos Estados protectores de las comunidades chipriotas: Grecia y Turquía. En el inicio del siglo XXI el intervencionismo político se redujo paulatinamente. La victoria de Recep Tayyip Erdogan en Turquía y su deseo de integrarse en la Unión Europea (UE) rebajaron el discurso. El intento de reunificación del Plan Annan<sup>9</sup> fracasó sin lograr que se abrieran las negociaciones antes del ingreso de Chipre en la UE el 1 de mayo de 2004. Según los términos de la adhesión, Chipre ingresó en la Unión como territorio íntegro. Sin embargo, el acervo comunitario quedó suspendido en el norte de la isla<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> 15 de julio de 1974.

<sup>6</sup> Véanse, entre otras, las Resoluciones de la Asamblea General 3212 (XXIX) 1 de noviembre de 1974; (XXX) 20 de noviembre de 1975; 31/12 (1976) 12 de noviembre de 1976; 32/15 (1977) 9 de noviembre de 1977; 33/15 (1978) 9 de noviembre de 1978; 34/30 (1979) 20 de noviembre de 1979; 37/253 (1983) 13 de mayo de 1983; las Resoluciones del Consejo de Seguridad 353 (1974) 20 de julio de 1974; 354 (1974) 23 de julio de 1974; 355 (1974) 1 de agosto de 1974; 357 (1974) 14 de agosto de 1974; 358 (1974) 15 de agosto de 1974; 359 (1974) 15 de agosto de 1974; 360 (1974) 16 de agosto de 1974; 361 (1974) 30 de agosto de 1974; 364 (1974) 13 de diciembre de 1974; 365 (1974) 13 de diciembre de 1974; 367 (1975) 12 de marzo de 1975; 370 (1975) 13 de junio de 1975; 414 (1977) 15 de septiembre de 1977; 440 (1978) 27 de noviembre de 1978. Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, 2011, HRI/CORE/CYP/2011.

<sup>7</sup> Resolución 541 (1983) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 18 de noviembre de 1983.

<sup>8</sup> Resolución 550 (1984) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 11 de mayo de 1984.

<sup>9</sup> Plan Annan para Chipre, adoptado el 11 de noviembre de 2002, y revisado el 10 de diciembre de 2002, y el 26 de febrero de 2003. El plan Annan tenía como finalidad la reunificación de la República de Chipre. Para ello establecía la creación de una federación del Estado Grecochipriota y del Estado Turcochipriota, unidos conjuntamente por un aparato de gobierno federal mínimo. La propuesta fue sometida a referéndum, siendo rechazada por los grecochipriotas.

<sup>10</sup> ÖRMECI, O., «Cyprus Dispute towards a Solution», *International Multilingual Academic Journal*, vol. 3, 2016, núm. 2, pp. 103-114, esp. p. 104.

11. La última ronda de negociaciones para intentar superar el conflicto se desarrolló entre 2015 y 2017 bajo el patrocinio de las Naciones Unidas. Las reuniones más importantes se celebraron en la ciudad suiza de Crans-Montana en julio de 2017. La insistencia de Turquía en mantener las tropas y el *statu quo* del sistema de seguridad llevaron al fracaso de las negociaciones<sup>11</sup>.

12. Con los nuevos acontecimientos la tensión entre Nicosia y Ankara vuelve a ser perceptible, viéndose amenazado el frágil equilibrio entre las dos comunidades chipriotas.

### 3. ESPACIOS MARINOS CHIPRIOTAS

13. Chipre, como Estado independiente reconocido internacionalmente y parte de la CNUDM<sup>12</sup>, cuenta con los espacios marinos que proyectan sus 648 kilómetros de costa. Su Ley sobre Mar Territorial data de 1964<sup>13</sup> y define este espacio como la parte del mar que toca la orilla y se extiende hasta las 12 millas marinas, considerándolo una parte del territorio de Chipre sujeta a su soberanía.

14. Por medio de la Ley de Proclamación de la Zona Contigua<sup>14</sup> Chipre ejerce los poderes necesarios para prevenir y reprimir las violaciones de sus leyes y reglamentos en materia aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria, así como el control del tráfico de los objetos de naturaleza arqueológica e histórica encontrados en esta zona<sup>15</sup>.

15. Chipre declaró su ZEE en 2004<sup>16</sup> en virtud de la Ley de Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental. En consonancia con la CNUDM, el límite exterior de la ZEE de Chipre se define siguiendo el criterio de las 200 millas marinas de distancia desde las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial. Sin embargo, en áreas en las que la ZEE chipriota se solape con la ZEE de cualquier otro Estado con costas opuestas, la frontera marítima se determinará a través de un acuerdo entre las partes involucradas, o en ausencia de acuerdo, recurriendo a la regla de la equidistancia desde las líneas de base respectivas<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> SMITH, H., «Cyprus reunification talks collapse amid angry scenes», *The Guardian*, 7 de julio de 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/jul/07/cyprus-reunification-talks-collapse-amid-angry-scenes>.

<sup>12</sup> Ratificada el 12 de diciembre de 1988.

<sup>13</sup> Ley sobre Mar Territorial, núm. 45 de 1964, consolidada por las Leyes sobre el Mar Territorial 1964 y 2014 [45 de 1964, 95(1) de 2014] de octubre de 2014.

<sup>14</sup> Ley de Proclamación de la Zona Contigua de 2 de abril de 2004.

<sup>15</sup> DE PIETRI, D., «La Redefinición de la Zona Contigua por la Legislación Interna de los Estados», *REDI*, vol. 2010, LXII/1, pp. 119-144, esp. p. 135.

<sup>16</sup> Ley de Proclamación de la Zona Económica Exclusiva de 2 de abril de 2004, 64(1)/2004, reemplazada por la Ley de Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental [Ley 64(1)/2004, 97(1)/2014].

<sup>17</sup> Curiosamente, mientras que Turquía no acepta el principio de equidistancia para la delimitación marítima con Chipre, ha optado por este método para trazar el límite exterior de su plataforma continental frente a la costa de Egipto, ignorando por completo los derechos de Chipre y Grecia. Nota



16. Como todo Estado ribereño, Chipre ejerce en su ZEE derechos soberanos para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos de las aguas suprayacentes al lecho y al subsuelo marino<sup>18</sup>.

17. Chipre promulgó la Ley de Plataforma Continental de 5 de abril de 1974 (Ley 8/74), que salvaguarda los derechos y deberes del Estado ribereño de conformidad con la Convención de la Plataforma Continental de 1958<sup>19</sup>. En 1993 presentó a la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar un conjunto de coordenadas y un mapa con las líneas de base. La Ley de 1974 fue revocada por la mencionada Ley de Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental, que está en línea con las disposiciones de la CNUDM relativas a la plataforma continental.

18. El límite exterior de la plataforma continental se define en virtud del criterio de distancia de 200 millas marinas desde las líneas de base. La ley reconoce que el límite exterior de la plataforma coincidirá con el de la ZEE, salvo que se acuerde lo contrario. Sobre esta superficie, Chipre ejerce derechos soberanos a los efectos de exploración y explotación de sus recursos naturales.

19. El Mediterráneo es un mar semicerrado y estrecho. En su zona oriental, la cuenca aloja a Chipre, Grecia, Líbano, Siria, Israel, Turquía, Egipto, Libia, Jordania, Albania, Croacia, Eslovenia y Montenegro. La cercanía de Grecia, Turquía, Siria, Líbano, Israel y Egipto impide que Chipre pueda reclamar una ZEE y una plataforma continental hasta las 200 millas marinas. Los solapamientos han obligado a negociar una delimitación.

20. En este sentido, Chipre ha alcanzado acuerdos de delimitación de la ZEE con Egipto<sup>20</sup>, Líbano (no ratificado) e Israel<sup>21</sup>, basados en el método de la equidistancia<sup>22</sup>.

21. Chipre y el Líbano firmaron en enero de 2007 el acuerdo para la delimitación de su ZEE. Dicho acuerdo fue ratificado por Chipre, pero no por el Líbano, que objetó el acuerdo de delimitación de la ZEE entre Israel y Chipre firmado en diciembre de 2010.

22. El Líbano afirma que Nicosia no le consultó el cambio de la línea de equidistancia con Israel que privaría al Líbano de unos 854 kilómetros

---

verbal núm. 2004/Turkuno DT/4739, de 2 de marzo, de la Misión Permanente de Turquía ante las Naciones Unidas.

<sup>18</sup> Art. 56 CNUDM.

<sup>19</sup> Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 29 de abril de 1958. Entrada en vigor el 10 de junio de 1964, 499 UNTS 311.

<sup>20</sup> Acuerdo entre la República de Chipre y la República Árabe de Egipto sobre la Delimitación de la Zona Económica Exclusiva firmado en El Cairo el 17 de febrero de 2003. Entró en vigor el 7 de marzo de 2004, UNTS 2488.

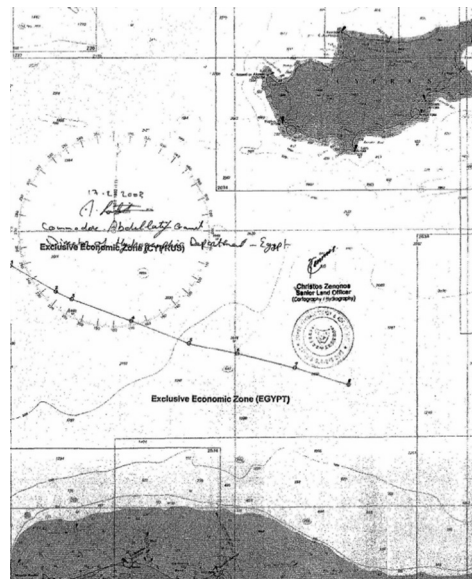
<sup>21</sup> Acuerdo entre el Gobierno del Estado de Israel y el Gobierno de la República de Chipre sobre la Delimitación de la Zona Económica Exclusiva firmado en Nicosia el 17 de diciembre de 2010. Entró en vigor el 25 de febrero de 2011, UNTS 2740.

<sup>22</sup> Estas delimitaciones afectan al sur de la isla.

cuadrados de sus aguas territoriales<sup>23</sup>. Beirut sostiene que el acuerdo Líbano-Chipre de 2007 establece que, a solicitud de cualquiera de las dos partes, cualquier mejora en la precisión posicional de la línea media será acordada por las dos partes usando los mismos principios<sup>24</sup>.

23. Es interesante observar que, aunque Israel no es parte de la CNUDM, el preámbulo de su acuerdo con Chipre recuerda las disposiciones de ese tratado en relación con la ZEE, así como las reglas y principios del Derecho internacional de los mares aplicables a la materia. Esto no hace más que reforzar la figura de la ZEE bajo el Derecho internacional consuetudinario.

**Figura 1.** Delimitación Chipre-Egipto



Fuente: División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, Naciones Unidas.

<sup>23</sup> Cabe plantearse la pregunta de por qué Chipre no consultó al Líbano durante sus negociaciones con Israel. Una de las respuestas podría estar relacionada con la explotación conjunta de recursos que Chipre acordó con Israel, en particular con respecto al gas natural licuado. MEIER, D., «Lebanon's Maritime Boundaries: Between Economic Opportunities and Military Confrontation», *Papers on Lebanon*, Centre for Lebanese Studies Visiting Fellow; St. Anthony's College, University of Oxford, 2013, p. 7.

<sup>24</sup> «Cyprus-Lebanon, Cyprus-Israel Offshore Delimitation», *Middle East Economic Survey*, vol. 55, 2012, núm. 40; GOWLLAND-DEBBAS, V., «The Legal Framework of Lebanon's Maritime Boundaries: The Exclusive Economic Zone and Offshore Hydrocarbon Resources», *Association Suisse pour le Dialogue Euro-Arabo-Musulman*, 2012; Carta de 20 de junio de 2011 dirigida al secretario general de las Naciones Unidas por el ministro de Relaciones Exteriores y Emigrantes del Líbano sobre el Acuerdo entre el Gobierno del Estado de Israel y el Gobierno de la República de Chipre sobre la delimitación de Zona Económica Exclusiva, firmada en Nicosia el 17 de diciembre de 2010.

**Figura 2.** Delimitación Chipre-Israel

Fuente: División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, Naciones Unidas.

24. Todos estos acuerdos fueron objetados por Turquía. Ankara estima que no hay una autoridad única que, de hecho o de Derecho, sea competente para representar conjuntamente a las comunidades turcochipriota y grecochipriota<sup>25</sup> y, por tanto, para vincularlas jurídicamente. Al no reconocer la soberanía de la República de Chipre, califica estos acuerdos como nulos. Tras el acuerdo con Egipto en 2003, Ankara considera que la delimitación de la ZEE y la plataforma continental en el Mediterráneo oriental, especialmente en áreas más allá de las partes occidentales del meridiano 32° 12' 18" E, afectan también a los derechos legales y soberanos de Turquía existentes *ipso facto* y *ab initio*, derivados de los principios establecidos de Derecho internacional<sup>26</sup>. En respuesta, Chipre declara que Turquía intenta coartar sin base legal alguna el derecho legítimo y soberano de Chipre a delimitar la ZEE con sus vecinos de mutuo acuerdo<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Comunicación de 4 de octubre de 2005 del Gobierno de Turquía sobre la Declaración de posición de las Autoridades Grecochipriotas con respecto a la Nota Informativa de Turquía, sobre la objeción de Turquía al Acuerdo entre las autoridades grecochipriotas y la República Árabe de Egipto sobre la delimitación de la Zona Económica Exclusiva del 17 de febrero de 2003, *Boletín de la Ley del Mar* núm. 59.

<sup>26</sup> Nota verbal núm. 2004/Turkuno DT/4739, de 2 de marzo, de la Misión Permanente de Turquía ante las Naciones Unidas, *Boletín de Derecho del Mar* núm. 54.

<sup>27</sup> Declaración de 28 de diciembre de 2004 mostrando la posición del Gobierno de la República de Chipre respecto a la nota de Turquía relativa a la objeción al Acuerdo entre la República de Chipre y la

#### 4. PROSPECCIONES Y PERFORACIONES

25. Chipre dividió su plataforma continental en 13 bloques y, en 2007, lanzó una licitación internacional para otorgar licencias de exploración de petróleo y gas natural. En 2011 la petrolera estadounidense Noble Energy, que operaba bajo licencia en las ZEE chipriota e israelí, anunció que había encontrado entre cinco y ocho trillones de pies cúbicos de gas natural en el bloque 12 del yacimiento Afrodita<sup>28</sup>.

26. Con el inicio de los sondeos por parte de Turquía en la ZEE y en la plataforma continental chipriotas la cuestión se agrava. El 27 de abril de 2012, el Gobierno turco concedió licencias de prospección de hidrocarburos a la Turkish Petroleum Corporation (TPAO)<sup>29</sup> en áreas marítimas del Mediterráneo oriental, algunas de las cuales se encuentran parcial o totalmente en la ZEE y la plataforma continental de Chipre<sup>30</sup>. Los grecochipriotas no retrocedieron, anunciando poco después que comenzarían una nueva ronda de licencias que cubriría los bloques de investigación restantes al sur de la isla<sup>31</sup>.

27. Al materializarse esta licitación, Turquía advierte que los bloques grecochipriotas 1, 4, 5, 6 y 7 se solapan con parte de su plataforma continental y añade que «no permitirá en ningún caso que las compañías petroleras extranjeras realicen actividades no autorizadas de exploración y explotación de petróleo/gas natural en estas áreas superpuestas y tomará todas las medidas necesarias para proteger sus derechos e intereses en las áreas marítimas que están dentro de su plataforma continental»<sup>32</sup>.

---

República Árabe de Egipto sobre la Delimitación de la Zona Económica Exclusiva de 17 de febrero de 2003, *Boletín de Derecho del Mar* núm. 57.

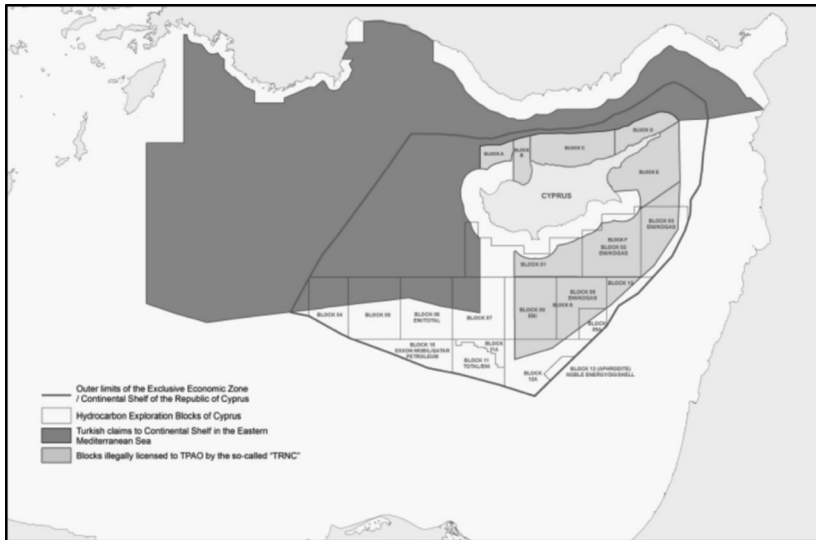
<sup>28</sup> «Noble Energy Announces Significant Natural Gas Discovery Offshore Republic of Cyprus», Cision PR Newswire, 28 de diciembre de 2011, <https://www.prnewswire.com/news-releases/noble-energy-announces-significant-natural-gas-discovery-offshore-republic-of-cyprus-136305648.html>.

<sup>29</sup> Empresa perteneciente al Ministerio de Energía y Recursos Naturales turco.

<sup>30</sup> Más concretamente, la Decisión 2012/2802 se refiere a la concesión de una licencia en el «bloque 5011», ubicado en parte (más del 40 por 100) en la ZEE y la plataforma continental de la República de Chipre; la Decisión 2012/2973 se refiere a la concesión de una licencia en el «bloque 5029», ubicado parcialmente (más del 60 por 100) en la ZEE y la plataforma continental de la República de Chipre; y la Decisión 2012/2968 se refiere a la concesión de una licencia en el «bloque 5027», ubicado en su integridad en la ZEE y la plataforma continental de la República de Chipre, y en el «bloque 5028», ubicado en parte (más del 90 por 100) en la ZEE y la plataforma continental de la República de Chipre. Carta de 15 de junio de 2012 dirigida al secretario general por el representante permanente de Chipre ante las Naciones Unidas, A/66/851.

<sup>31</sup> COLLINSWORTH, D. A., «Eastern Mediterranean Gas and Turkey's Position», en FAUSTMANN, H., GÜRTEL, A. y REICHBERG, G. M. (eds.), *Cyprus Offshore Hydrocarbons: Regional Politics and Wealth Distribution*, Friedrich Ebert Stiftung and the Peace Research Institute Oslo Cyprus Centre, 2012, pp. 23-28, esp. p. 24.

<sup>32</sup> Comunicado de prensa del Ministerio de Asuntos Exteriores de Turquía (núm. 43), «Regarding the Second International Tender for Off-Shore Hydrocarbon Exploration Called by the Greek Cypriot Administration (GCA)», de 15 de febrero de 2012. Traducción propia del original en inglés: «*Turkey, as it was before, will not allow under any circumstances foreign oil companies to conduct unauthorized oil/natural gas exploration and exploitation activities in these overlapping areas and will take all necessary measures to protect its rights and interests in the maritime areas falling within its continental shelf*».

**Figura 3.** Reivindicación turca

Fuente: TZIONIS, T., *Recent developments in the continental shelf/EEZ of the Republic of Cyprus*, Ministry of Foreign Affairs Republic of Cyprus.

28. Asimismo, en 2013 Turquía anunció la realización de estudios sísmológicos que, de acuerdo con las acusaciones de Chipre, tendrían lugar en un área que comprende parte de la ZEE y de la plataforma continental de la República de Chipre que Turquía reivindica como parte de su plataforma continental<sup>33</sup>. Estos estudios se desarrollaron entre el 5 de septiembre y el 18 de noviembre de 2013<sup>34</sup>, seguidos de actividades de levantamiento sísmológico entre el 12 de diciembre de 2013 y el 14 de enero de 2014<sup>35</sup>.

29. Ante las acusaciones de Chipre, Turquía informa de que los límites exteriores de la plataforma continental al oeste del meridiano 32° 16' 18" E quedaron definidos en 2004<sup>36</sup>. Añade además que el 21 de septiembre de 2011 Turquía y la República Turca del Norte de Chipre firmaron un acuerdo de delimitación de la plataforma continental<sup>37</sup>.

30. La delimitación se refiere exclusivamente a la plataforma continental y no a la ZEE. Esto responde a la postura sostenida por Turquía sobre la falta

<sup>33</sup> Carta de fecha 29 de octubre de 2013 dirigida al secretario general por el representante permanente de Chipre ante las Naciones Unidas, A/68/555-S/2013/634.

<sup>34</sup> Carta de fecha 5 de diciembre de 2013 dirigida al secretario general por el representante permanente de Chipre ante las Naciones Unidas, A/68/644-S/2013/720.

<sup>35</sup> Carta de fecha 13 de febrero de 2014 dirigida al secretario general por el representante permanente de Chipre ante las Naciones Unidas, A/68/759.

<sup>36</sup> Nota verbal núm. 2004/Turkuno DT/4739, de 2 de marzo.

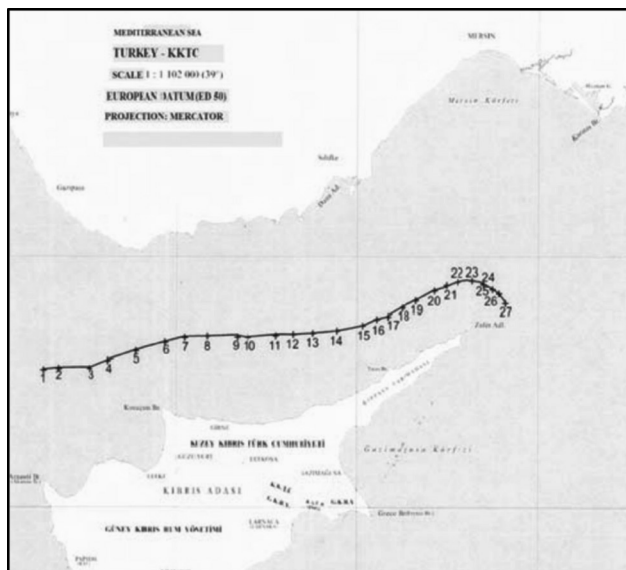
<sup>37</sup> Carta de fecha 25 de abril de 2014 dirigida al secretario general por el representante permanente de Turquía ante las Naciones Unidas, A/68/857.

de derecho de las islas para reclamar espacios marítimos más allá del mar territorial por su efecto distorsionador sobre la equidad.

31. Turquía estima que las islas del mar Egeo están situadas en la plataforma continental de Anatolia (Turquía) y, en consecuencia, no tienen plataforma continental propia. Este asunto fue motivo de fricción entre las delegaciones turca y griega durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>38</sup>. Resulta destacable el hecho de que esta postura perjudique los derechos de los turcochipriotas, ya que reduce su plataforma continental, así como los recursos que se podrían obtener de ella.

32. En línea con esta idea, Turquía considera que la isla de Chipre debería tener un efecto reducido frente a las costas turcas. En consecuencia, la delimitación se efectúa en virtud de principios equitativos que generan una línea más cercana a Chipre en algunos puntos, otorgando a Turquía un espacio marítimo más extenso.

**Figura 4.** Hipotética delimitación Turquía - República Turca del Norte de Chipre



Fuente: Ministerio Turco de Asuntos Exteriores.

<sup>38</sup> IOANNIDES, N. A., «The Continental Shelf Delimitation Agreement Between Turkey and TRNC», Blog of the European Journal of International Law: <https://www.ejiltalk.org/the-continental-shelf-delimitation-agreement-between-turkey-and-trnc/>, y GÜNDÜZLER, U., «United Nations Convention on Law of Sea as a Mixed Treaty of EU: a Headache for Turkey?», *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, vol. 12, 2013, núm. 2, pp. 61-80, esp. p. 64.

33. A raíz de esta delimitación, TPAO firmó un «acuerdo» con la República Turca del Norte de Chipre en virtud del cual esta última otorgaba concesiones a Turquía en las aguas adyacentes a la costa norte, este y sur chipriota<sup>39</sup>.

34. Chipre se opone a las reclamaciones de Turquía, que ignoran por completo la ZEE y la plataforma continental chipriotas, y destaca que el acuerdo de delimitación entre Turquía y el norte de Chipre de 21 de septiembre de 2011 es nulo y viola el Derecho internacional<sup>40</sup>:

«En este caso en particular, el “acuerdo de delimitación” al que Turquía hace referencia en su carta, así como en su nota verbal de fecha 10 de abril de 2014, es completamente nulo y sin valor y constituye una violación flagrante del Derecho internacional. Además, en las coordenadas que se enumeran en esas comunicaciones como definición de los presuntos límites de la plataforma continental de Turquía en la zona marítima entre la costa septentrional de la República de Chipre y la costa meridional de la República de Turquía no tienen validez alguna en virtud del Derecho internacional o la Convención».

35. A la luz de las resoluciones del Consejo de Seguridad que exigen el no reconocimiento de la República Turca del Norte de Chipre<sup>41</sup>, las autoridades turcochipriotas carecen de la capacidad para celebrar acuerdos internacionales oponibles a terceros Estados y de la facultad de hacer valer derechos soberanos o jurisdicción en el mar<sup>42</sup>.

36. Sin embargo, Ankara cuestiona la capacidad de Chipre para realizar exploraciones y emitir permisos, y declara expresamente que parte de los bloques para los que se han otorgado licencias pertenecen a la plataforma continental turca. En este sentido, Turquía ha llegado a amenazar con invocar un *casus belli* contra Nicosia y las dos compañías adjudicatarias del bloque 6 de la ZEE chipriota<sup>43</sup>:

«[D]eseo recalcar que la supuesta licencia de prospección y exploración marina concedida por la Administración Grecochipriota para el “Bloque 6” el 6 de abril de 2017 no tiene efecto jurídico alguno en los derechos soberanos de Turquía sobre su plataforma continental, que existen *ipso facto* y *ab initio*, a los fines de la prospección y explotación de sus recursos naturales.

Deseo reiterar que Turquía está decidida a proteger sus derechos soberanos emanantes del Derecho internacional y no permitirá que ninguna empresa extranjera realice sin autorización ninguna actividad de prospección y explotación de hidrocarburos en su plataforma continental, como ya se subrayó firmemente

<sup>39</sup> IOANNIDES, N. A., «Turkish Maritime Claims Offshore Cyprus», *Eastern Mediterranean Policy Note*, núm. 18, Cyprus Center for European and International Affairs, University of Nicosia, 2017, p. 6.

<sup>40</sup> Carta de fecha 19 de mayo de 2014 dirigida al secretario general por el representante permanente de Chipre ante las Naciones Unidas, A/68/883.

<sup>41</sup> Resoluciones 541(1983) y 550(1984) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

<sup>42</sup> FRANCKX, E. y BENATAR, M., «Turkish Objections to Exclusive Economic Zone Agreements Concluded by Cyprus», en PAZARTZIS, P. y GAVOUNELI, M. (eds.), *Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 217-242, esp. pp. 233-234.

<sup>43</sup> Carta de fecha 12 de abril de 2017 dirigida al secretario general por el representante permanente de Turquía ante las Naciones Unidas, A/71/875-S/2017/321.

en varias declaraciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en la materia, la más reciente de ellas de fecha 6 de abril de 2017».

37. La provocativa acción exploratoria de Turquía suscita preocupaciones a la comunidad internacional. La UE respalda a su Estado miembro y ha condenado enérgicamente las perforaciones llevadas a cabo por Turquía en espacios marinos chipriotas. En este sentido, la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Federica Mogherini ha declarado que<sup>44</sup>:

«Expresamos gran preocupación por la intención anunciada de Turquía de llevar a cabo actividades de perforación en la zona económica exclusiva de Chipre. En marzo de 2018, el Consejo Europeo condenó enérgicamente las continuas acciones ilegales de Turquía en el Mediterráneo oriental<sup>45</sup>. En este contexto, hacemos un llamado urgente a Turquía para que muestre moderación, respete los derechos soberanos de Chipre en su zona económica exclusiva y evite cualquier acción ilegal a la que la UE responderá de manera adecuada y en plena solidaridad con Chipre».

38. Asimismo, el entonces presidente del Parlamento Europeo, Antonio Tajani, describió los planes de Turquía como «una violación del Derecho internacional»<sup>46</sup>:

«La República de Chipre tiene el derecho pleno y soberano de explorar y explotar los recursos naturales dentro de su ZEE. Estamos con Chipre para salvaguardar sus derechos respaldados por el Derecho internacional y europeo».

39. Las conclusiones del Consejo Europeo de 15 de julio de 2019 muestran su total apoyo a Chipre<sup>47</sup>. El Consejo ha aprobado un marco legal para poder imponer sanciones a Ankara por las perforaciones. El marco permitirá sancionar a las personas o entidades responsables o involucradas en actividades de perforación no autorizadas en el Mediterráneo Oriental<sup>48</sup>.

40. El último movimiento de Chipre ha sido notificar los puntos exteriores de su ZEE y su plataforma continental en virtud de los arts. 75, párr. 2 y

<sup>44</sup> Declaración de la Alta Representante-Vicepresidenta Federica Mogherini sobre las actividades de perforación previstas por Turquía en la zona económica exclusiva de Chipre, Bruselas, 4 de mayo de 2019, [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/61836/statement-high-representativevice-president-federica-mogherini-turkeys-intended-drilling\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/61836/statement-high-representativevice-president-federica-mogherini-turkeys-intended-drilling_en).

<sup>45</sup> El Consejo Europeo, en sus Conclusiones de marzo de 2018, pidió a Turquía «que ponga fin a estas acciones ilegales y respete los derechos soberanos de Chipre para explorar y explotar sus recursos naturales, en consonancia con el Derecho internacional y de la UE», recordando al mismo tiempo, «la obligación de Turquía de respetar el Derecho internacional y las relaciones de buena vecindad, y de normalizar las relaciones con todos los Estados miembros de la UE, incluida la República de Chipre». Conclusiones del Consejo Europeo, 22-23 de marzo de 2018, EUCO 1/18, CO EUR 1, CONCL 1.

<sup>46</sup> «War of nerves over Cyprus gas», *Ekathimerini*, 7 de mayo de 2019, <http://www.ekathimerini.com/240176/article/ekathimerini/news/war-of-nerves-over-cyprus-gas>.

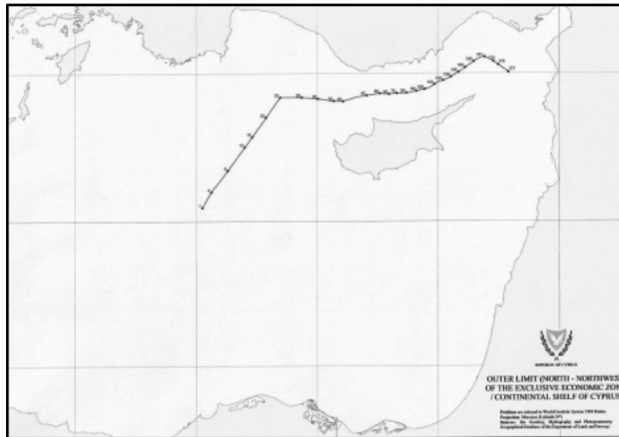
<sup>47</sup> Conclusiones del Consejo sobre las actividades de perforación turcas en el Mediterráneo oriental, comunicado de prensa, 15 de julio de 2019.

<sup>48</sup> Actividades ilegales de perforación de Turquía en el Mediterráneo Oriental: el Consejo adopta un marco para sanciones, comunicado de prensa, 11 de noviembre de 2019, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/11/11/turkey-s-illegal-drilling-activities-in-the-eastern-mediterranean-council-adopts-framework-for-sanctions/>.



84, párr. 2 de la CNUDM<sup>49</sup>. La lista de coordenadas geográficas describe el límite exterior norte y noroeste de ambos espacios marinos.

**Figura 5.** Límites externos de la ZEE y la plataforma continental chipriota



Fuente: República de Chipre, Ministerio de Asuntos Exteriores.

41. Por su parte, Turquía ha desplegado dos nuevos buques de prospección, el *Yavuz* y el *Barbaros*, que, junto con el *Fatih*, operan en la costa noreste, sur y oeste de Chipre, respectivamente<sup>50</sup>. El 8 de julio de 2019, el buque *Yavuz* se desplegó en el mar territorial chipriota, a unas diez millas marinas al sur de la península de Karpasia, al este de la isla<sup>51</sup>.

42. En el último paso diplomático en respuesta a las incursiones de Ankara, Nicosia ha emitido una orden de arresto internacional para la tripulación del buque turco *Fatih*<sup>52</sup>.

## 5. TURQUÍA Y EL DERECHO DEL MAR A LA CARTA

43. Turquía no es parte de la CNUDM, y, como tal, no está obligada por sus disposiciones. Sin embargo, las cuestiones marítimas dependen de las fuentes de Derecho internacional, que incluyen el Derecho internacional con-

<sup>49</sup> M. Z. N. 144.2019.LOS.

<sup>50</sup> «Turkey defends right to drill in Mediterranean, “without any hesitation”», *TRT World*, 11 de agosto de 2019, <https://www.trtworld.com/turkey/turkey-defends-right-to-drill-in-mediterranean-without-any-hesitation-28931>.

<sup>51</sup> Carta de fecha 11 de julio de 2019 dirigida al secretario general por la encargada de negocios interina de la Misión Permanente de Chipre ante las Naciones Unidas, A/73/944-S/2019/564.

<sup>52</sup> «Cyprus issues arrest warrants for Turkey drill ship crew», *Reuters*, 13 de junio de 2019, <https://www.reuters.com/article/us-cyprus-turkey/cyprus-issues-arrest-warrants-for-turkey-drill-ship-crew-idUSKCNITE2ED>.

suetudinario. Numerosos aspectos de la Convención han sido aceptados como costumbre internacional al generarse un consenso sobre su aplicabilidad.

44. La idea de un espacio más allá del mar territorial sujeto a control estatal es previa a la CNUDM. En 1945, el entonces Presidente de Estados Unidos Harry Truman se refirió a la posibilidad de que el gobierno estadounidense estableciese áreas de conservación en alta mar en las que las actividades pesqueras estuvieran reguladas por el Estado<sup>53</sup>, así como a que la plataforma continental pudiera ser considerada como una extensión de la masa continental del Estado ribereño bajo el agua, sujeta a la jurisdicción y al control del Estado ribereño<sup>54</sup>.

45. Asimismo, diversos Estados trataron de ampliar su jurisdicción con fines de explotación pesquera con instituciones análogas. En este sentido, el 18 de agosto de 1952, a través de la Declaración de Santiago, Chile, Ecuador y Perú proclamaron su soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas<sup>55</sup>.

46. En 1972, los países caribeños<sup>56</sup> proclamaron la existencia de un mar patrimonial<sup>57</sup>, cuya anchura alcanzaba las 200 millas marinas y en el que los Estados ribereños ejercían su soberanía sobre los recursos naturales que se encontrasen en las aguas, en el lecho y en el subsuelo de la zona adyacente al mar territorial<sup>58</sup>.

47. En el mismo año, una serie de países africanos desarrollaron la idea de un espacio económico que se extendiese hasta las 200 millas marinas y que comprendiese la plataforma continental y sus recursos, así como las aguas suprayacentes y sus recursos. Estas ideas fraguaron en el Informe General de Yaundé sobre el Derecho del Mar<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> «United States, Proclamation by the President with respect to Coastal Fisheries in certain Areas of the High Sea», 28 de septiembre de 1945 (1946) AJIL.

<sup>54</sup> Proclamation 2667 of September 28, 1945: Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf.

<sup>55</sup> Ruiz Bourgeois, J., Delegado de Chile; Fernández Salazar, J., Delegado del Ecuador; Ulloa, A., Delegado de Perú. Declaración de Santiago (Declaración sobre Zona Marítima) de 18 de agosto de 1952.

<sup>56</sup> En la Conferencia de Santo Domingo participaron los trece Estados ribereños del mar Caribe (Barbados, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela), además de El Salvador y Guyana como observadores.

<sup>57</sup> El término mar patrimonial fue acuñado por el diplomático chileno Vargas Carreño. Véase MÉNDEZ SILVA, R., *El mar patrimonial en América Latina*, Ciudad de México, Edición Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

<sup>58</sup> Declaración de Santo Domingo aprobada por la Reunión de Ministros de la Conferencia Especializada de los Países del Caribe sobre los Problemas del Mar el 9 de junio de 1972.

<sup>59</sup> Diecisiete países africanos se reunieron del 22 al 30 de junio de 1972 en Yaundé (Camerún). Las conclusiones de este informe fueron presentadas a la Comisión preparatoria de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar. Conclusiones en el Informe General del Seminario Regional de los Estados Africano sobre el Derecho del Mar, celebrado en Yaundé, 20-30 de junio de 1972, Serie Legislativa de las Naciones Unidas, ST/LEG/SER.B/16, p. 601.

48. A lo largo de la década de 1970, en consonancia con los textos de la negociación de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, múltiples Estados declararon sus ZEE unilateralmente, facilitando su consolidación convencional y consuetudinaria<sup>60</sup>. En este sentido, 98 Estados extendieron su jurisdicción pesquera más allá de las 12 millas marinas, 80 de ellos reclamaron además un límite exterior en las 200 millas marinas bajo distintas formas: zona económica exclusiva, zona de pesca exclusiva e incluso mar territorial<sup>61</sup>.

49. En 1985, tres años después de concluir la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia reconoció el carácter consuetudinario de la ZEE<sup>62</sup>:

«En opinión del Tribunal es indiscutible que, aparte de esas disposiciones, la institución de la zona económica exclusiva, con su regla sobre el Derecho en virtud de la distancia, se demuestra por la práctica de los Estados y se ha convertido en parte del Derecho consuetudinario».

50. De este modo, el tribunal determinó que las reglas que gobiernan la ZEE ya estaban enraizadas en la práctica estatal y el Derecho internacional consuetudinario en 1985, es decir, incluso antes de que la Convención entrara en vigor en 1994.

51. Sobre la base de lo anterior, Turquía está obligada por la costumbre internacional a respetar la ZEE declarada por Chipre. En este sentido, la realización de prospecciones y de operaciones de perforación por los buques turcos en la plataforma continental y la ZEE chipriota infringe los derechos soberanos exclusivos de Chipre para los fines de exploración y explotación de los recursos naturales<sup>63</sup> y la regulación de las perforaciones<sup>64</sup> en su plataforma continental, así como los derechos de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales de su ZEE<sup>65</sup>.

52. Asimismo, Turquía debe respetar el derecho exclusivo de Chipre en relación con las instalaciones y estructuras. La presencia de los buques son-

<sup>60</sup> LEANZA, U. y CARACCILOLO, C., «The Exclusive Economic Zone», en ATTARD, D., FITZMAURICE, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, N. (eds.) *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 200.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 200; ATTARD, D., *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 3-31.

<sup>62</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, ICJ Reports 1985, p. 13, párr. 34. Traducción propia del original en inglés: «*It is in the Court's view incontestable that, apart from those provisions, the institution of the exclusive economic zone, with its rule on entitlement by reason of distance, is shown by the practice of States to have become a part of customary law*».

Ya en 1978, en el arbitraje sobre la plataforma continental de las islas Anglonormandas, el concepto de ZEE fue objeto de discusión por las partes en términos de consenso y su efecto en el Derecho, pero el tribunal no llegó a aceptar este argumento debido a la consideración de que todavía no había indicaciones concluyentes al respecto. *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France)*, Award, vol. XVIII, pp. 3-413. ORREGO VICUÑA, F., *The Exclusive Economic Zone. Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 237.

<sup>63</sup> Art. 77 CNUDM.

<sup>64</sup> Art. 81 CNUDM.

<sup>65</sup> Art. 56.1(a) CNUDM.

da turcos viola la jurisdicción del Estado ribereño con respecto al establecimiento y la utilización de instalaciones y estructuras<sup>66</sup>, así como el derecho exclusivo sobre dichas instalaciones y estructuras en la ZEE<sup>67</sup> y la plataforma continental<sup>68</sup>. Estas reglas reflejan normas de Derecho internacional consuetudinario que vinculan a Turquía<sup>69</sup>.

53. La declaración turca que señala que los bloques grecochipriotas 1, 4, 5, 6 y 7 se solapan con parte de su plataforma continental responde a la intención de Turquía de incluir las áreas al sudoeste y oeste de Chipre como parte de la plataforma continental turca. Estas reclamaciones no se han limitado a Chipre. Turquía ha indicado que su plataforma continental se adentra claramente en el Mediterráneo y el Egeo, lo que viola la soberanía territorial de sus vecinos<sup>70</sup>.

54. Con esta postura Turquía también contradice su supuesto interés en proteger los derechos de los turcochipriotas, ya que les priva de espacio marítimo en el que podrían explotar los recursos naturales.

55. Por otro lado, el art. 121, párr. 2 de la CNUDM establece claramente que las islas, sin importar su tamaño, disfrutan del mismo estatuto, y, por consiguiente, generan los mismos derechos marítimos, que otros territorios terrestres. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que esta disposición refleja Derecho internacional consuetudinario<sup>71</sup>.

56. Turquía ha declarado su ZEE hasta el límite permitido por la CNUDM en el Mar Negro<sup>72</sup>. Sin embargo, los sucesivos gobiernos turcos se niegan a adherirse a la CNUDM, optando por un Derecho del mar a la carta. Turquía cuestiona el derecho de la República de Chipre a perforar en su propia ZEE y continúa ocupando ilegalmente una parte considerable de las zonas marítimas chipriotas, impidiendo que esta ejerza un control efectivo sobre un espacio donde ostenta ciertos derechos soberanos exclusivos.

## 6. LOS RECURSOS NATURALES DEL NORTE DE CHIPRE

57. En vista a lo aquí relatado, ¿qué ocurre con los recursos que se encuentran al norte de la isla de Chipre?, ¿los puede explotar la República de

<sup>66</sup> Art. 56.1(b)(i) CNUDM.

<sup>67</sup> Art. 60.1(b) CNUDM.

<sup>68</sup> Art. 80 CNUDM.

<sup>69</sup> Turquía ha adoptado legislación relativa a sus espacios marinos: Ley núm. 2674, de 20 de mayo de 1982, sobre el Mar Territorial de la República de Turquía; Decreto del Consejo de Ministros núm. 8/4742; Decreto del Consejo de Ministros, núm. 86/11264, de 17 de diciembre de 1986, y Reglamento de tráfico marítimo para los Estrechos Turcos y la Región de Mármara que entró en vigor el 1 de julio de 1994.

<sup>70</sup> Así ha ocurrido con las islas griegas de Creta, Rodas y Kastelórizo. Véase IOANNIDES, N. A., nota 39, *supra*, p. 5.

<sup>71</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 40, párr. 185.

<sup>72</sup> Decreto del Consejo de Ministros, núm. 86/11264, de 17 de diciembre.

Chipre?, ¿tiene algún valor el acuerdo de delimitación entre Turquía y la República Turca del Norte de Chipre?

58. Los recursos localizados en la costa norte de Chipre pertenecen al Estado. *De jure* la República Turca del Norte de Chipre forma parte de Chipre y, por tanto, este sector puede participar en las actividades de exploración y explotación. Lo que no puede es autorizar unilateralmente a Turquía operaciones de perforación en los espacios marítimos chipriotas, operaciones que además, causan un daño irreparable a los fondos marinos y su subsuelo y, por consiguiente, producen daños irreversibles a los derechos soberanos de ambas comunidades chipriotas, así como al medio marino.

59. El Gobierno de la República de Chipre es el único legítimo de la isla reconocido por la comunidad internacional, por tanto, esta es la única autoridad competente para celebrar tratados internacionales que afecten al norte de la isla.

60. La obligación de no reconocer a la República Turca del Norte de Chipre vincula a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, incluida Turquía, en virtud de la regla de Derecho internacional consuetudinario de no reconocer a ninguna entidad que surja fruto del uso ilegítimo de la fuerza<sup>73</sup>. El nacimiento violento de la República Turca del Norte de Chipre es manifiesto, y tal como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el régimen en el norte de Chipre opera bajo el control efectivo de Turquía<sup>74</sup>. En consecuencia, las acciones de la República Turca del Norte de Chipre son imputables a Turquía, lo que deja sin valor alguno al acuerdo de delimitación entre ambos y las concesiones otorgadas<sup>75</sup>.

61. Los turcochipriotas, por su parte, han intentado posicionarse y presentarse como actores (y no como meros observadores) en sus contactos con actores internacionales. Sin embargo, la subordinación turcochipriota a los movimientos estratégicos de Ankara limita la autenticidad de las reclamaciones de la República Turca del Norte de Chipre<sup>76</sup>. Los líderes turcochipriotas han tratado de incorporar el tema de los hidrocarburos a las negociaciones formales, proponiendo el establecimiento de un fondo administrado mutuamente. La República de Chipre ha declarado su compromiso de compartir, pero estas garantías siguen siendo verbales y no están integradas en las negociaciones<sup>77</sup>.

62. El derecho a declarar unilateralmente la ZEE está claramente reconocido a todo Estado ribereño. Sin embargo, cuando hay países vecinos

<sup>73</sup> LAUTERPACHT, H., *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, p. 420.

<sup>74</sup> *Chipre c. Turquía* (GS), núm. 25781/94, párr. 119, TEDH 2001.

<sup>75</sup> KOUSKOUVELIS, I. y CHAINOGLU, K., «Against the Law: Turkey's Annexation Efforts in Occupied Cyprus», en VIDMAR, J., BONNEVALLE-KOK, R. *et al.* (eds.), *La Haya, Hague Yearbook of International Law*, vol. 29, 2016.

<sup>76</sup> KAYMAK, E., «Wealth Sharing and Geopolitical Strategies: Excluding Hydrocarbons from the Cyprus Negotiations», en FAUSTMANN, H., GÜRTEL, A. y REICHBURG, G. M., nota 31, *supra*, p. 20.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 21.

con costas adyacentes o situadas frente a frente, la delimitación no se puede emprender de manera unilateral y los Estados están «obligados a entenderse» antes de iniciar actividades de exploración y explotación de recursos en las áreas de solapamiento. De acuerdo con la CNUDM, la delimitación será fruto de un acuerdo bilateral, o en su defecto, de una sentencia o laudo en el caso de recurrir a los mecanismos de solución pacífica de controversias.

63. La delimitación debería realizarse entre la isla de Chipre en su totalidad y Turquía. Además, queda claro que la Convención no distingue entre inmensos Estados ribereños y pequeños Estados insulares con respecto a los derechos marítimos<sup>78</sup>. En consecuencia, el límite de la ZEE y la plataforma continental debería partir de una línea de equidistancia, ajustada por las circunstancias pertinentes y al que se le aplica un test de proporcionalidad<sup>79</sup>.

64. En este ámbito es cuando se podría tener en cuenta la insularidad de Chipre como factor de corrección, pero en ningún caso se le negaría el efecto. Si además alguno de los yacimientos de gas natural se encontrase en la franja que separa Chipre de Turquía (lo que no parece deducirse del mapa), una solución provisional podría ser un acuerdo de explotación conjunta para los recursos comunes o transfronterizos que permita distribuir los ingresos generados por dicha explotación<sup>80</sup>. Igualmente, este acuerdo tendría que celebrarse entre los dos Estados interesados.

## 7. CONCLUSIONES

65. La presencia de hidrocarburos en el Mediterráneo oriental nos presenta una nueva faceta de la controversia entre Turquía y Chipre. Si bien es cierto que añade un nuevo ingrediente al enfrentamiento, también podría llegar a funcionar como catalizador de la reunificación.

66. En la situación actual, las acciones turcas eluden las reglas del Derecho internacional convencional y consuetudinario, a la vez que violan los

<sup>78</sup> LEVENTIS, Y., «Projecting for Control of Warm Waters: Turkey's Posturing for Hydrocarbon Hegemony in the Eastern Mediterranean», en FAUSTMANN, H., GÜRTEL, A. y REICHBERG, G. M., nota 31, *supra*, p. 9.

<sup>79</sup> En el conocido como método de delimitación en tres fases consagrado por la jurisprudencia, la Corte traza una línea equidistante provisional usando métodos geoméricamente objetivos y apropiados para la geografía del área a delimitar; después, la Corte determina si existen circunstancias pertinentes que exijan un ajuste o desplazamiento de la línea de equidistancia con el fin de lograr una solución equitativa; y finalmente, la Corte se asegura de que no se produzca una solución inequitativa como resultado de una desproporción significativa. *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 61. Véanse ROS, N., «El derecho jurisprudencial de la delimitación marítima», *REDI*, vol. LXV/2, 013; LUCCHINI, L., «La délimitation des frontières maritimes», en LAGONI, R. y VIGNES, D., *Maritime delimitation*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, Brill, 2006, y WEIL, P., *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, Pedone, 1988.

<sup>80</sup> MIYOSHI, M., «The Joint Development of Offshore Oil and Gas in Relation to Maritime Boundary Delimitation», en SCHOFIELD, C. (ed.), *Maritime Briefing*, International Boundary Research Unit, 1999, y EJEGI, J., «What are the Mechanisms for Resolving Disputes between Countries with Transboundary Resources? - a Closer Examination», *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, vol. 3, 2005.

derechos soberanos de la República de Chipre sobre su plataforma continental y su ZEE.

67. Turquía ha optado por un Derecho del mar a la carta que le permite reivindicar espacios marítimos más allá de lo que legítimamente le corresponde. En este sentido, niega el derecho de las islas a desplegar su área de influencia a través de una plataforma continental y una ZEE en igualdad de condiciones con los Estados continentales. Asimismo, considera que su plataforma continental se adentra claramente en el Mediterráneo, solapándose con la de sus vecinos en áreas manifiestamente sujetas a los derechos soberanos de Estados fronterizos. Como hemos visto, esto se materializa en las concesiones otorgadas a TPAO para zonas de la plataforma continental de Chipre y en el despliegue de busques de prospección en su ZEE.

68. Estas provocaciones dañan la imagen de Turquía y estancan aún más el proceso para su adhesión a la UE. Sus relaciones con otros Estados de la región (Grecia, Egipto, Israel, Siria y Líbano) también se ven afectadas. El incumplimiento con sus obligaciones de Derecho internacional disuade a otros Estados de colaborar con Turquía. Grecia, que respalda al gobierno chipriota, ha pedido al Consejo Europeo que condene las acciones de Ankara en la región<sup>81</sup>. Chipre también ha amenazado con poner en peligro las conversaciones de ampliación de la UE si el bloque no toma medidas contra Ankara.

69. De todo lo anterior se deduce que las acciones independientes de Turquía, la República Turca del Norte de Chipre y la República de Chipre no hacen más que dilatar el proceso de reunificación de la isla y aumentar la tensión. Las partes involucradas deberían concentrarse en ver el gas como una oportunidad<sup>82</sup>. Un acuerdo integral que aborde el conflicto territorial del norte de Chipre y el conflicto económico derivado del gas natural sería la forma más fiable de poner fin al enfrentamiento. Para ello, la premisa inicial sería la reunificación de Chipre, para que sea el Estado en su totalidad y Turquía quienes negocien en igualdad de condiciones la delimitación de sus espacios marítimos. Mientras tanto, Turquía debería replegar sus busques y detener las acciones exploratorias en la plataforma continental chipriota.

## RESUMEN

### PROSPECCIONES TURCAS EN AGUAS CHIPRIOTAS, UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL ENFRENTAMIENTO

El hallazgo de gas natural en las aguas que rodean a la isla de Chipre añade una nueva dimensión al enfrentamiento entre la República de Chipre y Turquía, convirtiéndolo en una lucha por recursos en el Mediterráneo oriental. Esto se suma al conflicto político entre

<sup>81</sup> «Greece and Cyprus call on EU to punish Turkey in drilling dispute», *The Guardian*, 18 de junio de 2019, <https://www.theguardian.com/world/2019/jun/18/greece-and-cyprus-call-on-eu-to-punish-turkey-in-drilling-dispute>.

<sup>82</sup> COLLINSWORTH, D. A., nota 31, *supra*, p. 27.

el sur y el norte de la isla alentado por Turquía, que se erige como la defensora de los derechos de los turcochipriotas como copropietarios de la isla de Chipre.

La distinta concepción de los espacios marinos por parte de Chipre y Turquía, así como la ausencia de líneas de delimitación definitivas, dificultan el entendimiento. Además, las acciones unilaterales de ambos Estados aumentan la tensión: Turquía ha iniciado prospecciones en áreas marítimas que corresponderían a la isla de Chipre y esta última ha presentado a las Naciones Unidas las coordenadas exteriores de su zona económica exclusiva y su plataforma continental para proteger sus espacios marinos de las incursiones turcas.

**Palabras clave:** Chipre, Turquía, recursos naturales, delimitación, perforaciones, CNUDM.

### ABSTRACT

#### TURKISH SURVEYS IN CYPRIOT WATERS, A NEW DIMENSION OF THE CONFRONTATION

The discovery of natural gas in the waters surrounding the island of Cyprus has added a new dimension to the dispute between the Republic of Cyprus and Turkey, which has turned into a scramble for resources in the Eastern Mediterranean. That is in addition to the political conflict between the south and north of the island, encouraged by Turkey, which plays a fundamental role standing as an advocate of the rights of Turkish Cypriots as co-owners of the island of Cyprus.

The different conception of maritime zones by Cyprus and Turkey, as well as the absence of definitive delimitation lines, hamper mutual understanding. In addition, the unilateral actions of both States increase the tension: Turkey has initiated surveys in maritime areas that would correspond to the island of Cyprus and the latter has submitted to the United Nations the outer coordinates of its exclusive economic zone and its continental shelf in order to protect its maritime zones from Turkish incursions.

**Keywords:** Cyprus, Turkey, natural resources, delimitation, drillings, UNCLOS.



## LAS REPERCUSIONES DEL *BREXIT* SOBRE EL PROCESO DE PAZ DE IRLANDA DEL NORTE: CONSIDERACIONES PROVISIONALES\*

Pilar POZO SERRANO\*\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RELEVANCIA DE LA UE EN EL PROCESO DE PAZ DE IRLANDA DEL NORTE Y EN EL ACUERDO DEL VIERNES SANTO DE 1998.—2.1. La adhesión de Irlanda y del Reino Unido a las Comunidades Europeas y su influencia en la transformación del clima político.—2.1.1. La generación de un contexto político propicio para las negociaciones de paz.—2.1.2. Un impulso económico directo: el acceso a los fondos europeos.—2.1.3. Un impulso político indirecto.—2.2. El papel de la UE en el proceso de paz y en el Acuerdo del Viernes Santo.—2.2.1. La pertenencia del Reino Unido e Irlanda a la UE como premisa del Acuerdo.—2.2.2. Las referencias del Acuerdo de Viernes Santo a la UE.—2.2.3. La aplicación del Acuerdo de Viernes Santo.—3. LA INCIDENCIA DE LA CUESTIÓN NORIRLANDESA EN EL PROCESO DEL *BREXIT*.—3.1. El referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la UE.—3.2. La activación del art. 50 del TUE.—3.3. Las negociaciones sobre la retirada: etapas y posición de las partes sobre la cuestión de Irlanda del Norte.—3.3.1. Un proceso en fases.—3.3.2. La posición oficial de las partes respecto a Irlanda del Norte durante las negociaciones.—3.3.3. Las propuestas del Protocolo y del Protocolo revisado sobre Irlanda del Norte.—a) El Protocolo como cláusula de salvaguardia.—b) El Protocolo como solución específica.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El 29 de octubre de 2019 el Consejo Europeo decidió prorrogar el plazo para la retirada de la Unión Europea (UE) por parte del Reino Unido, hasta el 31 de enero de 2020<sup>1</sup>. El fracaso de la última tentativa del gobierno

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2017-86861-R, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

\*\* Profesora titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en la Universidad de Valencia ([pilar.pozo@uv.es](mailto:pilar.pozo@uv.es)). Todas las páginas *web* han sido consultadas por última vez el 25 de noviembre de 2019.

<sup>1</sup> Decisión (UE) 2019/1810, del Consejo Europeo de acuerdo con el Reino Unido, de 29 de octubre, mediante la que prorrogó el plazo para la retirada, *DOUE* L 278 I/1, de 30 de octubre de 2019. La Decisión mencionaba el derecho del RU a revocar la notificación de retirada (párr. 11). El Tribunal de Justicia había afirmado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2018 sobre el asunto *Wightman*, que un Estado miembro podía revocar unilateralmente la notificación de retirada antes de la entrada en vigor

británico para obtener la aprobación parlamentaria del Acuerdo de retirada revisado, desembocó en la convocatoria de elecciones anticipadas el 12 de diciembre de 2019. El panorama parlamentario y el gobierno resultantes de los nuevos comicios determinarán el enfoque del *Brexit* en lo sucesivo<sup>2</sup>.

2. La activación por el Reino Unido del procedimiento previsto en el art. 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE) para retirarse de la UE ha creado una singular y compleja coyuntura para ambos. El hecho de que se haya considerado necesario prorrogar el plazo de retirada en tres ocasiones resulta revelador de la complejidad de un proceso con serias repercusiones tanto para el Reino Unido como para la Unión. El *Brexit* suscita una pluralidad de cuestiones relevantes desde la perspectiva del Derecho internacional. Este trabajo se centra en el problema que ha impedido que el Reino Unido abandonara la UE en el plazo previsto: las medidas de salvaguarda articuladas para evitar las eventuales repercusiones negativas del *Brexit* sobre Irlanda del Norte.

3. Cuando el Reino Unido abandone la UE, la frontera entre Irlanda e Irlanda del Norte se transformará en una frontera exterior de la Unión y en la única frontera terrestre del Reino Unido con un Estado miembro de la UE. Si no se acuerda una solución específica, la consecuencia natural de dicha transformación sería poner fin a la libertad de circulación de bienes y personas actualmente existente en la isla, alterando profundamente las condiciones económicas, sociales y políticas de Irlanda del Norte. La adhesión de Irlanda y del Reino Unido a las entonces Comunidades Europeas (CEE) facilitó en su momento el camino hacia el Acuerdo de Viernes Santo y ha sido después un factor crucial para sostener la difícil puesta en práctica del proceso de paz en Irlanda del Norte<sup>3</sup>. Durante la campaña previa al referéndum, sin embargo, el gobierno británico ignoró la relevancia que el *Brexit* podía tener para Irlanda del Norte. Con posterioridad pareció infravalorar la importancia que la UE atribuiría a esta cuestión en las negociaciones sobre el Acuerdo de retirada<sup>4</sup>. Finalmente, el Protocolo sobre Irlanda del Norte fue el principal obstáculo para la aprobación parlamentaria del Acuerdo de retirada negociado por May. Tras la dimisión de la

---

del acuerdo de retirada o, en su defecto, de la expiración del plazo señalado para la misma. Véase, Tribunal de Justicia, As. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, apartado 75.

<sup>2</sup> El artículo se cerró antes de las elecciones del 12 de diciembre de 2019, añadiéndose una breve consideración antes de enviar las pruebas a imprenta. Ante la mayoría absoluta obtenida por el Partido Conservador, cabe esperar que el 1 de febrero de 2020 se haya producido el *Brexit* sin acuerdo, sobre las relaciones futuras antes de que termine el periodo transitorio, el 31 de diciembre de 2020. Aunque el plazo es susceptible de una prórroga, de uno o dos años, el programa electoral del Partido Conservador se comprometía a no ampliarlo. Surgiría así de nuevo la posibilidad de un *Brexit* sin acuerdo, sobre las relaciones futuras en esta ocasión. Si en numerosos ámbitos las consecuencias serían las mismas que las que hubiera comportado la inexistencia de un Acuerdo de retirada, en Irlanda del Norte, por el contrario, resultaría aplicable el régimen del Protocolo específico incluido en el Acuerdo de retirada.

<sup>3</sup> STEVENSON, J., «Does Brexit Threaten Peace in Northern Ireland?», *Survival*, vol. 59, 2017, núm. 3, pp. 111-128, esp. p. 111.

<sup>4</sup> LUDLOW, N. P., «Did We Ever Really Understand How the EU Works? The Brexit Negotiations and What They Say about Britain's Misunderstanding of the EU», *Diplomatica*, vol. 1, 2019, pp. 94-103, esp. p. 99.

primera ministra, la suerte del texto renegociado con la UE por su sucesor, Boris Johnson, dependerá de los resultados de las elecciones generales de 12 de diciembre.

4. Este artículo desarrolla dos grandes líneas de trabajo. En primer lugar, analiza la influencia, directa e indirecta, de la UE en el proceso de paz de Irlanda del Norte, en la configuración del clima para las negociaciones, en el texto del Acuerdo del Viernes Santo y en su posterior proceso de aplicación. El análisis revela la imbricación de la UE en numerosas dimensiones del proceso de paz y, en este sentido, demuestra la vigencia de la finalidad primordial y originaria de la UE como proyecto de paz. En segundo lugar, el artículo aborda la incidencia directa del problema norirlandés en el proceso del *Brexit*. El análisis se centra esencialmente en la dimensión internacional del *Brexit*, la negociación y contenido del Acuerdo, aunque también aborda algunos aspectos constitucionales del Reino Unido de particular relevancia para el objeto de estudio. En efecto, el proceso de retirada de la UE está planteando complejos desafíos para el sistema constitucional británico, en sí mismo considerado y en su interacción con las normas de la UE y del Derecho internacional. Algunos de ellos, como se verá, han desembocado en recursos interpuestos ante diferentes instancias judiciales, centrales y regionales, del Reino Unido y ante el Tribunal de Justicia de la UE.

## **2. LA RELEVANCIA DE LA UE EN EL PROCESO DE PAZ DE IRLANDA DEL NORTE Y EN EL ACUERDO DEL VIERNES SANTO DE 1998**

5. La Declaración Schuman había anticipado que la creación de una solidaridad económica de hecho entre los Estados determinaría que cualquier guerra entre los mismos resultase no solo impensable, sino materialmente imposible<sup>5</sup>. Concebida como un proyecto de paz, la integración en la UE facilitó igualmente la mejora, progresiva pero sustancial, de la relación entre Irlanda y el Reino Unido, y sirvió para impulsar el avance de las partes implicadas en el conflicto de Irlanda del Norte hacia el proceso de paz.

### **2.1. La adhesión de Irlanda y del Reino Unido a las Comunidades Europeas y su influencia en la transformación del clima político**

6. La función desempeñada por la UE en el proceso de paz norirlandés ha sido objeto de valoraciones divergentes en el ámbito doctrinal. Algunos autores equiparan su papel al de mero espectador mientras otros consideran que la UE ha sido un agente transformador de las relaciones entre los dos

---

<sup>5</sup> Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950, texto disponible en <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declarations>.

Estados, así como entre las dos comunidades concernidas<sup>6</sup>. A partir de los acuerdos y documentos de diferente naturaleza adoptados por el Reino Unido e Irlanda y de las actuaciones y normas de la UE, es posible discernir la relevancia de la Unión en varias esferas del proceso de paz.

### 2.1.1. *La generación de un contexto político propicio para las negociaciones de paz*

7. Factores de distinta índole, geográficos, históricos y culturales, han contribuido a generar una relación singular entre el Reino Unido e Irlanda, de marcada asimetría y no siempre cordial<sup>7</sup>. La aspiración de Irlanda a la unidad de la isla, consagrada constitucionalmente, y la historia previa de dominación colonial habían generado entre ambos países una relación de desconfianza mutua<sup>8</sup>. La adhesión simultánea del Reino Unido y de Irlanda a las CCEE en 1973<sup>9</sup>, disminuyó la asimetría existente entre ambos y originó una nueva relación definida por la igualdad formal y la interdependencia derivadas de su común condición de Estados miembros de las Comunidades<sup>10</sup>. Este contexto facilitó la paulatina superación de la barrera psicológica que había obstaculizado los contactos diplomáticos entre ambos países y permitió sentar los cimientos del proceso de paz<sup>11</sup>. Las CCEE constituían un foro de encuentro informal entre los representantes políticos de ambos países y garantizaban un canal de comunicación permanente cuando sus relaciones atravesaban momentos de crisis<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Véase una selección de autores en LAFFAN, B., *Ireland, Britain, Northern Ireland and the European Dimension*, Working Papers in British-Irish Studies, núm. 27, Institute for British-Irish Studies, University College Dublin, 2003, p. 6.

<sup>7</sup> Mediante la *Government of Ireland Act* de 1920, el gobierno británico operó la partición de Irlanda en dos circunscripciones, Irlanda del Norte e Irlanda del Sur, dotadas de gobierno y parlamento propios. La solución no logró resolver la «cuestión nacional» irlandesa y en 1918 se produjo un levantamiento en los condados del sur. El Tratado anglo-irlandés de 6 de diciembre de 1921 puso fin al conflicto y creó el Estado libre de Irlanda, reconociendo a Irlanda del Norte el derecho a retirarse del Estado irlandés y reintegrarse en el Reino Unido. Derecho que fue efectivamente ejercitado por Irlanda del Norte, dando lugar a la división de la isla. La progresiva implantación de controles aduaneros entre Irlanda e Irlanda del Norte afectó gravemente a las actividades económicas de las comunidades fronterizas y a sus modos de vida. La creación de una Zona de viaje común entre el Reino Unido e Irlanda en 1923, suavizó la situación al permitir a los nacionales de ambos países viajar o residir en el territorio del otro. El nuevo Estado irlandés no alcanzó plena soberanía hasta su proclamación como República de Irlanda, en 1949, año en que abandonó la Commonwealth (HAYWARD, K., «The pivotal position of the Irish border in the UK's withdrawal from the European Union», *Space and Polity*, vol. 22, 2018, núm. 2, pp. 238-254, esp. pp. 242-243).

<sup>8</sup> HOUSE OF COMMONS, Northern Ireland Affairs Committee, *The land border between Northern Ireland and Ireland*, Second Report of Session 2017-19, HC 329, 16 de marzo de 2018, p. 12.

<sup>9</sup> El Tratado de adhesión y el Acta relativa a las condiciones de la adhesión a las CCEE fueron firmados el 22 de enero de 1972 (*JOCE* L 73, de 27 de marzo de 1972) y entraron en vigor el 1 de enero de 1973.

<sup>10</sup> LAFFAN, B., *op. cit.*, nota 6, p. 2.

<sup>11</sup> HOUSE OF LORDS, European Union Committee, *Brexit: UK-Irish Relations*, HL Paper 76, 12 de diciembre de 2016, par. 170-172.

<sup>12</sup> LAFFAN, B., *op. cit.*, nota 6, p. 5.

8. Durante la etapa de confrontación violenta, el Reino Unido había reforzado la seguridad de la frontera estableciendo numerosos puntos de control y torres de vigilancia, con presencia militar o policial<sup>13</sup>. Tras la adhesión del Reino Unido e Irlanda a las CCEE, la paulatina eliminación de los derechos de aduana y la implantación de las libertades de circulación comunitarias condujo a un incremento de la actividad transfronteriza. La frontera perdía importancia como barrera económica y aduanera, disminuyendo igualmente su visibilidad y rigidez<sup>14</sup>. La creación del mercado único en 1993 supuso un paso adicional en la supresión de obstáculos al comercio transfronterizo<sup>15</sup>.

9. La adhesión a las CCEE no logró eliminar las divisiones entre las dos comunidades de Irlanda del Norte, pero contribuyó a reducir las tensiones<sup>16</sup>. El referéndum sobre el *Brexit* y la activación del procedimiento para la retirada han suscitado preocupación por la posible reaparición de controles fronterizos, por las eventuales repercusiones de la retirada sobre la Zona de viaje común, así como la percepción de que Irlanda del Norte será sacada de la UE en contra de la voluntad de la mayoría de la población, que votó a favor de la permanencia<sup>17</sup>.

### 2.1.2. *Un impulso económico directo: el acceso a los fondos europeos*

10. Con el ingreso en las CCEE, Irlanda del Norte del Norte experimentó una serie de beneficios económicos de distinto orden. En primer lugar, la mejora sustancial de las condiciones de los intercambios económicos a través de la frontera norirlandesa. En segundo lugar, Irlanda del Norte pasó a beneficiarse de la política comunitaria de cohesión social y económica, principalmente a través de los fondos estructurales. Calificada por la Comisión como región prioritaria en la Comunicación al Consejo sobre orientaciones en materia de política regional, de junio de 1977, Irlanda del Norte pudo recibir subvenciones de los Fondos estructurales reservados para las regiones más desfavorecidas. La región recibió igualmente financiación a través

<sup>13</sup> HAYWARD, K., *op. cit.*, nota 7, p. 243.

<sup>14</sup> John Hume, líder del Partido Laborista Socialdemócrata de Irlanda del Norte, había destacado que la «Europa de las regiones» llevaría a que la frontera irlandesa, al igual que cualquier otra frontera en Europa, tuviera el mismo valor que una frontera entre provincias (citado en STEVENSON, J., *op. cit.*, nota 3, p. 112).

<sup>15</sup> HAYWARD, K. y MURPHY, M. C., «The EU's Influence on the Peace Process and Agreement in Northern Ireland in Light of Brexit», *Ethnopolitics*, vol. 17, 2018, núm. 3, pp. 276-291, esp. p. 279, y BURKE, E., «Who Will Speak for Northern Ireland?», *The RUSI Journal*, vol. 161, 2016, p. 7.

<sup>16</sup> DOYLE, J. y CONNOLLY, E., «The Effects of Brexit on the Good Friday Agreement and the Northern Ireland Peace Process», en BACIU, C. A. y DOYLE, J. (eds.), *Peace, Security and Defence Cooperation in Post-Brexit Europe*, Springer, 2019, pp. 79-95, esp. p. 81. La necesidad de defender los intereses de Irlanda del Norte ante Bruselas, de hecho, daría lugar a la cooperación entre los partidos nacionalistas y unionistas para determinadas iniciativas [Comisión de las Comunidades Europeas, *Programa de Apoyo Especial para la paz y la reconciliación en Irlanda del Norte*, Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo COM (94) 607 final, Bruselas, 7 de diciembre de 1994, p. 3].

<sup>17</sup> HOUSE OF LORDS, *op. cit.*, nota 11, par. 176.

de otras políticas comunitarias, así como de programas para fomentar la inversión y el desarrollo industrial<sup>18</sup>. Por último, tras la tregua declarada en 1994 por los grupos paramilitares, el Consejo aprobó un paquete de ayuda financiera específico, «con impacto inmediato y duradero sobre el terreno» y de carácter «plurianual, general y complementario a las políticas actuales de los fondos estructurales». Se sentaban así las bases para la puesta en marcha del Programa PEACE, un programa de cooperación transfronteriza entre el Reino Unido e Irlanda que tenía por objetivo contribuir a la paz e impulsar la cohesión y la reconciliación de las comunidades implicadas en el conflicto, así como su estabilidad económica y social<sup>19</sup>. Tras la conclusión de este primer programa especial, en 1999, el Consejo lo fue prorrogando hasta la edición vigente en la actualidad, el Programa PEACE IV, para el periodo 2014-2020<sup>20</sup>.

11. Irlanda del Norte es la región del Reino Unido que depende en mayor medida de los recursos financieros de la UE y, por consiguiente, la que se verá afectada en mayor medida por el *Brexit*. Por este motivo, la Comisión ha propuesto continuar respaldando la cooperación norte-sur en la isla, durante el marco financiero 2021-2027, mediante un nuevo programa transfronterizo (Peace Plus), que sería una prolongación de los programas anteriores PEACE e INTERREG<sup>21</sup>. Asimismo, en previsión de un eventual *Brexit* sin acuerdo, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron un reglamento con el fin de garantizar la continuidad del programa PEACE IV hasta final de 2020<sup>22</sup>.

### 2.1.3. *Un impulso político indirecto*

12. La adhesión conjunta de Reino Unido e Irlanda a las Comunidades generó en Irlanda, y en el sector nacionalista de Irlanda del Norte, la expectativa de que la integración europea promovería por sí misma la unidad irlandesa<sup>23</sup>. Los partidos nacionalistas norirlandeses desarrollaron

<sup>18</sup> COM (94) 607 final, pp. 6-7 y 64. La reforma de los fondos estructurales de 1988, retuvo esta condición incluyéndola entre las regiones consideradas «Objetivo I», categoría en la que permaneció hasta 1999 (HAYWARD, K. y MURPHY, M. C., *op. cit.*, nota 15, p. 279).

<sup>19</sup> Véase COM (94) 607 final, p. 7. Los destinatarios de los fondos eran Irlanda del Norte y los seis condados de Irlanda limítrofes con Irlanda del Norte.

<sup>20</sup> El cuarto programa PEACE, ha sido establecido mediante el Reglamento (UE) 1303/2013, de 17 de diciembre, y el Reglamento (UE) 1299/2013, de 17 de diciembre. Una visión sintética del Programa PEACE puede consultarse en «El programa PEACE para Irlanda del Norte», disponible en <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/102/northern-ireland-peace-programme>.

<sup>21</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo y Migración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Gestión de las Fronteras y Visados, COM (2018) 375 final, de 25 de mayo, par. 66.

<sup>22</sup> Reglamento (UE) 2019/491, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo, DO L 85 I, de 27 de marzo de 2019, p. 1-4.

<sup>23</sup> LAFFAN, B., *op. cit.*, nota 6, p. 5.

varias iniciativas para implicar a diferentes instituciones de la UE en la gestión del conflicto o en el gobierno de Irlanda del Norte<sup>24</sup>. La UE subrayó su voluntad de contribuir en el proceso hacia la paz y la reconciliación en Irlanda del Norte, aunque sin una implicación política directa en lo que consideraba un asunto exclusivamente interno del Reino Unido<sup>25</sup>. Las sucesivas propuestas presentadas por los eurodiputados nacionalistas en el Parlamento Europeo no consiguieron obtener la resolución que pretendían, pero sí motivaron que el Parlamento Europeo solicitara un informe sobre la situación en Irlanda del Norte, el informe Haagerup<sup>26</sup>.

13. Desde la perspectiva política, la conclusión más destacable del informe fue la referencia a la necesidad de una dimensión anglo-irlandesa en el proceso de paz<sup>27</sup>. En realidad, se trataba de un enfoque ya contemplado por el gobierno británico en documentos anteriores<sup>28</sup>, pero que el informe Haagerup contribuyó a revitalizar. Las iniciativas posteriores al Informe incorporaron el enfoque conjunto anglo-irlandés al mismo tiempo que dejaban constancia de la relevancia de la UE en el progreso de las negociaciones de paz. La UE, por su parte, mostró su respaldo a los sucesivos acuerdos políticos adoptados por el Reino Unido e Irlanda. Entre ellos cabe destacar la Declaración de Downing Street de 1993, firmada por los primeros ministros del Reino Unido y de Irlanda<sup>29</sup>, que remitía explícitamente la cuestión de la soberanía norirlandesa a la decisión de la población de Irlanda del Norte. La medida facilitó la proclamación de las treguas por parte del IRA y de las fuerzas unionistas de 1994<sup>30</sup>, así como las posteriores negociaciones para un acuerdo de paz.

<sup>24</sup> En 1992, por ejemplo, el Partido Laborista Socialdemócrata norirlandés propuso la creación de una comisión de gobierno para Irlanda del Norte compuesta por seis miembros, uno de los cuales debía ser nombrado por la Comisión Europea. La propuesta fracasó, y no obtuvo el respaldo de la Comisión (TEAGUE, P., «The European Union and the Irish Peace Process», *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, 1996, núm. 4, pp. 549-570, esp. p. 554).

<sup>25</sup> KENNEDY, D., «Politics of north-south relations in post-partition Ireland», en ROCHE, P. J. y BARTON, B., *The Northern Ireland Question: Nationalism, Unionism and Partition*, 2.ª ed., Kent, Wordsworth Publishing, 2012.

<sup>26</sup> *Report Drawn up on Behalf of the Political Affairs Committee on the Situation in Northern Ireland*, Relator N. J. Haagerup, European Parliament Working Document 1-1526/83 (*Informe Haagerup*), 9 de marzo de 1984.

<sup>27</sup> *Informe Haagerup*, *op. cit.*, nota 26, Conclusión 5, pp. 72-74. El Informe invitaba a Irlanda y al Reino Unido a incrementar su cooperación mutua no solo en cuestiones de seguridad sino también para «usar su influencia en las dos comunidades de Irlanda del Norte con el fin de establecer un sistema político basado en una participación equitativa en las responsabilidades de gobierno, acomodando las identidades de las dos tradiciones, confirmando así los ideales y el concepto de tolerancia a las minorías practicados en los dos países y en otros Estados miembros» (p. 9).

<sup>28</sup> *The future of Northern Ireland. A Paper for Discussion* (1972), también en el libro blanco *Northern Ireland: Constitutional Proposals* (1973). Un extracto de las principales propuestas de ambos documentos puede consultarse en la *web Conflict Archive on the Internet*, <https://cain.ulster.ac.uk/hmso/cmd5259.htm>.

<sup>29</sup> *The Joint Declaration of 15 December 1993* (Downing Street Declaration), par. 3. Disponible en <https://cain.ulster.ac.uk/events/peace/docs/dsd151293.htm>.

<sup>30</sup> STEVENSON, J., *op. cit.*, nota 3, p. 113.

## 2.2. El papel de la UE en el proceso de paz y en el Acuerdo del Viernes Santo

14. El Acuerdo de Viernes Santo, de 10 de abril de 1998, puso fin a décadas de violencia en Irlanda del Norte y propuso un esquema para la reconciliación entre las partes en el marco de instituciones democráticas. El Acuerdo consta de dos instrumentos estrechamente interrelacionados. Por un lado, el Acuerdo multilateral firmado por ambos gobiernos y por la mayoría de los partidos políticos más representativos de Irlanda del Norte, salvo el Partido Unionista Democrático (DUP) que, tras participar a lo largo de las negociaciones, se negó a intervenir en las últimas etapas y aprobar el Acuerdo<sup>31</sup>. Por otro lado, un tratado internacional entre el Reino Unido e Irlanda (en lo sucesivo Acuerdo anglo-irlandés)<sup>32</sup>. El Acuerdo multilateral tenía que ser sometido a la aprobación del conjunto de la población de la isla mediante la celebración de referéndums separados, en Irlanda e Irlanda del Norte, el 22 de mayo de 1998<sup>33</sup>. Los resultados de la votación mostraron el amplio apoyo de la población de ambas partes de la isla<sup>34</sup> y conferían a la solución propuesta en el Acuerdo una legitimidad reforzada<sup>35</sup>.

### 2.2.1. *La pertenencia del Reino Unido e Irlanda a la UE como premisa del Acuerdo*

15. Cuando el Acuerdo del Viernes Santo fue concluido se daba por sujeta la pertenencia del Reino Unido e Irlanda a la UE. Esa realidad configuraba el contexto tenido en cuenta por las partes para la aplicación del Acuerdo: definía un marco sin el cual resultaría complicado el funcionamiento de algunas disposiciones.

16. Más que proponer una solución definitiva, el Acuerdo multilateral estableció un esquema de reparto de poderes e institucionalizó un proceso de paz que dejaba la puerta abierta a la eventual unificación de la isla. Los gobiernos británico e irlandés se comprometían a reconocer la legitimidad del estatuto escogido por la mayoría de la población de Irlanda del Norte, fuera

<sup>31</sup> *Agreement reached in the multiparty negotiations*, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/the-belfast-agreement>.

<sup>32</sup> *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland*, de 10 de abril de 1998, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/the-belfast-agreement>.

<sup>33</sup> Acuerdo multilateral, «Vigencia, aplicación y revisión», apdo. 2.

<sup>34</sup> En Irlanda del Norte, el acuerdo obtuvo el respaldo del 71,12 por 100 de la población, con una participación en la votación del 81,1 por 100. En Irlanda, con un volumen de participación considerablemente inferior, del 56,3 por 100, el Acuerdo obtuvo el voto favorable del 94,39 por 100 (Rocco, C., *El acuerdo de Viernes Santo y los derechos humanos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, p. 16).

<sup>35</sup> BASSET, M. y HARVEY, C., *The Future of Our Shared Island: A Paper on The Logistical and Legal Questions Surrounding Referendums on Irish Unity*, Research Report, febrero de 2019, p. 3. Texto disponible en <https://brexitlawni.org/assets/uploads/Our-Shared-Island-A-Paper-on-Unity-CCG-2019.pdf>.



continuar perteneciendo al Reino Unido (situación existente en el momento de firmar el Acuerdo multilateral)<sup>36</sup> o formar parte de una Irlanda unificada. Si en el futuro la población de Irlanda del Norte se manifestara mayoritariamente en favor de la segunda opción, la unificación de Irlanda exigiría el ejercicio del derecho de libre determinación de la población irlandesa sobre la base del consentimiento libre y concurrente del Norte y el Sur<sup>37</sup>. El derecho de autodeterminación requería, por tanto, la realización de referéndums separados en cada parte de la isla. La operatividad de este compromiso requería que Gran Bretaña e Irlanda modificaran sus disposiciones constitucionales relativas a la soberanía en Irlanda del Norte, y el Acuerdo multilateral recoge la obligación asumida por ambos gobiernos en ese sentido<sup>38</sup>.

17. El reconocimiento de la legitimidad de las dos identidades y aspiraciones nacionales presentes en la población de Irlanda del Norte constituye un elemento central del Acuerdo de Viernes Santo<sup>39</sup>. Otros dos elementos del Acuerdo, estrechamente vinculados al anterior, presentan particular relevancia en el ámbito de este trabajo. En primer lugar, la obligación del Estado responsable de la soberanía sobre Irlanda del Norte de ejercer sus competencias de modo imparcial, sobre la base del «pleno respeto e igualdad [...] y de un tratamiento justo e igual de la identidad, *ethos*, y aspiraciones de ambas comunidades»<sup>40</sup>. En segundo lugar, el reconocimiento a toda la población norirlandesa de un derecho de nacimiento en virtud del cual pueden elegir la nacionalidad irlandesa, británica, o ambas, derecho que no puede resultar afectado por un eventual cambio de estatuto de Irlanda del Norte<sup>41</sup>.

18. Mediante la conclusión del Acuerdo anglo-irlandés, el Reino Unido e Irlanda dotaron de fuerza vinculante a los compromisos asumidos en el Acuerdo multilateral relativos al estatuto constitucional de Irlanda del Norte<sup>42</sup> y a la aplicación de los demás elementos del Acuerdo<sup>43</sup>. Por parte del Reino Unido, la *Northern Ireland Act 1998*, afirmó que Irlanda del Norte en su totalidad era parte del Reino Unido y seguiría siéndolo mientras la mayoría de la población no expresara la voluntad de pasar a depender de Irlanda en un referéndum convocado a tal efecto<sup>44</sup>. Por parte de Irlanda, los arts. 2 y 3

<sup>36</sup> Acuerdo multilateral, «Cuestiones constitucionales», apdo. 1.iii).

<sup>37</sup> *Ibid.*, apdo. 1.ii).

<sup>38</sup> *Ibid.*, apdo. 2, que incorpora sendos proyectos para la modificación de la legislación del Reino Unido relativa al estatuto constitucional de Irlanda del Norte (Anexo A) y de la Constitución de Irlanda (Anexo B).

<sup>39</sup> En este sentido, BASSET, M. y HARVEY, C., *op. cit.*, nota 35, p. 10.

<sup>40</sup> Acuerdo multilateral, «Cuestiones Constitucionales», apdo. 1.v).

<sup>41</sup> *Ibid.*, apdo. 1.vi).

<sup>42</sup> El art. 1.1 reproduce literalmente las disposiciones sobre las cuestiones constitucionales del Acuerdo multilateral.

<sup>43</sup> El art. 2 del Acuerdo enuncia la obligación de establecer, inmediatamente después de su entrada en vigor, las principales instituciones previstas en el Acuerdo multilateral: el Consejo ministerial Norte-Sur; el Consejo británico-irlandés; la Conferencia intergubernamental británico-irlandesa y los órganos ejecutivos contemplados en el apdo. 9.ii) de la «Sección dos» del Acuerdo multilateral.

<sup>44</sup> Véase el art. 1, *Northern Ireland Act 1998*, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47>.

de la Constitución irlandesa fueron modificados, quedando suprimida la reivindicación de la soberanía territorial sobre la totalidad de la isla.

19. En este ámbito, la común pertenencia del Reino Unido y de Irlanda a la UE, como realidad que subyace y modula el proceso en su conjunto, fue un factor clave para «convertir esta superposición de una sola nación multicultural sobre dos entidades soberanas separadas en un compromiso psicológicamente sostenible»<sup>45</sup>.

### 2.2.2. *Las referencias del Acuerdo de Viernes Santo a la UE*

20. El Acuerdo de Viernes Santo contiene referencias expresas a la UE en varios ámbitos. El Acuerdo anglo-irlandés solo menciona genéricamente, en el preámbulo, la voluntad de ambos Estados de seguir desarrollando la relación existente entre sus pueblos y su cooperación como países vecinos y miembros de la UE (párr. 3).

21. El Acuerdo multilateral, por su parte, contiene referencias a la UE en tres áreas diferentes y con un alcance más definido. En primer lugar, al abordar las relaciones de la Asamblea con el gobierno del Reino Unido, señala que deberán acordarse términos para permitir una coordinación efectiva y la participación de los representantes de Irlanda del Norte en la elaboración de políticas nacionales, incluidos los ámbitos relacionados con la UE<sup>46</sup>. En segundo lugar, establece que el Consejo Ministerial Norte/Sur deberá considerar la eventual dimensión europea de los asuntos que trata, incluida la aplicación de políticas y programas de la UE, o las propuestas en el marco de la UE<sup>47</sup>, y que su posición debía ser representada convenientemente en las reuniones de la UE<sup>48</sup>. En tercer lugar, incluye en el ámbito de competencias del Consejo británico-irlandés los posibles enfoques a cuestiones relativas a la UE<sup>49</sup>.

22. La común pertenencia del Reino Unido e Irlanda a la UE, en definitiva, repercutió positivamente en el proceso de paz norirlandés. Por un lado, la financiación mediante programas y políticas de diversa naturaleza, así como el desarrollo del comercio y la cooperación transfronteriza dentro de la isla de Irlanda, tuvieron un impacto material innegable<sup>50</sup>. Por otro lado, la UE

<sup>45</sup> STEVENSON, J., *op. cit.*, nota 3, p. 112. En el mismo sentido, WRIGHT, N., «Brexitee and Ireland. Collateral Damage?», en MARTILL, B. y STAIGER, U. (eds.), *Brexit and Beyond. Rethinking the Futures of Europe*, Londres, UCL Press, 2018, pp. 105-113, esp. p. 109.

<sup>46</sup> Acuerdo multilateral, «Sección una», Instituciones democráticas de Irlanda del Norte, apdo. 31.

<sup>47</sup> Acuerdo multilateral, «Sección dos», Consejo Ministerial Norte/Sur, apdo. 17. En disposiciones anteriores se había señalado que el Consejo se reuniría en el formato adecuado para considerar cuestiones intersectoriales, incluidas las cuestiones referidas a la UE [apdo. 3.iii].

<sup>48</sup> Acuerdo multilateral, «Sección dos», Consejo Ministerial Norte/Sur, apdo. 17. Esta sección del Acuerdo incorpora un Anexo con una enumeración, no exhaustiva, de ámbitos de cooperación Norte/Sur, entre los que figuran la discusión sobre programas relevantes de la UE (Anexo, apdo. 8).

<sup>49</sup> Acuerdo multilateral, «Sección tres», Consejo británico-irlandés, apdo. 5.

<sup>50</sup> Parlamento Europeo, *UK Withdrawal («Brexit») and the Good Friday Agreement*, Study for the Constitutional Affairs Committee, noviembre de 2017, pp. 22-25.

desplegó una influencia indirecta, aunque no por ello menos eficaz, sirviendo como foro de encuentro de ambos países, como ejemplo en la práctica de las relaciones intergubernamentales y como modelo de integración<sup>51</sup>. Desde esta perspectiva, la UE fue un catalizador para la normalización de las relaciones entre el Reino Unido e Irlanda<sup>52</sup>. Se podría concluir, con Katy Hayward, que es el proceso de integración europea en sí mismo el que ha posibilitado la cooperación a través de fronteras ideológicas, políticas y territoriales, al proporcionar un efectivo modelo de cooperación intergubernamental que funciona en una pluralidad de niveles<sup>53</sup>.

### 2.2.3. *La aplicación del Acuerdo de Viernes Santo*

23. La UE ha contribuido directa e indirectamente a la transformación política experimentada por Irlanda del Norte desde la conclusión del Acuerdo de Viernes Santo. Su marco institucional y normativo proporcionó un entorno propicio que permitió abordar aspectos particularmente problemáticos como la reforma de la justicia y la policía, o las políticas de igualdad y de derechos humanos<sup>54</sup>. Un papel calificado de «intangible» por Enda Kenny, ex Primer Ministro de Irlanda, pero esencial para el avance y la estabilidad del proceso<sup>55</sup>.

24. Sin embargo, la aplicación del Acuerdo resulta compleja y el grado de satisfacción de sus objetivos ha sido desigual. Consiguió poner fin a la violencia y ha sido valorado generalmente como un éxito desde esta perspectiva<sup>56</sup>. Menos satisfactorio es el grado de cumplimiento de los objetivos relativos a la reconciliación e integración social. Las dificultades para poner en funcionamiento las instituciones previstas en el Acuerdo y para llevar a cabo el proceso de reforma del sistema político norirlandés, ponen de manifiesto la persistencia del conflicto político y de la división entre las dos comunidades. El Partido Unionista Democrático (DUP), contrario al acuerdo de paz, se ha convertido en el partido unionista mayoritario desde 2003. El Sinn Féin es el partido nacionalista irlandés con mayor representación. El Ejecutivo dominado por estos dos partidos funcionó relativamente bien entre 2007 y 2016<sup>57</sup>. A partir de esta fecha las divergencias respecto a temas como la revisión del legado del conflicto o el reconocimiento del

<sup>51</sup> LAFFAN, B., *op. cit.*, nota 6, p. 10.

<sup>52</sup> HAYWARD, K. y MURPHY, M. C., *op. cit.*, nota 15, pp. 278-279.

<sup>53</sup> HAYWARD, K., *op. cit.*, nota 7, p. 244.

<sup>54</sup> WRIGHT, N., *op. cit.*, nota 45, p. 107.

<sup>55</sup> FLANAGAN, C., *British-Irish Relations: Implications of a Possible Brexit*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 7 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/fielddocument/08092015BritishIrish.pdf>.

<sup>56</sup> O'KANE, E. y DIXON, P., «The Northern Irish Peace Process: Political Issues and Controversies», en ARMSTRONG, I., HERBERT, D. y MUSTAD, J. (eds.), *The Legacy of the Good Friday Agreement*, Londres, Palgrave Studies in Compromise after Conflict, 2019, pp. 15-33, esp. pp. 17 y 23.

<sup>57</sup> DOYLE, J. y CONNOLLY, E., *op. cit.*, nota 16, p. 83.

gaélico como lenguaje oficial, generaron tensiones que se vieron agudizadas con la entrada en escena del *Brexit*<sup>58</sup>. El DUP y el Sinn Féin asumieron posiciones opuestas: el primero promovió el voto en favor de la salida de la UE y el Sinn Féin en favor de la permanencia, no sin cierta incoherencia interna en ambos casos<sup>59</sup>.

25. La dimisión en enero de 2017 del Viceprimer Ministro McGuinness, del Sinn Féin determinó la convocatoria de elecciones anticipadas<sup>60</sup>. En los comicios celebrados el 2 de marzo de 2017, el DUP y el Sinn Féin fueron nuevamente las fuerzas políticas más votadas, pero se había operado una transformación significativa del panorama político. El avance del Sinn Féin y el retroceso del DUP colocaron al partido nacionalista a un solo escaño de diferencia. El DUP seguía siendo el partido más votado, pero había perdido la capacidad de bloqueo parlamentario y, con ella, la posibilidad de vetar iniciativas introducidas por los partidos nacionalistas<sup>61</sup>. Otro aspecto digno de mención es que, por primera vez desde la creación de la Asamblea, las fuerzas unionistas no disponían de mayoría absoluta<sup>62</sup>.

26. La confrontación entre los dos partidos mayoritarios se tradujo nuevamente en la imposibilidad de formar un ejecutivo y condujo a la instauración del gobierno directo de Irlanda del Norte por poder central. Irlanda del Norte ha estado sujeta desde entonces al gobierno directo de Londres y ha

<sup>58</sup> O'KANE, E. y DIXON, P., *op. cit.*, nota 56, pp. 27-28.

<sup>59</sup> Entre las contradicciones más llamativas, Edward Burke apunta cómo la líder del DUP y Primera Ministra de Irlanda del Norte, Arlene Foster, hizo campaña a favor de la salida del Reino Unido a pesar de haber señalado que el acceso a los programas de financiación de la UE revestía una importancia crucial para Irlanda del Norte. En el caso del Sinn Féin, el respaldo a la permanencia del Reino Unido en la Unión contrastaba con su posición euroescéptica en la esfera política irlandesa, resultando particularmente significativa su campaña contraria al Tratado de Lisboa en el referéndum de Irlanda. Véase BURKE, E., *op. cit.*, nota 15, p. 5.

<sup>60</sup> Con la finalidad de garantizar la participación de las dos comunidades en el gobierno de Irlanda del Norte, el Acuerdo multilateral de 1998 diseña un esquema peculiar para la adopción por la Asamblea de decisiones «importantes». Los miembros de la Asamblea deben identificarse políticamente como nacionalistas, unionistas u «otro» a efectos de contabilizar el respaldo inter-comunitario en las votaciones de la Asamblea (Acuerdo multilateral, «Sección una», apdo. 6). Para asegurar que las decisiones en materias importantes (entre otras, la elección del primer ministro y del viceprimer ministro) se adoptan sobre una base inter-comunitaria, el Acuerdo establece que sean aprobadas mediante un sistema de «consentimiento paralelo» o de «voto ponderado» [Acuerdo multilateral, «Sección una», apdo. 5.d)i) y ii)]. El esquema, tal y como es desarrollado por la *Northern Ireland Act 1998*, conduce a que el candidato del partido más votado correspondiente a la identidad política mayoritaria (unionista, nacionalista u otra) sea nombrado primer ministro, correspondiendo el cargo de viceprimer ministro al candidato del partido más votado de la segunda identidad política más numerosa [*Northern Ireland Act 1998*, art. 16.A.4) y 5)]. Ambos puestos son designados conjuntamente, por lo que el cese de uno de ellos —cualquiera que sea el motivo— conlleva el cese del otro (*Northern Ireland Act 1998*, art. 16.B.a9 y 2). La norma permitía al Sinn Féin buscar un reemplazo para el dimisionario, de modo que la Asamblea hubiera podido proceder al nombramiento de un primer ministro y viceprimer ministro. El partido prefirió, sin embargo, provocar nuevas elecciones (STEVENSON, J., *op. cit.*, nota 3, p. 122).

<sup>61</sup> MARTÍN CUBEL, F., *Irlanda del Norte tras las elecciones 2017: ¿una seria advertencia al proceso de paz?*, Cátedra Paz, Seguridad y Defensa, 31 de mayo de 2017, disponible en <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/irlanda-del-norte-tras-las-elecciones-2017-una-seria-advertencia-al-proceso-de-paz.html>.

<sup>62</sup> STEVENSON, J., *op. cit.*, nota 3, p. 121.

carecido, por consiguiente, de una representación genuina de sus dos comunidades en las deliberaciones sobre el *Brexit*<sup>63</sup>.

27. La situación de bloqueo se vio agravada por los resultados de las elecciones generales del Reino Unido, celebradas el 8 de junio de 2017. La Primera Ministra May había convocado elecciones anticipadas confiando en obtener una mayor presencia en el Parlamento que facilitara su gestión del *Brexit*. El Partido Conservador, sin embargo, perdió la mayoría parlamentaria y el DUP se convirtió en el aliado que requería para poder gobernar. Una situación que ha llevado a cuestionar la capacidad del gobierno británico para actuar «con rigurosa imparcialidad» y en nombre de toda la población de Irlanda del Norte, conforme exige el Acuerdo de Viernes Santo. Por otro lado, la privilegiada posición de que disfruta el DUP ante el gobierno británico le ha llevado a perder todo interés en la reanudación del funcionamiento de las instituciones autónomas de Irlanda del Norte<sup>64</sup>.

### 3. LA INCIDENCIA DE LA CUESTIÓN NORIRLANDESA EN EL PROCESO DEL *BREXIT*

#### 3.1. El referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la UE

28. Ante un horizonte electoral particularmente complicado, David Cameron, entonces Primer Ministro, prometió un referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la UE si su partido ganaba las elecciones generales de 2015<sup>65</sup>. Los conservadores obtuvieron la mayoría absoluta y Cameron anunció la convocatoria de un referéndum, señalando 2017 como plazo.

29. La celebración del plebiscito perseguía tres grandes fines: superar la división interna del Partido Conservador en lo referente a la integración europea; contener la amenaza que representaba el Partido para la Independencia del Reino Unido (UKIP) y, por último, servir como instrumento de presión para negociar con la UE un nuevo régimen para el Reino Unido<sup>66</sup>. Este nuevo régimen fue aprobado en febrero de 2016<sup>67</sup> y el referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la UE fue convocado por el primer ministro para el 23 de junio de 2016. Se daba por supuesto que prevalecería

<sup>63</sup> WRIGHT, N., *op. cit.*, nota 45, p. 106.

<sup>64</sup> DOYLE, J. y CONNOLLY, E., *op. cit.*, nota 16, p. 88.

<sup>65</sup> MARTILL, B. y STAIGER, U., «Introducción. Brexit and Beyond», en MARTILL, B. y STAIGER, U. (eds.), *op. cit.*, nota 45, p. 6.

<sup>66</sup> GLENCROSS, A., «Cameron's European legacy. How Brexit demonstrates the flawed politics of simple solutions», en MARTILL, B. y STAIGER, U. (eds.), *op. cit.*, nota 45, pp. 22-27.

<sup>67</sup> Consejo Europeo, Reunión del Consejo Europeo (18 y 19 de febrero de 2016), Conclusiones, Bruselas, 19 de febrero de 2016, EUCO 1/16. En un discurso de la campaña previa al referéndum, Cameron sintetizaba algunos elementos clave de ese nuevo estatus: permanecer en el mercado interior, pero fuera del euro; exención de la participación en «una unión cada vez más estrecha» y conservar el pleno control de las fronteras. *PM speech on the UK's strength and security in the EU*, 9 de mayo de 2016, disponible en <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-on-the-uks-strength-and-security-in-the-eu-9-may-2016>.

la opción en favor de la permanencia<sup>68</sup>. Los resultados globales, como es sabido, registraron una discreta mayoría de votos (51,9 por 100) favorable a la salida de la UE. El desglose de resultados por regiones muestra diferencias sustanciales entre las mismas: Escocia e Irlanda del Norte votaron mayoritariamente por la permanencia, mientras en Inglaterra y Gales fue mayoritario el voto por el *Brexit*<sup>69</sup>.

30. Irlanda del Norte registró un 55,8 por 100 de votos a favor de la permanencia. Un análisis de los resultados muestra la división del voto en función de la comunidad. Una amplia mayoría de nacionalistas irlandeses (88 por 100), votaron en favor de la permanencia; una mayoría (66 por 100) de unionistas votó en favor de la retirada y una mayoría significativa (70 por 100) de quienes no se identifican por referencia a ninguna de las comunidades, votó en favor de la permanencia<sup>70</sup>.

31. Los temas dominantes en la campaña previa al referéndum, en Irlanda del Norte, habían sido las potenciales repercusiones económicas del *Brexit* sobre Irlanda del Norte, el posible restablecimiento de una frontera con Irlanda, así como los efectos *Brexit* sobre el proceso de paz. Cuestiones que apenas tuvieron presencia en el resto del Reino Unido, donde ocuparon un lugar preeminente la inmigración y la soberanía del Reino Unido. En contraste con la escasa atención prestada por el gobierno británico<sup>71</sup>, el gobierno de Irlanda se movilizó, primero apoyando la permanencia del Reino Unido en la UE y, tras el referéndum, para obtener el respaldo de la UE a su posición sobre Irlanda del Norte<sup>72</sup>.

### 3.2. La activación del art. 50 del TUE

32. Theresa May, Primera Ministra desde julio de 2016, anunció en octubre que iniciaría el procedimiento formal para abandonar la UE a finales de marzo de 2017. El gobierno invocó la *royal prerogative*<sup>73</sup> como base jurídica para excluir la participación del Parlamento y reservarse el control absoluto

<sup>68</sup> Véase un análisis detallado de las circunstancias que rodearon la convocatoria del referéndum y la campaña, en «How remain failed: the inside story of a doomed campaign», *The Guardian*, 5 de julio, de 2016 (disponible en <https://www.theguardian.com/politics/2016/jul/05/how-remain-failed-inside-story-doomed-campaign>).

<sup>69</sup> DUKE, S., *Will Brexit Damage our Security and Defence? The Impact on the UK and EU*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, p. 6.

<sup>70</sup> Son datos procedentes de una encuesta realizada a 4.000 ciudadanos de Irlanda del Norte, en el estudio de GARRY, J., «The EU Referendum Vote in Northern Ireland: Implications for Our Understanding of Citizens' Political Views and Behaviour», citado en DOYLE, J. y CONNOLLY, E., *op. cit.*, nota 16, 2016, p. 84.

<sup>71</sup> BURKE, E., *op. cit.*, nota 15, p. 4.

<sup>72</sup> HAYWARD, K. y MURPHY, M. C., *op. cit.*, nota 15, pp. 286-287.

<sup>73</sup> Esta institución jurídica confiere al gobierno facultades para realizar determinados actos sin necesidad de autorización parlamentaria previa. Véase el análisis de TATHAM, A. F., «The constitutional challenges that the Brexit negotiations have created in the United Kingdom: An overview», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 263-302.

de la gestión del *Brexit* en todas sus fases, incluidas la definición de los objetivos y la estrategia de negociación<sup>74</sup>.

33. La legalidad de la posición del gobierno fue cuestionada y motivó la interposición de recursos ante diversas instancias judiciales<sup>75</sup>. En la sentencia sobre el caso *Miller*, la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales resolvió que el gobierno no podía realizar la notificación prevista en el art. 50 del TUE sin la autorización parlamentaria<sup>76</sup>. Los demandantes habían planteado adicionalmente la cuestión del consentimiento de los parlamentos regionales como eventual requisito para iniciar el proceso de retirada de la UE. La sentencia respaldó en este punto las tesis del gobierno, afirmando que los parlamentos regionales carecían de competencias sobre la retirada de la UE<sup>77</sup>. La decisión judicial fue recurrida por el gobierno británico y ratificada por la *Supreme Court* del Reino Unido en su Sentencia de 24 de enero de 2017<sup>78</sup>. Llamado a pronunciarse específicamente sobre Irlanda del Norte, la *Supreme Court* interpretó que la modificación del estatuto constitucional para la que el Acuerdo de Viernes Santo exigía el consentimiento de Irlanda del Norte, se refería a la permanencia en el Reino Unido o a la unificación con Irlanda, pero no a la posición de Irlanda del Norte dentro de la UE<sup>79</sup>.

34. Dando cumplimiento a la decisión de la *Supreme Court*, el Parlamento aprobó la ley pertinente<sup>80</sup> y la primera ministra notificó formalmente la decisión de abandonar la UE mediante carta dirigida al presidente del Conse-

<sup>74</sup> Para un análisis detallado de las etapas del procedimiento de salida de la Unión, valorando los efectos del anuncio público por parte del gobierno británico de su intención de abandonar la UE, la autoridad competente para notificar oficialmente la decisión de retirada a los efectos de activar la aplicación del art. 50 del TUE, así como la posibilidad de revocación unilateral de la misma de conformidad con el Derecho internacional, véanse LÓPEZ BASAGUREN A., «Brexit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, núm. 40, pp. 111-140, y MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 813-831.

<sup>75</sup> La *High Court of Justice* de Irlanda del Norte, unió en una misma instancia dos recursos presentados por varios grupos de particulares. Los demandantes, entre otros argumentos, invocaron que la activación del art. 50 y la salida de la UE afectaban al estatuto constitucional de Irlanda del Norte en contravención del Acuerdo de Viernes Santo y de la *Northern Ireland Act 1986*. La *High Court* rechazó todos los argumentos de los recurrentes [Sentencia de 28 de octubre de 2016, *McCord's (Raymond) Application* [2016] NIQB 85, 28 de octubre de 2016].

<sup>76</sup> *Miller* [2016] EWHC 2768 (Admin.), párrs. 101-115, disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/11/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-eu-amended-20161122.pdf>.

<sup>77</sup> *Miller* [2016] EWHC 2768 (Admin.), párrs. 129-130.

<sup>78</sup> *Miller* [2017] UKSC 5, párr. 61, disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>. Véase una breve síntesis de la posición de las partes y de los fallos judiciales en Parlamento Europeo, *The Impact and Consequences of Brexit for Northern Ireland*, Constitutional Affairs, Briefing, PE 583116, pp. 2-4.

<sup>79</sup> *Miller* [2017] UKSC 5, párr. 135.

<sup>80</sup> *European Union (Notification of Withdrawal) Act*, de 16 de marzo de 2017. Durante el debate parlamentario para su aprobación, fue rechazada una enmienda presentada por el Partido Laborista socialdemócrata, de Irlanda del Norte, proponiendo incorporar en el texto la obligación de preservar los derechos adquiridos en Irlanda del Norte en virtud del Derecho de la UE y que el ejercicio de la notificación de retirada se realizara de conformidad con las disposiciones constitucionales, institucionales y los derechos del Acuerdo de Viernes Santo. Véase UK Parliament, House of Commons, *European Union (Notification of Withdrawal) Bill*, vol. 621, 8 de febrero de 2017, enmienda 86, Division 157, dis-

jo Europeo, el 29 de marzo de 2017<sup>81</sup>. Un mes más tarde, el Consejo Europeo adoptó un conjunto de orientaciones sobre los principios a los que debían ajustarse las negociaciones (las «Orientaciones»)<sup>82</sup>. El 22 de mayo de 2017, el Consejo autorizó el inicio de las negociaciones entre la Comisión y el Reino Unido y adoptó las Directrices de negociación<sup>83</sup>. El gobierno británico había publicado su posición oficial en el que se conocería como «Libro blanco sobre el *Brexit*», de febrero de 2017. Las referencias del mismo a la unidad en torno al *Brexit* y al fortalecimiento que se derivaría para el Reino Unido de la retirada<sup>84</sup> contrastan vivamente con la situación real y con la evolución posterior de los acontecimientos. El partido del gobierno perdió la mayoría absoluta en las elecciones de 8 de junio de 2017, complicando adicionalmente la gestión del *Brexit* para la primera ministra<sup>85</sup>.

### 3.3. Las negociaciones sobre la retirada: etapas y posición de las partes sobre la cuestión de Irlanda del Norte

#### 3.3.1. *Un proceso en fases*

35. Las negociaciones entre el Reino Unido y la UE comenzaron formalmente el 19 de junio de 2017. El gobierno británico había mostrado su preferencia por negociar conjuntamente las condiciones de la retirada y las futuras relaciones de cooperación, en la carta de notificación. Las orientaciones del Consejo Europeo defendían, sin embargo, una negociación por fases, que acabó prevaleciendo<sup>86</sup>.

36. La primera fase tendría por fin «proporcionar la mayor claridad y seguridad jurídica posibles» sobre el impacto inmediato del *Brexit* en varios

---

ponible en [https://hansard.parliament.uk/Commons/2017-02-08/debates/B9545C0C-B593-43E4-A12E-2AD5D47DEF4/EuropeanUnion\(NotificationOfWithdrawal\)Bill](https://hansard.parliament.uk/Commons/2017-02-08/debates/B9545C0C-B593-43E4-A12E-2AD5D47DEF4/EuropeanUnion(NotificationOfWithdrawal)Bill).

<sup>81</sup> Letter from Primer Minister Theresa May to His Excellency Mr Donald Tusk, 29 March 2017, disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/604079/PrimeMinisterslettertoEuropeanCouncilPresidentDonaldTusk.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/PrimeMinisterslettertoEuropeanCouncilPresidentDonaldTusk.pdf).

<sup>82</sup> Consejo Europeo, Orientaciones consecutivas a la notificación del Reino Unido en virtud del art. 50 del TUE, EUCO XT 20004/17, Bruselas, 29 de abril de 2017.

<sup>83</sup> Consejo de la UE, Doc XT 21016/17 ADD 1 REV 2, Directrices de negociación de un acuerdo con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el que se establecen las modalidades de su retirada de la UE, 22 de mayo de 2017, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-21016-2017-ADD-1-REV-2/es/pdf>.

<sup>84</sup> HM GOVERNMENT, *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, Cm 9417, febrero de 2017, pp. 17-20, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/786626/TheFutureRelationshipbetweenTheUnitedKingdomandTheEuropeanUnion120319.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/786626/TheFutureRelationshipbetweenTheUnitedKingdomandTheEuropeanUnion120319.pdf).

<sup>85</sup> HAYWARD, K., *op. cit.*, nota 7, p. 6.

<sup>86</sup> EUCO XT 20004/17, párr. 4. Las «Orientaciones» se proponían enmarcar las negociaciones dentro de una serie de principios claros, tanto sobre cuestiones de fondo como sobre aspectos del procedimiento. En este último sentido, cabe destacar el principio que impide negociar «soluciones por separado para aspectos individuales» y la afirmación de la posición unificada de la UE durante las negociaciones, excluyendo a tal efecto la posibilidad de negociaciones separadas entre Estados miembros individuales y el Reino Unido (párr. 2).



ámbitos identificados como esenciales para articular una desvinculación ordenada del Reino Unido del conjunto de derechos y obligaciones adquiridos como Estado miembro. El Consejo Europeo confirió prioridad a tres ámbitos: la protección de los derechos de los ciudadanos de la UE y del Reino Unido, la liquidación financiera única que debía satisfacer el Reino Unido en el contexto de su retirada y la singular situación en Irlanda del Norte<sup>87</sup>. La segunda fase podría empezar cuando el Consejo Europeo determinara que las negociaciones sobre las cuestiones señaladas habían avanzado lo suficiente. Durante esta segunda etapa, las partes tenían que alcanzar los acuerdos de transición para regular la progresiva desvinculación del Reino Unido de sus obligaciones y derechos y elaborar un marco general sobre las relaciones futuras entre la UE y el Reino Unido<sup>88</sup>.

37. Accediendo a la solicitud presentada por Irlanda en este sentido, el Consejo Europeo emitió una declaración reconociendo que, en caso de alcanzarse la unidad irlandesa conforme al Acuerdo de Viernes Santo, Irlanda del Norte formaría parte automáticamente del territorio de la Unión<sup>89</sup>. Aunque era el resultado al que conduciría la aplicación de las normas internacionales pertinentes, y así lo señala el Consejo Europeo, el gobierno de Irlanda quería obtener garantías expresas de que el *Brexit* no ponía en peligro ninguna disposición del Acuerdo de Viernes Santo. El primer ministro de Irlanda realizó declaraciones en el sentido de que la medida no implicaba que se pretendiera solicitar una votación sobre la unidad irlandesa, pues no se daban las condiciones adecuadas. En cualquier caso, la perspectiva del *Brexit* ha determinado que el referéndum sobre la unidad de Irlanda adquiera mayores visos de realidad, y la unificación con Irlanda se presente como medio para que Irlanda del Norte vuelva a formar parte de la UE<sup>90</sup>. En este sentido, la situación de Irlanda del Norte respecto a la UE difiere sustancialmente de la que hubiera planteado la eventual independencia de Escocia. El informe elaborado por los Profesores Crawford y Boyle a propósito de la situación escocesa, había concluido que, a la luz de los Tratados constitutivos y de otros elementos de la práctica, «Escocia tendría que acceder a la UE como un nuevo Estado miem-

<sup>87</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>88</sup> *Ibid.*, párrs. 4 y 5.

<sup>89</sup> El pronunciamiento del Consejo fue registrado como «Declaración para las actas», véase EUROPEAN PARLIAMENT, EP Research Service, *Outcome of the special European Council (Article 50) meeting of 29 April*, Post European Council Briefing, mayo de 2017, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/603226/EPRSATA\(2017\)603226EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/603226/EPRSATA(2017)603226EN.pdf). Con anterioridad, el Secretario para el *Brexit*, David Davis, había trasladado una posición similar por parte del gobierno británico, en carta al presidente del Partido Laborista Socialdemócrata norirlandés («David Davis united Ireland letter shows Northern Ireland has automatic route back to EU: SDLP chief Eastwood», *The Belfast Telegraph*, 28 de marzo de 2017, disponible en <https://www.belfasttelegraph.co.uk/news/northern-ireland/david-davis-united-ireland-letter-shows-northern-ireland-has-automatic-route-back-to-eu-sdlp-chief-eastwood-35572252.html>).

<sup>90</sup> En este sentido, O'LEARY, B., «Postscript: New British Questions or 2019 And All That!», *Ethno-politics*, vol. 17, 2018, núm. 3, pp. 325-333, y DOYLE, J. y CONNOLLY, E., p. 87. Véase «European Union to accept united Ireland provision», *The Irish Times*, 29 de abril de 2017, <https://www.irishtimes.com/news/world/europe/european-union-to-accept-united-ireland-provision-1.3065781>.

bro»<sup>91</sup>. El hecho de que una Escocia independiente quedaría fuera de la UE fue uno de los argumentos centrales de la campaña del gobierno en contra de la independencia. Un argumento que, evidentemente, no podría invocar tras el *Brexit* en apoyo de la permanencia de Irlanda del Norte dentro del Reino Unido.

### 3.3.2. *La posición oficial de las partes respecto a Irlanda del Norte durante las negociaciones*

38. Los documentos en los que se define la postura oficial del Reino Unido en las negociaciones mencionan la singular situación de Irlanda del Norte. Todos ellos, incluida la Carta de notificación de retirada, subrayan tres aspectos: la importancia de preservar el proceso de paz y el Acuerdo de Viernes Santo; la necesidad de evitar una frontera rígida y vigencia de la Zona de viaje común entre el Reino Unido e Irlanda<sup>92</sup>. El «Libro blanco» añadió el reconocimiento de que los norirlandeses continuarían pudiendo elegir la nacionalidad irlandesa, la británica o ambas<sup>93</sup>. El documento de posición sobre Irlanda del Norte e Irlanda, de 16 de agosto de 2017, desarrolló adicionalmente los elementos ya señalados y añadió el compromiso del gobierno de continuar la financiación conjunta del Programa PEACE de la UE<sup>94</sup>.

39. Desde el inicio del proceso, la UE asumió la protección de los intereses y preocupaciones manifestados por el gobierno irlandés. Las «Orientaciones» del Consejo Europeo, las «Directrices de negociación» del Consejo y, con mayor detalle, los «Principios rectores del diálogo sobre Irlanda e Irlanda del Norte», de 21 de septiembre de 2017, mostraban su compromiso en este sentido. En el enfoque de la UE cobraron lógica relevancia los aspectos concernientes a los derechos y situaciones bajo su ámbito de competencia. En este sentido, en relación con el derecho de la población de Irlanda del Norte de elegir la identidad en virtud del Acuerdo de Viernes Santo, la UE subrayó que los ciudadanos irlandeses de Irlanda del Norte disfrutarían de los derechos derivados de la ciudadanía europea<sup>95</sup>. Falta determinar cómo garantizar su efectivo disfrute una vez el Reino Unido deje de pertenecer a la UE<sup>96</sup>.

40. Los documentos analizados muestran que las posiciones de ambas partes coincidían, por lo que se refiere a Irlanda del Norte, en tres objetivos principales: la protección de los logros alcanzados con el proceso de paz y el

<sup>91</sup> HM GOVERNMENT, *Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish Independence*, febrero de 2013, Annex A. Opinion: Referendum on the Independence of Scotland - International Law Aspects (Prof. James Crawford, Prof. Alan Boyle), 10 de diciembre de 2012, párrs. 153-155, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/79417/ScotlandanalysisDevolutionandtheimplicationsofScottishIndependen...1.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79417/ScotlandanalysisDevolutionandtheimplicationsofScottishIndependen...1.pdf).

<sup>92</sup> *Letter from Prime Minister*, op. cit., nota 81, par. v).

<sup>93</sup> HM GOVERNMENT, op. cit., nota 84, p. 22, párr. 4.7.

<sup>94</sup> HM GOVERNMENT, *Northern Ireland and Ireland Position Paper*, 16 de agosto de 2017, párr. 17, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/northern-ireland-and-ireland-a-position-paper>.

<sup>95</sup> DOC XT 21016/17 ADD 1 REV 2, párr. 14.

<sup>96</sup> O'LEARY, B., op. cit., nota 90, p. 326.

Acuerdo del Viernes Santo; la vigencia de los acuerdos y dispositivos bilaterales entre Irlanda y el Reino Unido, entre ellos la Zona de viaje común y evitar una frontera rígida entre Irlanda e Irlanda del Norte<sup>97</sup>. El Informe conjunto del Reino Unido y la UE, de 8 de diciembre de 2017, recogió los compromisos y el acuerdo de las partes sobre los aspectos mencionados<sup>98</sup>.

41. El Consejo Europeo de 15 de diciembre de 2017, confirmó que se había avanzado lo suficiente en las negociaciones para proceder a la segunda fase. El consenso alcanzado en la primera fase sobre las cuestiones de principio y los compromisos generales, dejó paso en la segunda a divergencias sobre el modo de plasmarlos en fórmulas concretas y viables. Los negociadores de la UE dejaron constancia en varias ocasiones de la dificultad para conciliar la pretensión británica de garantizar la libre circulación de bienes dentro de la isla de Irlanda en el acuerdo sobre relaciones futuras, con su intención de abandonar la unión aduanera y el mercado interior. En estas circunstancias, el Reino Unido y la UE acordaron dedicar un apartado específico de las negociaciones a la cuestión de Irlanda del Norte<sup>99</sup>, lo que conduciría a la adopción del protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte<sup>100</sup>. Conforme a lo previsto en el art. 50 del TUE, las partes también debían establecer un marco para sus relaciones futuras, aunque sin entrar en la negociación propiamente dicha de un acuerdo que solo podría empezar cuando el Reino Unido se hubiera convertido en tercer Estado para la UE.

42. El 25 de noviembre de 2018, el Consejo Europeo aprobó el proyecto del Acuerdo de retirada y la Declaración política sobre las relaciones futuras entre la UE y el Reino Unido<sup>101</sup>. La UE inició los trámites para la firma del Acuerdo de retirada<sup>102</sup>. El Acuerdo, sin embargo, no logró superar la oposición del Parlamento británico, impidiendo la retirada ordenada del Reino Unido el 29 de marzo de 2019, cuando se cumplía el plazo de dos años previsto en el art. 50 del TUE. El Consejo Europeo había prorrogado el plazo del *Brexit* hasta el 12 de abril de 2019 y acordó una nueva ampliación, hasta el 31 de octubre de 2019, para permitir la ratificación del Acuerdo de retirada por ambas partes<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo (art. 50), COM(2017) 784 final, 8 de diciembre de 2017, pp. 8-10.

<sup>98</sup> *Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*, TF50 (2017) 19-Commission to EU 27, disponible en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/joint\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/joint_report.pdf).

<sup>99</sup> COM (2017) 784 final, p. 10.

<sup>100</sup> El Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte fue incorporado como anexo al Acuerdo de retirada (DOUE C 66, I, de 19 de febrero de 2019, p. 85).

<sup>101</sup> Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, DOUE C 66, I, 19 de febrero de 2019, p. 1.

<sup>102</sup> Decisión (UE) 2019/274, del Consejo, de 11 de enero, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L 47 I, de 19 de febrero de 2019, p. 1).

<sup>103</sup> El Parlamento británico votó en contra del Acuerdo de retirada y la Declaración política adjunta, el 15 de enero y el 12 de marzo de 2019. En la primera ocasión, Theresa May había obtenido

43. Tras la dimisión de May, el 7 de junio de 2019, Boris Johnson le sucedió como Primer Ministro el 24 de julio. Desde el inicio del cargo, estableció como una prioridad de su mandato retirar al Reino Unido de la Unión en el plazo vigente, preferentemente con un acuerdo de retirada, aunque no el negociado por May. La UE fue rechazando propuestas sucesivas del primer ministro para renegociar el Protocolo irlandés, alegando que no especificaban soluciones jurídicamente operativas para sustituir el Protocolo. La intervención del primer ministro de Irlanda, su reunión con Johnson el 10 de octubre, resultó decisiva para el desbloqueo de las negociaciones<sup>104</sup>. El Reino Unido y la UE lograron acercar posiciones y alcanzar un acuerdo sobre un texto revisado del Protocolo<sup>105</sup>, a los que el gobierno británico acompañó una declaración unilateral sobre el funcionamiento del mecanismo para la aplicación del protocolo revisado<sup>106</sup>.

44. El Consejo Europeo refrendó el Acuerdo de Retirada modificado y aprobó el texto revisado de la Declaración política, el 17 de octubre de 2019. El gobierno de Johnson, sin embargo, no logró conseguir la aprobación parlamentaria de la legislación necesaria para ratificar el Acuerdo de retirada dentro del plazo. Pese a sus reiteradas afirmaciones de que el Reino Unido abandonaría la UE el 31 de octubre, Johnson solicitó un nuevo aplazamiento hasta el 31 de enero de 2020, obligado por la ley que el Parlamento había aprobado específicamente con este fin<sup>107</sup>.

### 3.3.3. *Las propuestas del Protocolo y del Protocolo revisado sobre Irlanda del Norte*

45. El Acuerdo de retirada negociado por el Reino Unido y la UE establecía un periodo transitorio que debía comenzar en la fecha de su entrada en vigor<sup>108</sup>.

---

previamente de la UE una declaración aclaratoria, y en la segunda, acuerdos complementarios sobre aspectos problemáticos del Protocolo. El Acuerdo de retirada fue sometido a una tercera votación y nuevamente rechazado, el 29 de marzo.

<sup>104</sup> HOUSE OF COMMONS, *The October 2019 EU-UK Withdrawal Agreement*, Briefing Paper, 17 de octubre de 2019, pp. 9-11.

<sup>105</sup> El texto original del Acuerdo de retirada no fue modificado, salvo cambios menores en dos disposiciones. Los textos revisados del Acuerdo de retirada y del Protocolo fueron publicados en el *DOUE* C 384 I/1, de 12 de noviembre de 2019.

<sup>106</sup> HOUSE OF LORDS, *UK's Withdrawal from the European Union. Debate on 19 October 2019*, Library Briefing, 18 de octubre de 2019, p. 1, disponible en <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/LLN-2019-0132#fullreport>.

<sup>107</sup> *European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019*, 9 de septiembre de 2019, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/26>. En virtud de esta ley, si el Parlamento no ha aprobado un Acuerdo de retirada con la UE o una decisión para abandonar la UE sin acuerdo antes del 19 de octubre, el primer ministro tiene la obligación de solicitar, en dicha fecha, una nueva prórroga del art. 50 del TUE hasta el 31 de enero de 2020. Para una breve síntesis sobre los términos de la nueva prórroga, véase HOUSE OF COMMONS, *Parliament and the three extensions of Article 50*, Research Briefing, 31 de octubre de 2019. La página web del Consejo Europeo y del Consejo proporciona una cronología completa de las negociaciones sobre el *Brexit* en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-uk-after-referendum/>.

<sup>108</sup> El art. 126 señala como fecha de finalización el 31 de diciembre de 2020, susceptible de prórroga por un máximo de dos años según el art. 132.

Durante ese tiempo, el Derecho de la UE seguiría siendo aplicable al Reino Unido<sup>109</sup>, y las partes debían «negociar con celeridad» los acuerdos para regular sus relaciones futuras<sup>110</sup>, de modo que resultaran aplicables al terminar el periodo transitorio. El Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte pretendía evitar las repercusiones negativas que la ausencia de tales acuerdos al final del periodo transitorio comportaría para dicho territorio. Aunque el fin perseguido es el mismo, el Protocolo inicial y el Protocolo revisado difieren sustancialmente en cuanto a su enfoque y contenido.

a) *El Protocolo como cláusula de salvaguardia*

46. El primer Protocolo partía de la premisa de que los problemas suscitados en relación con Irlanda del Norte debían ser resueltos por el acuerdo sobre las relaciones futuras entre la Unión y el Reino Unido<sup>111</sup>. Unas relaciones futuras que, según la Declaración política, parecían orientarse al desarrollo de una zona de libre comercio como parte de una «asociación económica ambiciosa, amplia y equilibrada» entre ambas partes<sup>112</sup>. Si al finalizar el periodo transitorio existía efectivamente un acuerdo sobre las relaciones futuras entre el Reino Unido y la UE, el Protocolo sobre Irlanda no se aplicaría. En caso contrario, el Protocolo entraría en vigor automáticamente<sup>113</sup>, aunque de modo temporal, hasta que un Acuerdo ulterior lo reemplazara<sup>114</sup>. El Protocolo representaba así una solución de último de recurso y provisional, al servicio de una triple finalidad: garantizar las condiciones necesarias para la cooperación norte-sur en la isla, evitar una frontera física y preservar el Acuerdo de Viernes Santo<sup>115</sup>.

47. Las disposiciones más problemáticas del Protocolo fueron las relativas a la circulación de mercancías. El Protocolo creaba un territorio aduanero único entre el Reino Unido y la UE, pero el régimen de Irlanda del Norte difería del aplicable a Gran Bretaña en algunos aspectos<sup>116</sup>. Irlanda del Norte quedaba sujeta a una serie de normas de la UE en materia de IVA e impuestos especiales, agricultura y medio ambiente, mercado único de la electricidad y ayudas estatales<sup>117</sup> que, en esencia, tenían el efecto de mantener a Irlanda del Norte dentro del mercado interior de la UE en lo referente a la circulación de mercancías. De este modo, las mercancías procedentes de Irlanda del Norte podían ser introducidas en Irlanda sin sujeción a nuevas medidas de inspec-

<sup>109</sup> Con las salvedades señaladas en el art. 127.1, párrs. 2 y ss.

<sup>110</sup> Art. 186 del Acuerdo de retirada. El art. 2.1 del Protocolo enunciaba una disposición similar.

<sup>111</sup> Protocolo, preámbulo, párr. 4.

<sup>112</sup> Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, párr. 17, *DOUE* C 66 I, de 19 de febrero de 2019, p. 185.

<sup>113</sup> Protocolo, arts. 1 y 2.

<sup>114</sup> *Ibid.*, preámbulo y art. 1.4.

<sup>115</sup> *Ibid.*, art. 1.3.

<sup>116</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>117</sup> *Ibid.*, arts. 9-12.

ción o control. Gran Bretaña no estaba obligada a mantener ese mismo nivel de alineación normativa, por lo que la circulación de mercancías desde Gran Bretaña a Irlanda del Norte quedaba sometida a controles adicionales<sup>118</sup>. En definitiva, el Protocolo sacrificaba la integridad del mercado interno del Reino Unido para conseguir un comercio transfronterizo sin fricción entre Irlanda del Norte e Irlanda<sup>119</sup>.

48. El escollo principal, no obstante, era la duración potencialmente indefinida del Protocolo. En efecto, el Protocolo no establecía un plazo u otro mecanismo de terminación automática. Solo dejaría de aplicarse, a la luz de los arts. 2 y 20 del Protocolo, si el Reino Unido y la UE concluían un acuerdo con soluciones permanentes para Irlanda del Norte que permitieran satisfacer los objetivos garantizados por el Protocolo y que, además, mediara una decisión en ese sentido del Comité Mixto previsto en Acuerdo de retirada<sup>120</sup>. En consecuencia, como concluía el informe presentado por el fiscal general del Reino Unido, desde la perspectiva del Derecho internacional el Protocolo «podría durar indefinidamente mientras no se alcanza un acuerdo sustitutivo»<sup>121</sup>.

#### b) *El Protocolo como solución específica*

49. El Protocolo revisado parte de una concepción diferente, menos ambiciosa, de las relaciones económicas futuras entre el Reino Unido y la Unión, que tendrían por núcleo un acuerdo de libre comercio completo y equilibrado<sup>122</sup>. El Protocolo revisado queda configurado como un acuerdo con soluciones específicas para Irlanda del Norte, sin la provisionalidad que

<sup>118</sup> El informe sobre los efectos jurídicos del Protocolo realizado por el fiscal general del Reino Unido a petición de la primera ministra, sintetiza con claridad el modo de operar el Protocolo, véase *Attorney General's legal advice to Cabinet on the Withdrawal Agreement and the Protocol on Ireland/Northern Ireland*, 13 de noviembre de 2018, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/761852/05\\_December\\_EU\\_Exit\\_Attorney\\_General\\_s\\_legal\\_advice\\_to\\_Cabinet\\_on\\_the\\_Withdrawal\\_Agreement\\_and\\_the\\_Protocol\\_on\\_Ireland-Northern\\_Ireland.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/761852/05_December_EU_Exit_Attorney_General_s_legal_advice_to_Cabinet_on_the_Withdrawal_Agreement_and_the_Protocol_on_Ireland-Northern_Ireland.pdf).

<sup>119</sup> HOUSE OF COMMONS, *The Northern Ireland backstop and the border: interim report*, Six Report of Session 2017-19, HC 1850, 9 de marzo de 2019, párr. 18, p. 8.

<sup>120</sup> El Comité Mixto, creado en virtud del art. 164 del Acuerdo de retirada, está compuesto por representantes de la Unión y del Reino Unido.

<sup>121</sup> *Attorney General's legal advice, op. cit.*, nota 118, párr. 16. A pesar del intercambio de cartas entre la primera ministra y los presidentes de la Comisión y del Consejo Europeo con el fin de ofrecer garantías adicionales sobre la aplicación del Protocolo y la negociación del acuerdo sobre las relaciones futuras, el fiscal general reiteró sus conclusiones previas en el escrito de 14 de enero de 2019, antes de la primera votación del Parlamento británico sobre el Acuerdo de retirada. La valoración jurídica emitida el 12 de marzo de 2019 por el fiscal general del Reino Unido sobre el Acuerdo de retirada a la luz de las declaraciones complementarias firmadas por las Partes, llegó a las mismas conclusiones. El Acuerdo fue sometido a votación por segunda vez ante el Parlamento ese mismo día y rechazado (HOUSE OF COMMONS, *op. cit.*, nota 104, p. 8).

<sup>122</sup> En ese sentido, véase el párr. 3 del texto revisado de la Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la UE y el Reino Unido (DOUE C 384 I/178, de 12 de noviembre de 2019).

caracterizaba a su predecesor<sup>123</sup>. El nuevo texto ya no establece un territorio aduanero único entre el Reino Unido y la Unión, por lo que su aplicación continuada no plantearía problemas.

50. Según el Protocolo revisado, Irlanda del Norte formaría parte del territorio aduanero del Reino Unido y las mercancías introducidas en Irlanda del Norte procedentes de otro lugar del Reino Unido no quedarían sujetas, en principio, a derechos de aduana<sup>124</sup>. Sin embargo, el art. 5.1 del Protocolo prevé la aplicación de derechos de aduanas a las mercancías antes señaladas cuando exista el riesgo de que «circulen posteriormente en la Unión, como tales o formando parte de otra mercancía sometida a transformación». A estos efectos, se presume que tal riesgo existe en todas las mercancías introducidas en Irlanda del Norte desde fuera de la UE, salvo que se demuestre la concurrencia de determinados requisitos<sup>125</sup>. Con el fin de proteger el mercado interior de la Unión sin necesidad de establecer infraestructuras ni controles aduaneros en la frontera entre Irlanda e Irlanda del Norte, Irlanda de Norte tendría que aplicar el código aduanero de la UE y respetar las normas del mercado interior de la UE en ámbitos concretos<sup>126</sup>.

51. El Protocolo revisado incluye un procedimiento que exige el consentimiento de la Asamblea Norirlandesa para prorrogar la vigencia de los arts. 5 a 10, disposiciones que articulan un régimen para Irlanda del Norte diferente al establecido para el Reino Unido<sup>127</sup>. La duración de la prórroga dependería del tipo de consentimiento alcanzado: cuatro años, en el caso de decisiones por mera mayoría, y ocho años en el caso de haber recibido el «apoyo intercomunitario»<sup>128</sup>. Para evitar que la operatividad del mecanismo pudiera quedar comprometida por problemas de funcionamiento de las instituciones norirlandesas, la declaración unilateral del Reino Unido sobre el «Consentimiento democrático de Irlanda del Norte», de 17 de octubre de 2019, estableció mecanismos alternativos<sup>129</sup>.

52. En esta ocasión, el Acuerdo no fue rechazado en cuanto tal. El Parlamento británico forzó la solicitud de prórroga invocando que la cercanía del plazo para el *Brexit* no dejaba suficiente margen de tiempo para analizar la

<sup>123</sup> Las disposiciones del anterior Protocolo relativas a su carácter temporal y al compromiso de las partes de poner todos los medios para alcanzar un acuerdo sobre las relaciones futuras que lo sustituya (arts. 1.4, 2 y 3) ya no aparecen en el texto revisado.

<sup>124</sup> Protocolo revisado, arts. 4 y 5.1.

<sup>125</sup> *Ibid.*, art. 5.2.

<sup>126</sup> *Ibid.*, arts. 4-10.

<sup>127</sup> *Ibid.*, art. 18.

<sup>128</sup> *Ibid.*, art. 18.5. Las condiciones del apoyo intercomunitario se especifican en el art. 18.6. En esencia, comportan la exigencia de una mayoría de los miembros presentes y votantes que incluya, al mismo tiempo, una mayoría o determinada proporción de representantes nacionalistas y unionistas.

<sup>129</sup> HM GOVERNMENT, *Declaration of 17 October 2019 by Her Majesty's Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning the operation of the 'Democratic consent in Northern Ireland' provision of the Protocol on Ireland/Northern Ireland*, 19 de octubre de 2019, apdo. 5, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/840657/Declaration\\_by\\_Her\\_Majesty\\_s\\_Government\\_of\\_the\\_United\\_Kingdom\\_of\\_Great\\_Britain\\_and\\_Northern\\_Ireland\\_concerning\\_the\\_operation\\_of\\_the\\_Democratic\\_consent\\_in\\_Northern\\_Ireland\\_provision\\_of\\_the\\_Protocol\\_on\\_Ireland\\_Northern\\_Ireland.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840657/Declaration_by_Her_Majesty_s_Government_of_the_United_Kingdom_of_Great_Britain_and_Northern_Ireland_concerning_the_operation_of_the_Democratic_consent_in_Northern_Ireland_provision_of_the_Protocol_on_Ireland_Northern_Ireland.pdf).

legislación de aplicación presentada por el gobierno. No obstante, diferentes partidos políticos manifestaron su rechazo por distintos motivos. En particular, la previsión de un régimen especial para Irlanda del Norte suscitó críticas del DUP, alegando que comprometía la unidad del Reino Unido, así como del Partido Nacional Escocés, que lo consideraba un agravio comparativo<sup>130</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

53. El análisis realizado a lo largo del trabajo ha puesto de manifiesto la relevancia de la UE en el proceso de paz de Irlanda del Norte y, específicamente, su influencia para facilitar la aplicación del Acuerdo del Viernes Santo de 1998. La común condición de Irlanda y del Reino Unido como Estados miembros de la UE era parte del contexto en el que fue concluido el Acuerdo de Viernes Santo, una realidad que se daba por supuesta y que resultaba determinante para su contenido. Esta consideración, evidentemente, no afecta al derecho soberano de Reino Unido de abandonar la UE, pero tampoco se puede ignorar que la retirada del Reino Unido comprometerá la aplicabilidad de algunos aspectos del Acuerdo de Viernes Santo.

54. En principio, el Acuerdo sobre las relaciones futuras entre el Reino Unido y la Unión debería proporcionar respuestas satisfactorias a los problemas específicos que la retirada de la UE genera para Irlanda del Norte. Para afrontar la situación en que se encontraría Irlanda mientras tales soluciones no se materialicen, el Reino Unido y la UE acordaron un régimen singular mediante el Protocolo sobre Irlanda del Norte que acompaña al Acuerdo de retirada. El Protocolo inicial garantizaba las condiciones necesarias para evitar infraestructura y controles en la frontera manteniendo a Irlanda del Norte dentro de la unión aduanera, y sujeta a una serie de normas de la UE sobre la circulación de mercancías. El Protocolo revisado no garantiza esos objetivos con la misma nitidez: sería necesario esperar a ver los resultados de su aplicación para valorar su eficacia.

55. Ante la incertidumbre que sigue acompañando al proceso del *Brexit*, avanzar conclusiones requeriría una previa definición del escenario hipotético contemplado, algo a lo que no parece invitar la fluidez de la situación política existente en el Reino Unido. Atendiendo al compromiso manifestado por todas las partes implicadas, no obstante, cabe concluir que el *Brexit* no podría menoscabar en ningún caso determinados elementos del Acuerdo de Viernes Santo. Entre ellos figura el derecho de los ciudadanos de Irlanda del Norte a elegir entre la nacionalidad británica, la irlandesa u optar por ambas, así como la titularidad del derecho a la ciudadanía europea asociado a la nacionalidad irlandesa.

56. Otro elemento que tampoco parece que pueda verse afectado por el *Brexit* sería el estatuto constitucional de Irlanda del Norte. En el caso de

---

<sup>130</sup> Véase una sintética exposición de las posiciones de los diferentes partidos en HOUSE OF LORDS, *op. cit.*, nota 106, pp. 7-8.



que Irlanda del Norte e Irlanda aprobaran la unificación, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Acuerdo de Viernes Santo y en la ley británica sobre Irlanda del Norte, Irlanda del Norte pasaría a ser parte del territorio de la UE. En este sentido, la posibilidad de que el Reino Unido abandone la UE ha tenido el efecto de modificar algunos aspectos del panorama político. Antes de plantearse el referéndum sobre el *Brexit*, las reformas operadas por el Acuerdo de Viernes Santo y el elevado nivel de integración norte-sur en la isla habían generado mejoras perceptibles para la comunidad nacionalista que, unidas a la solución articulada para la identidad nacional en el Acuerdo, habían determinado que un sector significativo no mostrara interés inmediato en la celebración de un referéndum para la unidad. Desde el referéndum sobre el *Brexit* y la puesta en marcha del procedimiento para la retirada de la UE, sin embargo, la celebración de un referéndum sobre la unificación ha cobrado mayor fuerza en el debate político de Irlanda del Norte y de Irlanda.

## RESUMEN

### LAS REPERCUSIONES DEL *BREXIT* SOBRE EL PROCESO DE PAZ DE IRLANDA DEL NORTE: CONSIDERACIONES PROVISIONALES

La común pertenencia del Reino Unido y de Irlanda a la UE ha servido de contexto para numerosas dimensiones del proceso de paz en Irlanda del Norte. La retirada de la UE ha suscitado preocupación acerca de la posible implantación de una frontera rígida entre Irlanda e Irlanda del Norte y los riesgos que entrañaría para el Acuerdo del Viernes Santo. El trabajo analiza, por un lado, la influencia directa e indirecta de la UE en el proceso de paz de Irlanda del Norte con el fin de ofrecer una visión de los ámbitos que se podrían ver afectados por el *Brexit*. Por otro lado, el artículo sintetiza la importancia que la situación de Irlanda del Norte ha revestido en las negociaciones del *Brexit* y las dificultades experimentadas por el Reino Unido para obtener la aprobación parlamentaria. Las conclusiones, finalmente, apuntan algunos efectos visibles del proceso.

**Palabras clave:** *Brexit*, Irlanda del Norte, Acuerdo del Viernes Santo, UE.

## ABSTRACT

### THE IMPACT OF *BREXIT* ON THE NORTHERN IRELAND PEACE PROCESS: PROVISIONAL THOUGHTS

United Kingdom and Ireland membership of EU has provided the context for several dimensions in the Northern Ireland Peace Process. Concerns have been raised that the Withdrawal from the EU could lead to hard border between Ireland and Northern Ireland, thus jeopardising the Good Friday Agreement. The paper analyses, on the one hand, the direct and indirect influence of the European Union in the Northern Ireland peace process with the aim of exploring the areas that could potentially be compromised by *Brexit*. On the other hand, the article reviews the prominent position that Northern Ireland has occupied in the *Brexit* negotiations and the obstacles faced by the UK in order to get the Agreement approved by the UK Parliament. The conclusions point to some already visible effects of the process.

**Keywords:** *Brexit*, Northern Ireland, Good Friday Agreement, EU.



## LA POLÍTICA EXTERIOR RUSA Y SU RELACIÓN CON OCCIDENTE. UNA VISIÓN DESDE EL REALISMO NEOCLÁSICO

Antonio SÁNCHEZ ORTEGA\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL REALISMO NEOCLÁSICO COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS DE LA POLÍTICA RUSA.—3. LAS RELACIONES DE RUSIA CON OCCIDENTE.—3.1. Del occidentalismo moderado a la desilusión.—3.2. La primera etapa del gobierno de Vladimir Putin.—3.3. De la política del *reset* a la crisis de Ucrania.—3.4. La intervención en Siria como bálsamo de la resaca ucraniana.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. A menudo se cataloga a Rusia como un Estado imperialista, expansionista o, en el mejor de los casos, como nostálgico que trata de recuperar su esplendor pasado, lo que le llevaría a convertirse en un Estado revisionista del sistema internacional<sup>1</sup>, etiquetas similares a las que se adjudicó a Alemania, Italia y Japón antes de la Segunda Guerra Mundial. La conocida frase del Presidente Vladimir Putin afirmando que la caída de la Unión de Repúblicas

---

\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en la Universidad de Granada ([santega@ugr.es](mailto:santega@ugr.es)). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 7 de noviembre de 2019.

<sup>1</sup> La Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de 2017, en su pilar tercero, dedicado a la Defensa y, por tanto, a las amenazas clásicas provenientes de la acción de otros Estados o de organizaciones terroristas, identifica como primer grupo de desafiantes a los Estados revisionistas —China y Rusia— por delante incluso de Estados como Irán, Corea del Norte o los grupos yihadistas. *National Security Strategy of the United States of America*, diciembre de 2017, disponible en <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905-2.pdf>, pp. 25 y ss. Además, existen una gran cantidad de trabajos académicos coincidentes con esta línea argumental. Véanse, entre otros, RUSSELL, W., «The Return of Geopolitics: The Revenge of the Revisionist Powers», *Foreign Affairs*, vol. 93, mayo-junio de 2014, núm. 3, pp. 69-79, en menor medida, IKENBERR, J., «The Illusion of Geopolitics: The Enduring Power of the Liberal Order», *Foreign Affairs*, vol. 93, mayo-junio de 2014, núm. 3, pp. 80-91. Una visión quizá más acertada de las motivaciones revisionistas de Rusia, pero centradas en Eurasia puede verse en SAMIR, P., «The Strategic Hedging of Iran, Russia, and China: Juxtaposing Participation in the Global System with Regional Revisionism», *Journal of Global Security Studies*, vol. 2, octubre de 2017, núm. 4, pp. 307-323.

Socialistas Soviéticas (URSS) fue la mayor catástrofe geopolítica del siglo XX y un verdadero drama para la nación rusa<sup>2</sup>, apuntaría claramente en esta dirección. Ni el más optimista de los líderes rusos puede pensar que en el momento actual, ni en un futuro previsible, Rusia pueda volver a emerger como el coloso que derrotó a Napoleón o la superpotencia que durante cuarenta y cinco años lideró el segundo mundo en la Guerra Fría y ello a pesar de que, como bien afirma Raymond Aron, en política internacional el deseo pervive a la potencia. Ahora bien, eso no significa que Rusia haya encontrado el acomodo deseado en el mundo posterior a la Guerra Fría, ni que sus tradicionales preocupaciones de seguridad hayan desaparecido. Es cierto que en la actualidad las hordas mongólicas, la posibilidad de una invasión terrestre desde el continente europeo o la amenaza de un apocalipsis nuclear no parecen acechar a la vuelta de ninguna esquina geopolítica. Lo cual no significa tampoco que Rusia no perciba su supervivencia amenazada.

2. Las dimensiones más problemáticas para la seguridad de Rusia provienen de la pérdida de estatus como potencia del sistema por lo que ellos identifican como tendencias hegemónicas de Estados Unidos que, en última instancia, podrían derivar, incluso, en una pérdida de su independencia política o de su integridad territorial. Las causas de esto último estarían relacionadas con la extensión del sistema liberal democrático o con los desmanes de dicho orden. Kosovo, Afganistán, Irak, Libia y Siria son precedentes peligrosos para Rusia.

3. Un Estado revisionista puede ser definido como aquel que rechaza las normas dominantes de interacción en una determinada sociedad internacional y considera que la activa participación en la revocación de ese orden sirve a sus intereses nacionales<sup>3</sup>. En otras palabras, el Estado revisionista entiende que la consecución de su interés nacional pasa por un cambio del sistema internacional con el objetivo de lograr uno más acorde a sus objetivos y potencialidades<sup>4</sup>. Para lo que, además de contar con la voluntad de alterar el sistema, debe ser una potencia con las capacidades para hacerlo<sup>5</sup>. Si este

<sup>2</sup> La referencia a la nación rusa es normalmente obviada; en cambio, la situación de las minorías rusas en el exterior es una cuestión muy importante en la actuación de Rusia. PUTIN, V., «2005 Annual Address to the Federal Assembly of the Russian Federation», *The Kremlin Website*, <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/22931>.

<sup>3</sup> LEGRO, J., *Rethinking the World: Great Power Strategies and International Order*, Cornell University Press, 2007, p. 9, citado en SAKWA, R., «Russian Neo-Revisionism», *Russian Politics*, vol. 4, 2019, núm. 1, pp. 1-21, esp. p. 12.

<sup>4</sup> Se prefiere en este trabajo usar el concepto de sistema internacional en lugar de sociedad internacional, puesto que la presencia de potencias revisionistas implicaría la ausencia de consenso hacia los intereses y valores compartidos y, por supuesto, hacia el mantenimiento de los mismos. Además, el revisionismo no solo implica el cuestionamiento de ese supuesto consenso, sino que, en última instancia, cuestiona la estructura de poder por entenderla como el artífice de las normas imperantes en el sistema. Sobre estas cuestiones, véanse GARCÍA, C., «La Escuela Inglesa y la teoría de la sociedad internacional: propuestas, críticas y reformulación», en DEL ARENAL, C. y SANAHUJA, J., *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 269-299, y BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, 3.ª ed., Tecnos, 2007, pp. 131 y ss.

<sup>5</sup> MORALES, J. «La estrategia de seguridad rusa tras Ucrania y Siria: ¿potencia revisionista o de *statu quo*?», en FERREIRA, S. (ed.). *Globalización y cambios en la actual agenda de seguridad*, Madrid, Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado», UNED, 2017, pp. 237-290, esp. p. 239.

fuese el caso de Rusia, sería lógico que su política exterior desde el fin de la Guerra Fría hubiese destacado por una oposición frontal al sistema posbipolar. Ahora bien, si la analizamos podemos observar que la posición de Rusia en el sistema no ha sido de confrontación. Es más, independientemente de que siempre haya mostrado su disconformidad con algunas de las dinámicas del mismo —hegemonía estadounidense, ampliaciones de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) e intervenciones militares fuera del sistema de Naciones Unidas— la relación con Occidente, entendido como Estados Unidos y sus aliados europeos principalmente, no ha sido siempre truculenta y durante destacados momentos se ha basado en la cooperación y no en la confrontación.

4. El objetivo de este trabajo será, por tanto, analizar el paulatino cambio de la política exterior de Rusia hacia Occidente. Para este análisis se usarán los postulados del realismo neoclásico con el objetivo de determinar cuáles han sido las causas del progresivo distanciamiento desde el fin de la Guerra Fría, así como la identificación de los objetivos en materia de política exterior y los riesgos percibidos por parte de Rusia. Otro elemento fundamental para comprender el cambio de la actuación de Rusia, y que también será abordado desde esta visión del realismo, es el poder relativo de esta en el sistema internacional. Por último, se tratará de dar respuesta a la cuestión del posible revisionismo de Rusia teniendo en cuenta tanto sus objetivos como las acciones identificadas en este trabajo.

## 2. EL REALISMO NEOCLÁSICO COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS DE LA POLÍTICA RUSA

5. La intervención rusa en Ucrania ha supuesto la mayor crisis entre Rusia y Occidente desde el fin de la Guerra Fría. Ha provocado la aprobación de importantes sanciones internacionales por parte de Estados Unidos, la Unión Europea (UE) y otros Estados contra Rusia<sup>6</sup>, además de la vuelta a una «guerrilla fría» tanto en lo político como en lo militar. Ahora bien, ¿cómo se explicaría la transición de la política exterior rusa hacia Occidente desde posiciones prooccidentales en los noventa hasta la situación actual? A menudo se ha tendido a presentar la evolución de la política rusa como un proceso en el que se partía de la confianza rusa en que la cooperación con Occidente le otorgaría el papel de gran potencia, al estilo del que ostentó en el concierto europeo del siglo XIX, y que una serie de desencuentros y de cesiones rusas se fueron sucediendo hasta que la crisis de Ucrania les hizo ver que no se le otorgaría el papel

---

<sup>6</sup> Hasta 31 Estados se han sumado a las sanciones que, aunque tuvieron un impacto muy significativo en los primeros momentos, fueron absorbidas por la economía rusa para 2016, comenzando el país una senda de crecimiento económico en 2017. Véanse ASHFORD, E., «Not-So-Smart Sanctions. The Failure of Western Restrictions, Against Russia», *Foreign Affairs*, vol. 95, enero-febrero de 2016, núm. 1, pp. 114-123, y RAMÍREZ R., «IMF Staff Concludes Visit to Russian Federation», *International Monetary Fund Press Release*, 29 de noviembre de 2016, núm. 16/529, disponible en <https://www.imf.org/en/News/Articles/2017/11/17/pr17448-imf-staff-concludes-visit-to-russia>.

deseado. Sostener esto implicaría pensar que la Rusia que nace tras la desintegración de la URSS no la hereda, política ni históricamente, y que como el resto de las exrepúblicas soviéticas su nueva identidad habría de construirse sobre el distanciamiento de la Rusia Imperial y de la URSS. Nada más lejos de la realidad. Aunque es cierto que Rusia nace con la voluntad de ruptura del modelo ideológico —o más bien productivo— de la URSS, desde el comienzo se aprecia la voluntad de yuxtaposición con esta y con la Rusia imperial.

6. Teniendo en cuenta el fuerte arraigo del paradigma realista en Rusia, no parece descabellado recurrir al mismo como marco explicativo de la política exterior de Rusia<sup>7</sup>. De entre las diferentes visiones del realismo consideramos que es el realismo neoclásico el que ofrece una mejor explicación de la conducta rusa. La preferencia por esta visión del realismo se debe a que al igual que el neorrealismo, entiende que el medio internacional y la estructura del mismo son los elementos principales a la hora de explicar la actuación del Estado. Pero, a diferencia de este, no comparte que los Estados vayan a responder siempre igual, sino que defienden que su comportamiento, además de los condicionantes impuestos por el medio internacional —imperativos sistémicos— depende de una serie de factores internos, ahí coinciden con los realistas clásicos, que modularán su respuesta. En este sentido, el realismo clásico se centra en las cuestiones relacionadas con el poder y su uso en el medio internacional, así como en los problemas que los líderes encuentran a la hora de llevar a cabo su política exterior. Por tanto, su pretensión es la de ser una guía de actuación en política exterior. El neorrealismo, por su parte, es una teoría con pretensión de empirismo centrada en explicar los resultados de las interacciones de los Estados con el objetivo de dar respuesta a cuestiones relevantes del sistema internacional: distribución y equilibrio de poder, causas de las guerras, cooperación, etc., y que tiende a restar importancia a la política exterior del Estado como elemento explicativo<sup>8</sup>. Las principales divergencias dentro del neorrealismo estarán relacionadas con la diferente concepción de la adversidad de la anarquía internacional y la estrategia seguida por los Estados —el realismo defensivo se centrará en la búsqueda de la seguridad al creer que la anarquía puede ser benigna y el ofensivo en la maximización del poder al creerla hobbesiana— y con los niveles de análisis<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> De hecho, el realismo en sus diferentes vertientes es el paradigma que mayor aceptación tiene entre los académicos y políticos rusos. Véanse, entre otros, MORALES, J., «Las relaciones internacionales en Rusia: desarrollo, enfoques y debates», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, enero-junio de 2019, núm. 1, pp. 139-162, y ROMANOVA, T. y PAVLOVA, E., «Towards Neoclassical Realist Thinking in Russia?», *Neo-Classical Realism in European Politics: Bringing Power Back In*, Manchester University Press, 2012, pp. 234-254. Este último mucho más centrado en el impacto del realismo neoclásico en Rusia.

<sup>8</sup> Ninguno de los enfoques neorrealistas consideran que los Estados pueden presentar diferencias a la hora de controlar la agenda política, elegir diferentes acciones o a la hora de movilizar los recursos necesarios para responder a los imperativos sistémicos. LOBELL, S., RIPSAN, M. y TALIAFERRO, J., *Neoclassical realism, the state, and foreign policy*, Cambridge University Press, 2009, p. 19.

<sup>9</sup> MOURE, L., «El realismo en la teoría de las relaciones internacionales: génesis evolución y aportaciones actuales», en DEL ARENAL, C. y SANAHUJA, *op. cit.*, nota 4, pp. 61-96, esp. p. 82. Aunque no existe un consenso a la hora de integrar al realismo neoclásico dentro de la corriente neorrealista.

7. El realismo neoclásico trata de combinar los aspectos más interesantes del realismo clásico y del neorrealismo para una mejor comprensión de la política internacional incorporando otro nivel de análisis<sup>10</sup>. Así, los realistas neoclásicos incorporan variables internas y externas, defendiendo que el alcance y ambición de un Estado en el medio internacional se deriva primero y principalmente del lugar que ocupa en el mismo y especialmente de su poder. Pero, y aquí es donde difieren de los neorrealistas, el impacto de su poder en la acción exterior es indirecto y complejo puesto que las presiones que ejerce el medio internacional pueden verse afectadas por variables de carácter interno<sup>11</sup>. Por tanto, «el realismo neoclásico trata de explicar las variaciones en la política exterior de un Estado a lo largo del tiempo o ante diferentes Estados haciendo frente a similares imperativos externos». No es, por tanto, una teoría del funcionamiento del sistema internacional, sino, más bien, una teoría de política exterior que trata de explicar cómo será la actuación «de un Estado en particular ante los imperativos del sistema internacional» pero sin explicar el resultado de esas acciones sobre el sistema<sup>12</sup>.

8. Según los realistas neoclásicos, los Estados, para hacer frente a las consecuencias de la incertidumbre provocada por la anarquía internacional, tratarán de controlar y modificar su medio exterior de acuerdo con sus objetivos y preferencias. «La predicción empírica central del realismo neoclásico es [...] que a largo plazo, la cantidad relativa de recursos de poder material que poseen los países configurará la magnitud y la ambición [...] de su política exterior: a medida que aumente su poder relativo, los Estados buscarán más influencia en el exterior y a medida que decaiga, sus acciones y ambiciones se reducirán». El problema que se plantea es que para ellos la anarquía internacional «no es ni hobbesiana ni benigna, sino más bien turbia y difícil de leer» por lo que, además del poder relativo del Estado dentro del sistema, las percepciones de los líderes políticos y las características de la política interna afectan a la comprensión y a las respuestas del Estado ante los imperativos sistémicos<sup>13</sup>.

9. Además, en la medida en que el realismo neoclásico tiene por objeto explicar cómo los Estados tratan de alterar el medio exterior de acuerdo

---

<sup>10</sup> MIJARES, V., «Realismo neoclásico: ¿El retorno de los estudios internacionales a la ciencia política?», *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, vol. 35, núm. 3, pp. 581-603, esp. p. 593, disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2015000300006>.

<sup>11</sup> GIDEON, R., «Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy», *World Politics*, vol. 51, 1998, núm. 1, pp. 144-172, esp. p. 146. Es, en este sentido, donde el realismo neoclásico difiere más abiertamente con los postulados neorrealistas al introducir en el análisis las cuestiones internas, o usando los términos de Waltz, teorías reduccionistas, esto es, la tendencia a explicar el todo con referencia a los atributos internos y al comportamiento individual de las unidades. Según él, no se puede explicar la política internacional como una agregación de políticas exteriores y comportamientos de los Estados. Véanse WALTZ, S., *Theory of International Politics*, McGraw-Hill, 1979, p. 64; LOBELL, S., RIPSAN, M. y TALIAFERRO, J., *op. cit.*, nota 8, pp. 13 y ss., y MOURE, L., *op. cit.*, nota 9, p. 91.

<sup>12</sup> LOBELL, S., RIPSAN, M. y TALIAFERRO, J., *op. cit.*, nota 8, p. 20.

<sup>13</sup> GIDEON, R., *op. cit.*, nota 11, p. 152. Esta cuestión es de gran importancia. Las acciones de Rusia se derivan de sus propias percepciones y eso es lo que trata de exponerse en nuestro análisis. Esto no quiere decir que sean reales o que sus causas sean las que se identifican aquí, ni que muchas de ellas no puedan ser achacadas a previas acciones de Rusia.

con sus intereses va a prestar una mayor atención a los medios que tienen a su disposición, añadiendo a los tradicionales —poder militar y diplomacia— otros como económicos, ideológicos, identitarios, etc. En definitiva, todos los instrumentos de poder al servicio del Estado. Otro elemento que también se nos antoja de gran utilidad a la hora de comprender la política exterior de Rusia es la importancia que otorga a la experiencia histórica y al pasado de los Estados a la hora de explicar su comportamiento en la escena internacional<sup>14</sup>.

10. Si, según lo que hemos afirmado, el neorrealismo sitúa los imperativos sistémicos y más concretamente los cambios en la estructura de poder como el elemento principal de su análisis —o si se prefiere variable independiente— ya que son estos los que van a explicar la actuación de los Estados —variable dependiente—, pero con la tendencia a verla como un automatismo, los realistas neoclásicos entienden que los procesos internos de los Estados serían los factores intervinientes que alteran dicho automatismo<sup>15</sup>. Por lo que en nuestro análisis partiremos del resultado de los cambios en la distribución del poder internacional sobre Rusia, siendo esta nuestra variable independiente. Para explicar la política exterior de Rusia, variable dependiente, usaremos como factores intervinientes, en primer lugar, la metodología de evaluación de amenazas propuesta desde el realismo neoclásico. Este se basa en una identificación multinivel de las mismas (internacionales, regionales e internas) y en la estrecha interrelación de las mismas desde el punto de vista de la actuación de los gobiernos<sup>16</sup>. En segundo lugar, para entender la modulación de las acciones de Rusia ante dichas amenazas, será de gran utilidad el concepto del poder estatal, entendido como la habilidad del Estado para extraer o movilizar recursos de la sociedad y que estará determinado por las instituciones del Estado, así como por el nacionalismo y la ideología<sup>17</sup>.

### 3. LAS RELACIONES DE RUSIA CON OCCIDENTE

#### 3.1. Del occidentalismo moderado a la desilusión

11. En los primeros años tras la caída de la URSS, Rusia apostó claramente por una política de integración con Occidente. Durante la etapa de

<sup>14</sup> Véanse BECKER, M., COHEN, M., KUSHI, S. y MCMANUS, I., «Reviving the Russian empire: the Crimean intervention through a neoclassical realist lens», *European Security*, vol. 25, 2016, núm. 1, pp. 120-133, esp. p. 117, y GIDEON, R., *op. cit.*, nota 11.

<sup>15</sup> MUJARES, V., *op. cit.*, nota 10, p. 588.

<sup>16</sup> Véase LOBELL, S., «Threat assesment, the state, and foreign policy: a neoclassical realist model», en LOBELL, S., RIPSAN, M. y TALIAFERRO, J., *op. cit.*, nota 8, pp. 42-74.

<sup>17</sup> Véase TALIAFERRO, J., «Noeclassical realism and the resource extraction: State building for future war», en LOBELL, S., RIPSAN, M. y TALIAFERRO, J., *op. cit.*, pp. 194-226, esp. p. 197. Aunque el concepto originalmente es desarrollado por Fareed Zakaria para explicar la evolución de la política exterior estadounidense, ha tenido un amplio desarrollo por los defensores del realismo neoclásico. Véanse GIDEON, R., *op. cit.*, nota 11, p. 162, y ZAKARIA, F., *De la riqueza al poder: los orígenes del liderazgo mundial de Estados Unidos*, Gedisa, 2012.



Andrei Kozyrev como ministro de asuntos exteriores, entre 1990-1996, es posible ver como la política exterior rusa fue abiertamente occidentalista, con el objetivo de integrar a Rusia como una gran potencia en el seno de Occidente. Frutos de este nuevo enfoque serían la aquiescencia rusa en la segunda guerra del golfo en 1990 o la nueva doctrina militar rusa de 1993, donde ni la OTAN ni Estados Unidos aparecían como enemigos<sup>18</sup>. En 1994 se producen los hechos más relevantes dentro de esta nueva sintonía como son la creación de la Asociación para la Paz en el marco de la OTAN, destinada principalmente a los países del antiguo pacto de Varsovia, incluida la propia Rusia, y la creación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que dotaba de rango institucional a los acuerdos de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. Ambas iniciativas representaban el claro intento de superar la división bipolar en Europa y de buscar nuevos modelos de cooperación y concertación de la seguridad y defensa entre los antiguos enemigos de la Guerra Fría. Además, en 1996 se adhirió al Consejo de Europa, mientras que al año siguiente entró en vigor el Acuerdo de asociación y cooperación entre la UE y Rusia.

12. Durante este primer periodo, Rusia estaba inmersa en claro proceso de emulación de Occidente<sup>19</sup>. La pérdida de su estatus como superpotencia se debía al colapso de la URSS, por lo que el cambio del sistema político y económico era prioritario para garantizar no ya su poder internacional, sino su propia existencia. Estos años fueron extremadamente difíciles para Rusia. La crisis económica no hizo más que agudizarse —provocando incluso la intervención del Fondo Monetario Internacional (FMI) en 1998— y la primera guerra de Chechenia supuso la independencia *de facto* de la región, mientras que evidenciaba el deplorable estado y moral del ejército ruso. Además, las reformas políticas no dieron los resultados esperados mientras que el Estado perdió el control sobre sectores económicos estratégicos y la corrupción aumentó de manera considerable. Es por ello que durante este periodo las amenazas para Rusia fueron de carácter interno. Para poder solventarlas requería llevar a cabo un proceso de modernización para el que necesitaba la ayuda y la cooperación con Occidente<sup>20</sup>. Son, por tanto, las cuestiones de política interna las que van a condicionar la política exterior rusa. Además, en el

---

<sup>18</sup> Aunque sí se indicaba que Rusia no toleraría la expansión de la OTAN hacia sus fronteras. Véase LÓPEZ, J. y MORALES, J., *La política exterior de Rusia: los conflictos congelados y la construcción de un orden internacional multipolar*, Dykinson, 2017, p. 22.

<sup>19</sup> Según los autores del realismo neoclásico, los Estados pueden tratar de hacer frente a las amenazas derivadas de la competencia del sistema internacional, además de con los medios tradicionales de política exterior, mediante diferentes opciones internas. Fundamentalmente estas serían el continuismo, la emulación o la innovación. La emulación supone la adaptación de las prácticas de los Estados más exitosos y la innovación un desarrollo novedoso para contrarrestar esas prácticas. La emulación y aún más la innovación son estrategias costosas cuyo éxito va a depender del poder estatal. Véase TALIAFERRO, J., *op. cit.*, nota 17, pp. 194-226.

<sup>20</sup> A pesar de que existían sectores de la población y miembros del gobierno que creían fervientemente en la necesidad de occidentalizar a Rusia e incluso integrarla en sus estructuras, no es menos cierto que el sentimiento mayoritario seguía siendo la tradicional sospecha hacia Occidente. Como bien se ha indicado, siempre se ha percibido en Rusia que el desmembramiento de la URSS no se debió

medio internacional el cambio en la configuración de poder resultante del fin de la Guerra Fría hacia la unipolaridad aún no había despertado tendencias hegemónicas por parte de Estados Unidos.

13. Esta situación empezó a cambiar paulatinamente a mitad de la década. Una serie de acontecimientos internacionales mostraban como la nueva distribución del poder internacional se tornaba contra los intereses rusos. En este sentido, Rusia veía como los objetivos de su política exterior no se cumplían<sup>21</sup>. En 1992 estos habían sido identificados, en primer lugar, con la creación de un gran sistema paneuropeo de seguridad donde Rusia fuese tratada como un igual y, en segundo, la responsabilidad especial conferida por la historia y su ascendente sobre las cuestiones relacionadas con el espacio postsoviético y que venía a representar la plasmación espacial de su estatus de gran potencia<sup>22</sup>. La intervención de la OTAN en Bosnia de 1995 y, especialmente, la de Kosovo en 1999, junto con los sucesivos procesos de ampliación de la organización dejaron claro a los rusos que, si de alguna forma esperaban que la Guerra Fría hubiese terminado con un acuerdo wilsoniano, la realidad se asemejaba más a Brest-Litovsk.

14. Por un lado, las intervenciones militares de la OTAN eran un claro síntoma de la alteración del equilibrio de poder en el sistema internacional, dando lugar en Rusia a lo que se ha denominado como síndrome de Kosovo. Esto es, la constatación de la pérdida de su poder en la arena internacional, o lo que ellos percibían como el establecimiento de un orden unipolar y el debilitamiento de la ONU en favor de instituciones occidentales en las que no estaba representada<sup>23</sup>. Esta apropiación por parte de la OTAN de la función principal del Consejo de Seguridad venía a romper uno de los pilares básicos del sistema internacional surgido tras la Segunda Guerra Mundial, dinamitando, de paso, la capacidad de Rusia de usar su derecho de veto, instrumento que representa el respeto de la configuración de poder resultante de dicho conflicto. Por otro, suponía una violación de los acuerdos de Helsinki, elemento fundamental de distensión durante la Guerra Fría y la piedra angular de la seguridad europea<sup>24</sup>. Este cambio de poder a nivel internacional tuvo consecuencias directas sobre el espacio regional europeo. La ampliación de

---

a su propia crisis interna, sino que respondía a una estrategia orquestada desde Occidente. Véase SERRA MASSANSALVADOR, F., *Rusia: La otra potencia europea*, Fundación CIDOB, 2005, p. 157.

<sup>21</sup> De hecho, Yeltsin llegó a declarar en la Cumbre de Budapest de Jefes de Estado o de Gobierno en diciembre de 1994 que creó la OSCE que en Europa se estaba estableciendo una paz fría. Para Rusia, los motivos de fricción estaban relacionados con el hecho de que se la tratase como a otros Estados europeos pequeños y medianos y la posibilidad de ampliación de la OTAN. Los planes iniciales de los rusos pasaban más por una subordinación de la OTAN a la OSCE o incluso por una adhesión de Rusia a la OTAN. Véase SHERR, J., *Hard Diplomacy and Soft Coercion Russia's Influence Abroad*, Royal Institute of International Affairs, 2013, p. 48.

<sup>22</sup> Espacio que, en un claro signo de esta visión, comenzó a denominarse entre los políticos rusos como *extranjero cercano*. KOZYREV, A., «Russia: A Chance for Survival», *Foreign Affairs*, vol. 71, primavera de 1992, núm. 2, pp. 1-16.

<sup>23</sup> LÓPEZ, J. y MORALES, J., *op. cit.*, nota 18, p. 46.

<sup>24</sup> BILANDZIC, V., «El proceso de gestión del Acta Final de Helsinki: un testimonio desde Belgrado», *Comunidad de la Seguridad*, 3-4/2015, disponible en <https://www.osce.org/es/magazine/226506>.

la OTAN de 1999 a la República Checa, Hungría y Polonia alteraba el entorno de seguridad de Rusia en la medida que incluía a Estados de su antigua zona de influencia, a la vez que la acercaba hacia la actual —*extranjero cercano*— y a sus propias fronteras, suponiendo, además, una violación de las garantías dadas por Occidente a la URSS durante la reunificación alemana<sup>25</sup>.

15. La debilidad de Rusia —y del propio Yeltsin— en ese momento explican su incapacidad para llevar a cabo ninguna acción contraria —más allá de la protesta política y del extraño caso de la toma del aeropuerto de Prístina por tropas rusas tras la guerra de Kosovo—. Ahora bien, sí tuvieron consecuencias en el ámbito interno. La decepción con Occidente fue un elemento fundamental a la hora de entender el cambio en la política exterior del Kremlin, materializado en el reemplazo de Andrei Kozyrev por Yevgeni Primakov en 1996 —promovido a presidente del Gobierno en 1998—. Las líneas generales de su política exterior fueron conocidas como la doctrina Primakov y, en gran medida, siguen constituyendo los ejes principales de la política exterior de Rusia. Así, esta pasaría de ser de orientación occidental a euroasiática, nacionalista y realista. Los objetivos serían a partir de entonces el de convertirse en un centro de poder en un mundo multipolar y especialmente el preminente en cuestiones políticas, económicas, militares y culturales en el *extranjero cercano*. Para ello era necesario contrarrestar el dominio de Occidente mediante el acercamiento a otras potencias —política exterior multivectorial hacia China e India en esa época— y la consolidación del *extranjero cercano* como esfera de influencia natural rusa. Ambos objetivos se encontraban estrechamente vinculados<sup>26</sup>.

### 3.2. La primera etapa del gobierno de Vladimir Putin

16. Vladimir Putin, a pesar de la rivalidad con Primakov, asumió como propios los principios de su política exterior, lo que paradójicamente no supuso, ni mucho menos, una confrontación con Occidente, más bien todo lo contrario. Rusia apoyó a Estados Unidos tras los ataques del 11 de septiembre y la posterior invasión de Afganistán, aunque esto implicara la creación de bases de militares norteamericanas en Asia central; en 2002 concluirían el Tratado de Reducciones de Ofensivas Estratégicas (SORT) y también acordaron la creación del Consejo Rusia-OTAN como mecanismo de cooperación y actuación conjunta entre las partes<sup>27</sup>. Además, tuvo una actitud de moderación tras la retirada de Estados Unidos ese mismo año del Tratado sobre Misiles Antibalísticos (ABM), con la invasión de Irak por parte de Estados Unidos en 2003 y con la gran ampliación de la OTAN de 2004 que incluyó

<sup>25</sup> Véase MORALES, J., «Seguridad ontológica y percepciones de amenaza: Rusia ante la ampliación de la OTAN», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 4, 2018, núm. 2, pp. 1-15.

<sup>26</sup> LÓPEZ, J. y MORALES, J., *op. cit.*, nota 18, p. 25, y SHERR, J., *op. cit.*, nota 21, p. 191.

<sup>27</sup> En estos años, las partes llegaron a otros acuerdos, como declaraciones en materia de energía, sobre Oriente Próximo, etc. Véase MOTYL, A., RUBLE, B. y SHEVTSOVA, L., *Russia's Engagement with the West. Transformation and Integration in the Twenty-First Century*, Routledge, 2015, p. 269.

a los países bálticos, parte del antiguo territorio soviético. Aunque protestó airadamente contra estas decisiones, no supusieron la ruptura de la cooperación. Durante estos mismos años, las relaciones con Europa, aunque de menor calado, también fueron relevantes. De hecho, Rusia se posicionó al lado de Francia y Alemania contra la invasión de Iraq en lo que se conoció como el eje París-Berlín-Moscú o, en palabras de Donald Rumsfeld, «vieja Europa» mientras que siguió manteniendo buenas relaciones con países de la «nueva Europa» como el Reino Unido e Italia. Por otra parte, la cooperación entre Rusia y la UE, aunque sin grandes logros, también avanzó<sup>28</sup>.

17. Sin duda, es posible apreciar una importante contradicción entre la nueva orientación de la política exterior rusa y la estrecha cooperación con Occidente durante estos años, y ello a pesar de que las tendencias hegemónicas de Estados Unidos y el desmantelamiento del sistema surgido tras la Segunda Guerra Mundial no hacían más que acentuarse. Para poder comprender la actuación de Rusia es necesario introducir cuestiones de política interna. Durante los primeros años de la presidencia de Putin, la crisis económica, la segunda guerra de Chechenia y, especialmente, la consolidación del poder del nuevo presidente en detrimento del poder legislativo, el de las regiones así como el de los *oligarcas*, acapararon la mayor parte de la atención del Kremlin<sup>29</sup>. Pero, además, existió una concordancia de intereses entre las amenazas internas y los cambios producidos en el medio internacional. En efecto, Rusia quería presentar su intervención en Chechenia como una cuestión de lucha contra el terrorismo, necesitaba estrechar sus lazos con Occidente para favorecer su recuperación y modernización económica y aún mantenía cierta esperanza en que estas relaciones servirían para favorecer la vuelta de Rusia como potencia del sistema.

18. Por tanto, parecía que Rusia estuviese dispuesta a aceptar la hegemonía estadounidense siempre y cuando esto no supusiese una amenaza contra sus intereses en los niveles regional e interno. Como se ha señalado, el pragmatismo de Rusia a la hora de aceptar estas cuestiones, difíciles para sus intereses, se basaron en el convencimiento de que existía un consenso con Estados Unidos para respetar la no injerencia mutua<sup>30</sup> y que las acciones estadounidenses no se dirigiesen contra Rusia o sus intereses en el *extranjero cercano*<sup>31</sup>.

19. Lo que la nueva presidencia sí supuso un cambio fundamental respecto a la anterior fue en política interna. El nuevo gobierno, como ya se ha comentado, llevó a cabo un proceso de recentralización y fortalecimiento

<sup>28</sup> En 2003, en la cumbre de San Petersburgo, la UE y Rusia acordaron reforzar su cooperación con la creación de espacios comunes. Véase *Fichas temáticas de la UE. Relaciones UE-Rusia*, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/177/russia>.

<sup>29</sup> MOTYL, A., RUBLE, B. y SHEVTSOVA, L., *op. cit.*, nota 27, pp. 7-8.

<sup>30</sup> Como resultado de la cooperación rusa en la guerra del terror de Bush su administración mantuvo una actitud complaciente con los desmanes de Rusia en la guerra de Chechenia o la represión interna contra los medios de comunicación o contra algunos *oligarcas*. *Ibid.*, p. 268.

<sup>31</sup> LÓPEZ, J. y MORALES, J., *op. cit.*, nota 18, pp. 78-79.

del poder del gobierno federal y más concretamente el de la figura del presidente. Pero además, el Estado recuperó el control sobre el sector energético que se convirtió en el maná de la recuperación económica, política y militar de Rusia, así como un importante instrumento de poder en las relaciones internacionales. Esto provocó un cambio importante en la evolución de Rusia. Si durante los primeros años apostó por una estrategia de emulación respecto de Occidente, el propio fracaso a la hora de convertir a Rusia en un Estado liberal democrático y los importantes cambios en la estructura de poder internacional, favorecieron una estrategia de innovación. Las consecuencias de la misma fueron una paralización y retroceso de la democratización de Rusia y un mayor control e intervencionismo del gobierno sobre la economía y otros sectores de la sociedad civil<sup>32</sup>. El resultado es un sistema definido por ellos como democracia soberana<sup>33</sup> o, si se prefiere, democracia a la rusa. El objetivo de estas actuaciones estaban estrechamente relacionadas con los cambios percibidos en el medio internacional. Si Rusia quería seguir siendo una potencia internacional debía aumentar su poder estatal. Así, el reforzamiento del poder político en un sentido casi autocrático aumentaba la capacidad del Estado de extraer recursos de la sociedad y su autonomía respecto de esta, lo que le permitiría llevar a cabo una política exterior más ambiciosa<sup>34</sup>.

20. Estos cambios internos en Rusia coincidieron con desafíos importantes en el entorno de seguridad de Rusia en su zona más sensible. Las «revoluciones de colores», una serie de movilizaciones políticas que, mediante protestas pacíficas masivas, consiguieron reemplazar en algunas exrepúblicas soviéticas a dirigentes próximos a Moscú por otros más favorables a Occidente y, por tanto, partidarios de un mayor acercamiento a algunas de sus instituciones como la OTAN o la UE<sup>35</sup>. Estas acciones, que fueron alentadas y apoyadas tanto por Estados Unidos como por la UE, fueron vistas como una amenaza directa por parte de Rusia. En primer lugar, estos cambios políticos significaban una merma de la influencia de Rusia en la región en detrimento de Occidente, lo que venía a cuestionar directamente sus aspiraciones de

<sup>32</sup> Véase SÁNCHEZ, A., *Rusia, el poder y la energía*, Plaza y Valdés, 2014, pp. 45 y ss.

<sup>33</sup> Véase ABU-TARBUSH, J. y GRANADOS, J., «La política exterior de Rusia en Oriente Medio: su intervención en Siria», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, julio de 2018, núm. 35, p. 13.

<sup>34</sup> La cuestión de la erosión de la autonomía de los Estados respecto de sus sociedades y el impacto de esta relación en el poder del Estado ha sido tratada por los realistas clásicos como Morgenthau o Kissinger. La aportación de los neorrealistas en este sentido es la de abordar las estrategias internas y externas que pueden llevar a cabo los Estados frente a esta situación. En el ámbito interno los Estados poderosos deben mostrar una mayor cohesión de sus instituciones —burocracia y ejército—, una mayor autonomía de su sociedad, más capacidad de generar ingresos y mayor alcance de las competencias gubernamentales. Véase LOBELL, S., RIPSAN, M. y TALIAFERRO, J., *op. cit.*, nota 8, esp. pp. 27 y 216 y ss.

<sup>35</sup> Georgia en 2003, Ucrania en 2004 y Kirguistán en 2005. Además, estas habían sido precedidas por un movimiento de similares características que había derrocado a Milosevic en Yugoslavia en el año 2000, mientras que, en 2006, la revolución blanca amenazó al más firme aliado de Rusia, Lukashenko, en Bielorrusia. Véase KRAMER, M., «Russian policy toward the Commonwealth of Independent States. Recent Trends and future prospects», *Problems of Post-Communism*, vol. 55, noviembre-diciembre de 2008, núm. 6, pp. 3-19.

seguir siendo considerada como una gran potencia del sistema internacional y la potencia dominante en el espacio postsoviético. Además, amenazaban con dar al traste con algunas de las iniciativas de regionalismo impulsadas por Moscú como son el Tratado para la Seguridad Colectiva, en el ámbito militar-defensivo o la Comunidad Económica Euroasiática, como modelo de integración económica del espacio postsoviético<sup>36</sup>.

21. En segundo lugar, estas defecciones de las exrepúblicas soviéticas significaban un acercamiento de Occidente hacia las fronteras rusas. Esta cuestión ha sido históricamente muy sensible para Rusia, puesto que siempre han considerado a los Estados amortiguadores como defensas adelantadas ante invasiones terrestres y, por tanto, necesarias para mantener su integridad territorial<sup>37</sup>. Lo que además tenía una especial significación en el caso de Ucrania dada la presencia de la flota rusa en la base de Sebastopol en Crimea. Además, son fundamentales para mantener la independencia política de Rusia. En este sentido, ha sido testigo de cómo las revueltas políticas de inspiración occidental han reducido su área de influencia, en los Estados de la Europa oriental en los tiempos de la URSS y más recientemente en las antiguas repúblicas soviéticas. En otras palabras, si en 1989 la influencia de Rusia dividía Alemania por la mitad, en treinta años —periodo irrelevante para la memoria de los Estados— esta frontera se ha situado en el río Dnieper. Esta tendencia, sin duda, puede llevar a pensar que de no tomarse las medidas necesarias es una cuestión de tiempo que la siguiente revolución se dé en la Plaza Roja de Moscú.

22. En tercer lugar, para Rusia esto suponía una ruptura con el entendimiento que, desde el final de la Guerra Fría, y específicamente tras el apoyo de Rusia a Estados Unidos en su guerra contra el terror, habían mantenido ambas potencias. «La retórica estadounidense en favor de extender la democracia mediante la intervención para cambiar regímenes en otros países —empleada como justificación para invadir Irak— se utilizaba ahora en el vecindario inmediato de Rusia»<sup>38</sup>. Todo esto, sumado con las tendencias anteriores aumentaba la desconfianza de Rusia hacia Estados Unidos, percibiéndola como una potencia con voluntad hegemónica y, sin duda, revisionista del sistema internacional. En definitiva, los rusos parecían rescatar los celos de la Guerra Fría<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Estas iniciativas pueden ser consideradas como nuevos intentos de recrear en alguna medida a la URSS o por lo menos conseguir de una forma más eficaz algunos de los objetivos perseguidos por Rusia en la creación de la Comunidad de Estados Independientes, ALLISON, R., «Regionalism, regional structures and security management in Central Asia», *International Affairs*, vol. 80, 2004, núm. 3, pp. 463-483.

<sup>37</sup> NÚÑEZ, J. y CARRASCO, M., «Política exterior y de seguridad de Rusia: ida y vuelta a la escena mundial», *Papeles del Este*, 2008, núm. 16, pp. 81-95.

<sup>38</sup> LÓPEZ, J. y MORALES, J., *op. cit.*, nota 18, p. 79.

<sup>39</sup> Todas estas cuestiones quedaron claramente de manifiesto en el discurso pronunciado por el Presidente Putin en la Conferencia de Política de Seguridad celebrada en Múnich en 2007. Véanse PUTIN, V., *Speech and the Following Discussion at the Munich Conference on Security Policy*, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/24034>, y NALBANDOV, R., *Not by Bread Alone: Russian Foreign Policy under Putin*, Potomac Books, 2016, *passim*.

23. El incremento del poder de Rusia en los años precedentes favoreció una serie de actuaciones que trataron de revertir o contener estas situaciones, pero que no destacaron precisamente por su contundencia. En muchas ocasiones la energía, el apoyo o las sanciones de carácter económico fueron los principales instrumentos de la política exterior rusa en la región. Como excepción encontramos la intervención militar en Georgia en 2008. Aunque esta se presentó en los mismos términos por parte de Rusia que la actuación de la OTAN en Kosovo, esto es, defender a las minorías de Abjasia y Osetia del Sur, a nadie se le escapa que la verdadera razón estaba más relacionada con impedir una incorporación de Georgia a la OTAN, con cuestiones de carácter energético y como un intento de socavar al gobierno prooccidental de Mijail Saakashvili<sup>40</sup>. Si bien es cierto que esta intervención militar es, con razón, identificada como una muestra de la hipocresía de Rusia, lo cierto es que en su resultado no supuso una alteración sustancial de la situación de Georgia<sup>41</sup>. Es por ello que, desde el punto de vista del Kremlin, era una operación más destinada a mantener el *statu quo* y derivada de las prerrogativas especiales de su ascendente sobre su área de influencia.

24. La consecuencia más relevante —además, obviamente, de las víctimas de dicho conflicto— fue la constatación entre los líderes rusos de que sus fuerzas armadas, aunque victoriosas, distaban mucho de ser un instrumento de proyección de poder, lo que fue determinante para que estas comenzaran un profundo proceso de reforma cuyos efectos han quedado de manifiesto en las crisis de Ucrania de 2014 y en la guerra de Siria. Por lo que si antes hemos visto que Rusia había iniciado un proceso de aumento del poder estatal mediante el reforzamiento del poder político, el incremento de la autonomía de este respecto de su sociedad y su capacidad para acrecentar los ingresos, ahora había llegado el momento de reforzar sus capacidades militares<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Véase SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, nota 32, pp. 128-176.

<sup>41</sup> Las dos provincias rebeldes funcionaban como Estados *de facto* con el apoyo ruso desde los acuerdos de paz de 1994. La guerra se inició tras el intento de Georgia de recuperar el control de Osetia del Sur mediante la fuerza. Las operaciones militares rusas, aunque afectaron otras partes del territorio georgiano, no limitaron su posterior soberanía, ni entre sus objetivos estaba el cambio de gobierno. Aunque es cierto que Rusia reconoce a Osetia del Sur y a Abjasia como Estados independientes desde el fin de la guerra. Véase SAKWA, R., *op. cit.*, nota 3, p. 10. Un trabajo más amplio sobre la cuestión puede verse en CORNELL, S. y STARR, F. (eds.), *The Guns of August 2008. Russia's War in Georgia*, M. E. Sharpe, 2009.

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión se ha escrito con profusión, tanto desde el punto de vista del incremento del poder militar ruso como del impacto de este sobre la seguridad internacional y especialmente occidental. Véanse, entre otros, BAEV, P., «The Continuing Revolution in Russian Military Affairs», en LIPMAN, M. y NIKOLAI, P., *Russia in 2020: Scenarios for the Future*, Carnegie Endowment for International Peace, pp. 349-370; LAVROV, A., «Russian Military Reforms from Georgia to Syria», *Center for Strategic and International Studies*, 5 de noviembre de 2018, disponible en [https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/181106\\_RussiaSyria\\_WEB\\_v2.pdf](https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/181106_RussiaSyria_WEB_v2.pdf); MARTIN, R., «Russia's armed forces Reforms and challenges», *EPRS/European Parliamentary Research*, abril de 2015, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/554213/EPRS\\_IDA\(2015\)554213\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/554213/EPRS_IDA(2015)554213_EN.pdf), y FACON, I., «Russia's national security strategy and military doctrine and their implications for the EU», Directorate-General for External Policies, European Parliament, enero de 2017, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/578016/EXPO\\_IDA%282017%29578016\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/578016/EXPO_IDA%282017%29578016_EN.pdf).

### 3.3. De la política del *reset* a la crisis de Ucrania

25. La crisis georgiana no supuso una ruptura entre Rusia y Occidente, ni siquiera conllevó la adopción de sanciones<sup>43</sup>. Es más, entre 2009 y 2012 las relaciones de Rusia y Estados Unidos mejoraron de forma sustancial en lo que ha pasado a la historia como «*reset*». En gran parte, esto estuvo motivado por cambios políticos internos en Estados Unidos y Rusia —la llegada al poder de Barack Obama y de Dimitri Medvedev—<sup>44</sup> así como por una serie de intereses comunes en el ámbito internacional. Durante esta etapa la cooperación entre las partes fue tremendamente productiva, especialmente para los estadounidenses. Los frutos más destacados de esta fase serán la nueva política de Rusia hacia la intervención en Afganistán —que permitió el uso de su territorio para apoyar la logística de la misión de la OTAN, además de cooperar en la lucha antidrogas y en cuestiones de inteligencia en el conflicto afgano—; el apoyo de Rusia a la política estadounidense contra los programas nucleares de Irán y Corea del Norte —incluidas las aprobaciones de Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas contra ambos países, su papel destacado en la conclusión de los acuerdos de Ginebra<sup>45</sup> y la suspensión de ventas de armas rusas—; la firma del nuevo Tratado de Reducción de Armas Estratégicas (2010-2011 conocido como START III); la aquiescencia rusa en la aprobación de la Resolución 1973 que permitía el uso de la fuerza contra Gadafi en Libia<sup>46</sup> y el ingreso de Rusia en la Organización Mundial del Comercio. Ahora bien, este nuevo entendimiento falló a la hora de convertirse en una asociación entre las partes que, desde los avances en

<sup>43</sup> Aunque se barajaron diferentes opciones, al final no se adoptó ninguna sanción. Rusia, en cambio, sí aprobó sanciones de carácter comercial contra Georgia que tuvieron un impacto directo sobre su economía y sobre el gobierno. Véanse NEWNHAM, R., «Georgia on my mind? Russian sanctions and the end of the “Rose Revolution”», *Journal of Eurasian Studies*, vol. 6, 2015, núm. 2, pp. 161-170, y NICHOL, J., «Russia-Georgia conflict in August 2008: Context and implications for U.S. interests», *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, marzo de 2009, pp. 1-39, disponible en <https://fas.org/sgp/crs/row/RL34618.pdf>. Aunque las relaciones entre Rusia y Estados Unidos siguieron mostrando cierta tensión, ejemplos de ello fueron el despliegue de misiles tácticos en Kaliningrado, las visitas oficiales de Medvedev a Cuba y Venezuela y la petición, debido a presiones rusas, de Kirguistán a Estados Unidos de retirarse de la base de Manás. LÓPEZ, J. y MORALES, J., *op. cit.*, nota 18, p. 84.

<sup>44</sup> La elección de Obama supuso un cambio importante en la política hacia Rusia. Existía un consenso en la política americana de que era necesario una aproximación a Rusia, esta partía del convencimiento de que Estados Unidos no siempre había sido sensible a las demandas rusas, lo que había provocado que el entendimiento alcanzado tras el 11 de septiembre fuese cayendo en el desinterés, especialmente por la parte americana, lo que había provocado una pérdida de influencia sobre Rusia, plasmada en la intervención de Georgia. Por tanto, era necesario articular una nueva política hacia Rusia basada en la cooperación en temas de interés común con el objetivo de ir avanzando en otros ámbitos. Este cambio coincidió con una reorientación a su vez de la política rusa hacia Estados Unidos impulsada por Medvedev. Para fomentar las relaciones se creó incluso una Comisión Presidencia Bilateral como mecanismo de cooperación permanente entre las partes. Esta tenía el objetivo de identificar cuestiones de interés comunes que serían desarrolladas por grupos de trabajo. *Ibid.*, pp. 86-88.

<sup>45</sup> Véase SÁNCHEZ, A., «La estrategia de seguridad energética de la Unión Europea. Algunas consideraciones derivadas de las sanciones a Irán», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2014, núm. 47, pp. 233-264.

<sup>46</sup> S/RES/1973 (2011).



áreas concretas de interés compartido, trascendiera a un entendimiento general. Para Rusia, Estados Unidos seguía siendo su principal rival y para este Rusia tenía un cierto valor, pero de carácter instrumental<sup>47</sup>.

26. Tras esta pequeña luna de miel, una serie de acontecimientos internacionales, pero también alguno de orden interno de Rusia, casi en una escala creciente, crearon importantes puntos de fricción que llevaron al divorcio de 2014. Estos acontecimientos tuvieron un impacto muy significativo sobre la percepción de las amenazas por parte de Rusia en todos los niveles. En primer lugar, señalaremos las cuestiones militares. La ampliación del escudo antimisiles estadounidense al territorio europeo de la OTAN, a partir de 2009, será percibido por Rusia como una amenaza directa contra su capacidad de disuasión nuclear y, por qué no decirlo, el socavamiento del pilar más importante de su poder internacional como es la fuerza nuclear. Además, la presencia de misiles nucleares en cuestiones de política internacional evocaba claramente a la Guerra Fría y sus formas, especialmente la de los dilemas de seguridad<sup>48</sup>. Aunque en sus primeras fases el sistema se desplegó en el Mediterráneo con el objetivo de hacer frente a la amenaza iraní o norcoreana, su posterior despliegue en Rumanía, Polonia y República Checa no hará sino aumentar la desconfianza de Rusia<sup>49</sup>. Esta situación, junto con los sucesos de Ucrania de 2014 han provocado una nueva carrera armamentística, especialmente en el desarrollo de misiles entre las partes, además del abandono por parte de Estados Unidos y Rusia del tratado de Armas Nucleares de Alcance Intermedio, firmado en 1987 tras la crisis de los euromisiles<sup>50</sup>.

27. En segundo lugar, si para Rusia las cuestiones militares alteraban el equilibrio de poder en Europa, o en términos de Morgenthau eran un elemento de competencia directa de poder entre los Estados, los acontecimientos de carácter político que se produjeron entre 2011 y 2014 trajeron también los modelos de competición de Morgenthau. Esto es, cuando en la pugna por el

<sup>47</sup> SHERR, J., *op. cit.*, nota 21, pp. 66-68. Además, esta instrumentalización de Rusia por parte de Estados Unidos fue también percibida por los propios rusos. En 2014, Veronika Krashennikova, Jefa del Instituto Ruso de Investigación e Iniciativas de Política Exterior, afirmó que el *reset* no fue más que un movimiento táctico de Estados Unidos para comprometer a Rusia en el papel de un socio menor, sirviendo a los intereses de Washington. Citado en NALBANDOV, R., *op. cit.*, nota 39, p. 142. Por su parte, en las elecciones estadounidenses de 2012 se tildaba a Rusia como el principal enemigo de Estados Unidos y se hacían llamamientos para cancelar la política de *reset*. Con la vuelta al poder de Putin, en 2012, este discurso no hará sino aumentar. Véase TSYGANKOV, A., «Foreign Policy and relations with the United States», en WEGREN, S., *Putin's Russia. Past imperfect, future uncertain*, 6.ª ed., Rowman & Littlefield, 2016, pp. 233-256.

<sup>48</sup> NALBANDOV, R., *op. cit.*, nota 39, pp. 156-159.

<sup>49</sup> Véase CIMBALA, J., «Putin and Russia in retro and forward: the nuclear Dimension», *Defense & Security Analysis*, vol. 33, 2017, núm. 1, pp. 57-67.

<sup>50</sup> Previamente, Rusia había anunciado que dejaría de cumplir con sus obligaciones derivadas del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa. Además, ha desarrollado una nueva serie de misiles hipersónicos de medio y largo alcance que podrían penetrar el escudo antimisiles y ha potenciado sus propios sistemas antimisiles S300 y especialmente S400. Por otra parte, desde 2013, ha desarrollado diferentes ejercicios militares en los que se simulan enfrentamientos contra Occidente. Véase CIMBALA, S. y McDERMOT, R., «Putin and the Nuclear Dimension to Russian Strategy», *The Journal of Slavic Military Studies*, vol. 29, 2016, núm. 4, pp. 535-553.

poder un Estado expansionista trata de imponer su dominio sobre Estados menores, aumentando con ello su área de influencia en detrimento de la de otros. Por tanto, el Estado que quiere preservar el equilibrio de poder tratará de evitarlo, ya sea manteniendo la independencia del Estado menor o, por el contrario, tratando de dominarlo<sup>51</sup>. Las cuestiones políticas mencionadas son las diferentes revoluciones que buscaban cambios políticos en zonas directamente relacionadas con los intereses de Moscú. Estos acontecimientos serán percibidos por Rusia como un nuevo intento, esta vez más agresivo, de expansionismo occidental, que mediante la injerencia en los asuntos internos persiguen la instauración de regímenes liberales democráticos o por lo menos más próximos a Estados Unidos y, por tanto, su alejamiento de Moscú.

28. El primero de estos episodios es la crisis de Libia. Aunque en los primeros momentos Rusia había reaccionado con cierto desdén o incluso con cierta comprensión hacia las primaveras árabes, su postura cambió radicalmente tras la intervención occidental en Libia<sup>52</sup>. Aunque dentro del contexto del *reset*, Rusia se abstuvo en la adopción de la Resolución 1973, la consiguiente intervención en Libia y el cambio de régimen tuvieron importantes consecuencias para esta. En primer lugar, supuso la pérdida de un importante aliado en la región. Además, el cambio de régimen conllevó unas tremendas pérdidas económicas para Rusia: la cuantía por deuda pública, contratos de ventas de armas y otras inversiones superaban los 10.000 millones de dólares<sup>53</sup>. En segundo lugar, la intervención solo sirvió para desestabilizar el país y provocar el auge de los movimientos yihadistas. Un patrón que se venía repitiendo en todas las intervenciones militares de Estados Unidos desde Afganistán a Irak. En tercer lugar, la imagen de Rusia, como consecuencia de la caída de Gadafi, se vio afectada en la región. Se entendió como una muestra de debilidad del país y como el abandono de un aliado. Estos elementos provocaron una reorientación de Rusia hacia las primaveras árabes que, a partir de entonces, fueron identificadas con las revoluciones de colores; frutos del expansionismo de Estados Unidos y la reducción del área de influencia de Rusia<sup>54</sup>. Pero, además, la intervención en Libia tuvo consecuencias en la política interna rusa. Supuso la pérdida de confianza en el proyecto de Medvedev, más partidario de la modernización de Rusia mediante un acercamiento a Occidente<sup>55</sup>, tanto por sectores de la sociedad rusa, que lo acusaron de haber cedido ante los intereses norteamericanos en contra de los rusos en la región, como, especialmente, por Putin, que no respaldó

<sup>51</sup> MORGENTHAU, H., *Scientific man vs. power politics*, University of Chicago, 1974, pp. 173-177.

<sup>52</sup> Véase ABU-TARBUSH, J. y GRANADOS, J., *op. cit.*, nota 33, pp. 17 y ss.

<sup>53</sup> KOZHANOV, N., «Russian Policy across the Middle East Motivations and Methods», *Research Paper*, Royal Institute of International Affairs, 2018, p. 11, disponible en <https://www.chathamhouse.org/publication/russian-policy-across-middle-east-motivations-and-methods>.

<sup>54</sup> De hecho, desde algunos sectores rusos se venía afirmando que las primaveras árabes estaban suponiendo el reemplazo de líderes árabes próximos a Moscú, habían estudiado en la URSS o eran de ideología socialista, por otros de corte islamista. DANNREUTHER, R., «Understanding Russia's return to the Middle East», *International Politics*, vol. 56, diciembre de 2019, núm. 6, pp. 726-742, esp. p. 730.

<sup>55</sup> Véanse SAKWA, R., *op. cit.*, nota 3, pp. 23-42, y TSYGANKOV, A., *op. cit.*, nota 47, pp. 233-256.

sus decisiones y que cambió radicalmente la política exterior del país hacia la región tras su vuelta al poder<sup>56</sup>.

29. El segundo episodio a destacar fueron las manifestaciones que se produjeron en Rusia entre 2011 y 2013 en contra de los resultados de las elecciones legislativas y de la vuelta de Putin a la Presidencia de la Federación. Estas fueron percibidas por este, más que como una muestra del descontento de la población contra el gobierno, como un nuevo intento de Occidente de interferir en los asuntos internos, alentando un cambio de gobierno esta vez en la propia Rusia<sup>57</sup>. Estas manifestaciones tuvieron un hondo impacto en Putin. Por un lado, su popularidad se veía afectada, lo que en un contexto de crisis económica limitaba enormemente las posibilidades de satisfacer a una población castigada por la misma y, por otro, su desconfianza hacia Occidente se incrementaba. Esto explica en parte que en su tercer mandato Putin se apoye en la defensa de los valores tradiciones rusos, estos son un fuerte nacionalismo, la Iglesia ortodoxa, un destacado discurso antioccidental y la idea de Rusia como civilización euroasiática<sup>58</sup>. Esta reorientación ideológica nacionalista impulsada desde el Estado responde plenamente con la lógica identificada por los realistas neoclásicos a la hora de incrementar el poder estatal. Con ello, Putin trata de favorecer una mayor cohesión social en contra de una amenaza externa<sup>59</sup>. Esto contribuye a soportar el coste de la política exterior rusa en Ucrania y Siria a la vez que se convierte en un elemento de legitimación de su propio gobierno.

30. En este contexto hay que situar la crisis de Ucrania de 2014 que provocó la caída del Presidente prorruso Víktor Yanukóvich y su reemplazo por un gobierno prooccidental. Lo que sucedió en Ucrania desde noviembre de 2013 son hechos bien conocidos y no requieren un gran detenimiento. La crisis tuvo como detonante la negativa del Presidente Yanukóvich a firmar el Acuerdo de asociación entre la UE y Ucrania, apostando, en su lugar, por la integración del país en la Comunidad Económica Euroasiática, una unión aduanera impulsada por Rusia. Esta decisión motivó una serie de protestas cuyo epicentro tuvieron la plaza Maidán de Kiev y que fueron reprimidas ferozmente por parte del gobierno. Ante la escalada de la violencia, el 21 de febrero de 2014 con la intermediación de la UE y de Rusia se llegó a un acuerdo entre el gobierno y la oposición, pero antes de que pudiese aplicarse el Presidente Yanukóvich abandonó el país temiendo por su propia seguridad<sup>60</sup>. Desde el comienzo de la crisis de Ucrania quedó de manifiesto que, además de responder a un proble-

---

<sup>56</sup> Esta dicotomía en el tándem Medvedev-Putin es difícil de asimilar, pero lo cierto es que mientras el primero se congratulaba por la detención de Gadafi, el segundo definía a los Estados occidentales como nuevos cruzados. *Ibid.*, p. 8.

<sup>57</sup> LÓPEZ, J. y MORALES, J., *op. cit.*, nota 18, p. 93.

<sup>58</sup> Sobre estas cuestiones, véanse TSYGANKOV, A., *op. cit.*, nota 47, pp. 233-256; KOZHANOV, N., *op. cit.*, nota 53, pp. 9 y ss., y MATLARY, J. y HEIER, T. (eds.), *Ukraine and Beyond. Russia's Strategic Security Challenge to Europe*, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 197 y ss.

<sup>59</sup> TALIAFERRO, J., *op. cit.*, nota 17, pp. 219 y ss.

<sup>60</sup> El acuerdo contemplaba elecciones anticipadas y la reforma constitucional para la reducción del poder de la presidencia.

ma interno del país, el conflicto tenía una destacada dimensión internacional. La crisis estalló por una cuestión de política exterior que iba a determinar la alienación del país con la UE o con Rusia. Esto quedó de manifiesto durante las protestas, Estados Unidos y la UE alentaron a la oposición, mientras que Moscú trataba de sostener en el poder a Yanukóvich<sup>61</sup>.

31. El cambio de gobierno, y con ello de orientación política de Ucrania, tenía consecuencias desastrosas para Rusia. En primer lugar, Putin no identificó la crisis con los problemas económicos de corrupción o identitarios que el país venía arrastrando desde su fundación, sino que lo entendió como un cambio político auspiciado por Occidente con el objetivo de aislar a Rusia; por tanto, una acción expansionista contra su área de influencia más relevante. En segundo lugar, este cambio político podría conllevar una integración de Ucrania en la UE o en la OTAN, lo que en sí mismo planteaba tres escenarios preocupantes. La propia colindancia de dichas organizaciones era una amenaza contra su seguridad e independencia política, ponía en riesgo la continuidad de su principal base marítima en el mar Negro y, además, sin Ucrania, el proyecto de integración económica impulsado por Rusia quedaba herido de muerte.

32. Rusia llevó a cabo una serie de acciones de una contundencia inusitada que suponían un síntoma claro del incremento del poder y confianza de Rusia y que no se entenderían sin la relajación progresiva del sistema internacional ante las violaciones del principio de prohibición del uso de la fuerza y la propia debilidad de la OTAN<sup>62</sup>. La primera fue la anexión de Crimea mediante una operación militar poco convencional y un posterior referéndum de autodeterminación<sup>63</sup>. La segunda, apoyando —o más bien creando— un conflicto interno en la zona más oriental de Ucrania, denominada como Dombás<sup>64</sup>. Estas dos acciones trataban de minimizar el impacto de la crisis ucraniana sobre Rusia. La anexión de Crimea garantizaba la permanencia

<sup>61</sup> En este sentido, el Parlamento Europeo adoptó diferentes resoluciones donde se criticaba abiertamente al gobierno ucraniano, se condenaban las injerencias rusas, se solicitaba algún tipo de sanciones contra Rusia y se apoyaba a los manifestantes, Resoluciones 2013/2983(RSP), 2014/2547(RSP) y 2014/2595(RSP). El apoyo de Estados Unidos quedó de manifiesto con la visita y reparto de galletas entre los manifestantes de la secretaria de Estado adjunta para asuntos europeos y el embajador estadounidense en Ucrania. Además, diferentes líderes y medios occidentales culpaban directamente a Putin por la represión a los manifestantes. Véanse NALBANDOV, R., *op. cit.*, nota 39, pp. 218 y ss., y CHARAP, S. y DARDEN, K., «Russia and Ukraine», *Survival*, vol. 56, 2014, núm. 2, pp. 7-14. Un autor tan reconocido y poco sospechoso de pertenecer a los medios propagandísticos rusos como es John Mearsheimer culpa abiertamente a Occidente de la crisis de Ucrania y sus consecuencias inmediatas, además detalla el apoyo previo y el que durante las manifestaciones recibió la oposición ucraniana de Estados Unidos. MEARSHEIMER, J., «Why the Ukraine crisis is the west's fault. The liberal delusions that provoked Putin», *Foreign Affairs*, vol. 93, septiembre-octubre de 2014, núm. 5, pp. 77-89.

<sup>62</sup> SHERR, J., *op. cit.*, nota 21, p. 58.

<sup>63</sup> En español resultan interesantes los siguientes trabajos: REMIRO, A., «Derecho y poder en el destino de Crimea», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 231-243, y BERMEJO, R., *La vuelta de Crimea a la madre-patria. Algunas reflexiones a la luz del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>64</sup> Este conflicto se ha producido en las provincias de Donetsk y Lugansk, principalmente, aunque también afecta a otras como Nikolayev, Odesa, Jarkov, etc. MATLARY, J. y HEIER, T. (eds.), *op. cit.*, nota 58, pp. 36 y ss., y CHARAP, S. y DARDEN, K., *op. cit.*, nota 61, pp. 7-14.

de la base rusa en Sebastopol y recuperaba un territorio de una importancia estratégica e histórica de gran relevancia para Rusia, lo que de alguna manera contribuía a aliviar la «pérdida» de Ucrania a la vez que catapultaba la popularidad de Putin<sup>65</sup>. Mientras, la desestabilización de Ucrania impide la integración de la misma en la OTAN o la UE. Aunque se distancie de la órbita rusa sigue cumpliendo de alguna forma la función de Estado amortiguador. Esta táctica de desestabilización mediante la creación de un conflicto interno en un país de su antigua órbita, con el objetivo de impedir su independencia política, es una técnica en la que los rusos han demostrado una gran maestría y que han practicado desde Nagorno Karabaj al Dombás pasando por Transnistria y Abjasia-Osetia del Sur<sup>66</sup>.

### 3.4. La intervención en Siria como bálsamo de la resaca ucraniana

33. La intervención en Ucrania provocó que Rusia fuese condenada a un cierto ostracismo internacional. A las sanciones económicas se unieron una serie de medidas de carácter diplomático como la expulsión del G8, la suspensión de cumbres internacionales con Rusia y la paralización de diferentes acuerdos y de su adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y a la Agencia Internacional de la Energía<sup>67</sup>. Por su parte, la intervención militar de Rusia en Siria ha tenido un cierto efecto revulsivo sobre algunas de las consecuencias negativas de la intervención en Ucrania y muestran las consecuencias del incremento del poder relativo de Rusia.

34. Aunque se puede rastrear la presencia de Rusia en Oriente Próximo en el siglo XVII, no es hasta después de la Segunda Guerra Mundial y especialmente en el contexto del conflicto entre árabes e israelíes donde la URSS tuvo un papel destacado en la región. Países como Egipto, Libia, Siria, Irak y Yemen del Sur fueron Estados clientelares y socios en la Guerra Fría. A pesar de esto, la fuerte agenda ideológica de la URSS, que no encontraba acomodo en las sociedades árabes, junto con el fin de la Guerra Fría y la propia decadencia de la URSS provocaron que para la década de los noventa hubiese quedado prácticamente expulsada de la región. Las primaveras árabes y la intervención militar occidental primero en Libia y después en Siria estaban mermando aún más su influencia internacional y suponía, en el caso sirio, la pérdida de un aliado muy relevante donde cuenta incluso con una importante presencia militar<sup>68</sup>. Además, estas dinámicas conllevaban un claro riesgo interno para Rusia puesto que la desestabilización de ambos países había

---

<sup>65</sup> Un interesante trabajo donde se pone de manifiesto el desgaste de la popularidad de Putin desde 2011 y cómo Ucrania sirvió para relanzarla puede verse en BUKKVOLL, T., «Why Putin went to war: ideology, interests and decision making in the Russian use of force in Crimea and Donbas», *Contemporary Politics*, vol. 22, 2016, núm. 3, pp. 267-282.

<sup>66</sup> Véase SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, nota 32, pp. 162 y ss.

<sup>67</sup> *Medidas restrictivas de la UE en respuesta a la crisis de Ucrania*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions/ukraine-crisis/>.

<sup>68</sup> Desde los años setenta Rusia contaba con la importante base naval de Tartus. A partir de 2015 esta presencia se ha incrementado notablemente con la base aérea de Latakia y otras instalaciones.

producido un aumento de los movimientos yihadistas, lo que, nuevamente, en el caso de Siria podría tener efectos muy adversos en el Cáucaso ruso<sup>69</sup>.

35. En 2015 la guerra civil de Siria apuntaba claramente hacia el derrocamiento del régimen de Bashar al-Ásad. La intervención militar de Rusia ha supuesto el afianzamiento y permanencia de dicho régimen. En Siria, pero también en el resto de la región, Rusia ha demostrado que el incremento de su poder estatal le ha permitido llevar a cabo una política exterior más ambiciosa y, en este caso, la capacidad de proyectar su poder más allá del *extranjero cercano*, algo que no intentaba desde el fiasco de Afganistán. Esto se ha basado en dos elementos. En primer lugar, destaca el uso de sus fuerzas armadas. El proceso de reforma en el que han estado inmersas desde el conflicto con Georgia ha mejorado su capacidad de combate muy eficazmente. Además, han aprendido de los errores de su incursión en Afganistán y han usado fuerzas sirias, de Hezbolá o iraníes como tropas sobre el terreno, reduciendo el número de bajas rusas. Pero, también, le ha servido para adquirir experiencia real de combate, mientras que ha sido un magnífico expositor de sus nuevos desarrollos armamentísticos<sup>70</sup>. Como consecuencia, las ventas de armas rusas se han disparado en la región<sup>71</sup>.

36. En segundo lugar, destaca la nueva aproximación de su política exterior hacia la región. El abandono de la política exterior ideologizada de la URSS en favor de una política más pragmática y centrada en los intereses materiales de Rusia ha tenido una mejor aceptación en la región y ha sido entendida como un contrapeso a Estados Unidos. En efecto, Rusia es percibida como una potencia contra-hegemónica y que, al contrario que Estados Unidos, no persigue cambios en la región mediante procesos de ingeniería social como en Irak, Afganistán o Libia, sino que defiende el mantenimiento del *statu quo*<sup>72</sup>. Además, ha sabido aprovechar los errores de Estados Unidos para incrementar su influencia política en la región. Destacarían, en este sentido, su papel en los acuerdos de desarme químico de Siria, el liderazgo asumido en las conversaciones de paz de Astaná<sup>73</sup> y su actuación como garante

---

Véase KOFMAN, M. y ROJANSKY, M., «What Kind of Victory for Russia in Syria?», *Military Review*, marzo-abril de 2018, pp. 6-23.

<sup>69</sup> Es necesario tener en cuenta que un número importante, por encima del 20 por 100 según algunas fuentes, de combatientes extranjeros en Siria provenían de Rusia. ABU-TARBUSH, J. y GRANADOS, J., *op. cit.*, p. 4, y KOZHANOV, N., *op. cit.*, nota 53, pp. 12-13.

<sup>70</sup> KOFMAN, M. y ROJANSKY, M., *op. cit.*, nota 68, pp. 12-20.

<sup>71</sup> Véase AZIZI, H., «Russian Arms Trade Approach in the Middle East and North Africa (MENA): Economic and Strategic Aspects», *Geopolitics Quarterly*, vol. 14, 2019, núm. 4, pp. 84-103.

<sup>72</sup> Las diferentes intervenciones militares de Estados Unidos en Oriente Próximo le han supuesto una pérdida de poder. A pesar de sus intentos por establecer regímenes democráticos en la región, las sociedades islámicas se han rebelado contra esta libertad impuesta, provocando la vuelta de valores más tradicionales. De paso, ha demostrado que está dispuesta a no respetar algunos de los principios más básicos del sistema internacional. Véase PÉREZ DEL POZO, J., «La política exterior de Rusia en Oriente Medio. ¿Continuidad o cambio?», *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, mayo de 2016, núm. 41, pp. 139-162.

<sup>73</sup> Su papel fue fundamental a la hora de evitar los ataques anunciados por Estados Unidos y el Reino Unido y en el acuerdo posterior de desarme, mientras que, junto con Turquía e Irán, ha impulsado estas negociaciones para tratar de poner fin al conflicto de Siria. Véase MASON, R., «Russia in Syria:

de la estabilidad en el reciente conflicto entre Turquía y Siria tras la retirada estadounidense<sup>74</sup>.

37. Es por ello que la intervención política y militar de Rusia en Siria ha servido de manera destacable a sus intereses. Son muchos los aspectos que se podrían destacar en este sentido. Así, desde el punto de vista de su posición en el sistema internacional, ha roto con el aislamiento al que fue sometida tras su intervención en Ucrania, siendo aceptada por Estados Unidos y otros países como un interlocutor necesario para la resolución del conflicto. Desde el punto de vista de su posición en la región, la intervención no solo le ha servido para mantener su influencia por la propia pervivencia del régimen sirio, sino que la ha incrementado. Así, ha potenciado su cooperación con Siria e Irán, pero también con Estados como Turquía, Israel, Arabia Saudita, Egipto y otros que tradicionalmente son más próximos a Estados Unidos<sup>75</sup>. En este mismo sentido, su presencia militar en la región se ha reforzado, claramente en el caso de Siria, aunque también ha llegado a desplegar tropas en Irán<sup>76</sup>. Otro elemento muy destacable a tener en cuenta es el mensaje de aliado de alta confiabilidad que Rusia ha mandado, muy a tener en cuenta a tenor del trato que Estados Unidos y Occidente han dado a algunos de sus aliados. Mubarak, Gadafi y, más recientemente, los kurdos, podrían haber tomado buena nota.

38. La intervención en Siria ha tenido destacadas consecuencias positivas para Rusia en su ámbito interno. Además de la venta de armas antes indicada, ha conseguido importantes contratos para el otro gran sector de la economía rusa como es el energético. Juntos han venido a paliar en gran medida las consecuencias negativas de la caída del régimen de Gadafi y de las sanciones económicas<sup>77</sup>. También el debilitamiento del Estado Islámico y el haber combatido a enemigos internos en suelo extranjero contribuyen a su propia seguridad interior. Por último, otro elemento interesante, en este caso para la supervivencia del régimen, es el aumento de la popularidad de Putin, que se había visto afectada como consecuencia de las sanciones internacionales<sup>78</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

39. El realismo neoclásico ofrece una buena comprensión de la política exterior rusa y su relación con Occidente. En efecto, aunque Rusia, desde el

---

An Unequivocal Return to the Middle East?», *Middle East Policy*, vol. 25, invierno de 2018, núm. 4, pp. 101-115, esp. pp. 107-110.

<sup>74</sup> MARCUS, J., «Cómo Rusia, Turquía y Siria se benefician de su alianza ante el conflicto con los kurdos (y en qué lugar deja a EEUU)», *BBC Mundo*, 25 de octubre de 2019, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50177809>. Los esfuerzos diplomáticos rusos en la región incluirían también su papel en la crisis con Irán antes mencionada y su actuación en el conflicto de Yemen. Véase KOZHANOV, N., *op. cit.*, nota 53.

<sup>75</sup> DANNREUTHER, R., *op. cit.*, nota 54, pp. 738 y ss., y KOFMAN, M. y ROJANSKY, M., *op. cit.*, nota 68, pp. 13-18.

<sup>76</sup> KOZHANOV, N., *op. cit.*, nota 53, p. 27.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 14-23.

<sup>78</sup> DANNREUTHER, R., *op. cit.*, nota 54, p. 733.

principio de su existencia postsoviética, fue consciente del impacto que sobre sus intereses tenía el cambio de poder en la estructura del sistema internacional, su respuesta al mismo ha sido diferente a lo largo del tiempo. Sin esta interpretación del realismo no podríamos entender correctamente cómo Rusia no actuó desde el principio en contra de las tendencias y los Estados contrarios a sus intereses. Es más, en ocasiones, como en los primeros años del mandato de Putin, pareció apoyarlos. Para poder explicarlo es necesario prestar atención al poder relativo de Rusia en esos momentos y su escasa capacidad para extraer los recursos necesarios de su sociedad para incrementarlo y, además, hay que tener en cuenta los condicionamientos impuestos por los niveles de las amenazas. En efecto, mientras los cambios en la estructura de poder comenzaban a materializarse en amenazas para los intereses internacionales de Rusia, estos palidecían en comparación con los que debía enfrentarse en el medio interno. Por lo que las necesidades internas dictaban la política exterior en la medida que Rusia necesitaba a Occidente para su supervivencia.

40. Otro de los postulados básicos del realismo neoclásico es que la ambición de los Estados en política exterior será mayor a medida que crezca su poder relativo y que este dependerá, a su vez, del poder estatal. Este es otro elemento básico para entender la política de Rusia. Desde el comienzo del siglo, Rusia ha incrementado su poder estatal reforzando el poder político interno, lo que le ha permitido tener una mayor capacidad de extraer recursos de su sociedad e incrementar la autonomía respecto de esta. Esto alteró su poder relativo conllevando un aumento de su ambición internacional. Además, la estructura de poder internacional siguió evolucionando en contra de sus intereses, aumentado su nivel de percepción de amenazas en los diferentes niveles. El resultado ha sido una política cada vez más activa y ambiciosa en su zona de influencia directa, pero también más allá, como queda de manifiesto mediante su intervención en Libia, aunque ello le haya llevado a chocar abiertamente con Occidente.

41. Ahora bien, ¿cuáles son los objetivos últimos de Rusia? Es, como dijimos al principio, una potencia revisionista. Parece cierto que si partimos de la base de que el sistema es unipolar y en él predominan los valores liberales democráticos y globalistas y que la soberanía del Estado puede verse reducida por la defensa de los mismos, incluso al margen de los límites establecidos en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, Rusia, sin duda, sería una potencia revisionista<sup>79</sup>. Pero, no es menos cierto que Rusia no comparte esta visión y desde el principio se ha opuesto a ella. También se podría afirmar que

---

<sup>79</sup> En este sentido nos estamos refiriendo a la responsabilidad de proteger. La posición de Rusia dista mucho de ser coherente. Rusia se opone a la misma en la medida en que afecta al concepto de soberanía del Estado y por la desconfianza hacia su desarrollo y aplicación por parte de Occidente, especialmente cuando esto se pudiera producir fuera de las competencias atribuidas al Consejo de Seguridad. A pesar de lo cual, no ha dudado en ampararse en la misma para justificar la intervención militar en Georgia y en Ucrania. Véase GARCÍA, C. y PAREJA, P., «La inspiración cosmopolita de la responsabilidad de proteger: construcción normativa y disensos», en GARCÍA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, 2016, pp. 64-111, esp. pp. 103-106.



las intervenciones militares de Rusia en su *extranjero cercano* son acciones revisionistas en la medida en que no respetan algunos de los principios que ella misma afirma defender. Por tanto, cabe decir que su posición es cuando menos compleja y contradictoria. Para tratar de resumirla se ha afirmado que es neo-revisionista. Rusia se opone a las dinámicas del sistema actual para defender una vuelta al anterior: Multipolaridad construida sobre la base de la igualdad soberana de los Estados. En efecto, Rusia es westfaliana en cuanto a su concepción del sistema internacional<sup>80</sup>. En cambio, defiende el concepto de multicentrismo, lo que otorgaría a las grandes potencias el derecho especial de intervención en los asuntos de su área de influencia más cercana. Básicamente, una vuelta a la doctrina Monroe, o Brezhnev si se prefiere, si es que alguna vez han desaparecido. De esta manera, Rusia se percibe a sí misma como defensora del *statu quo*; entendiéndolo como un «concierto de potencias» con sus respectivas zonas de influencia, un sistema que se habría mantenido durante la Guerra Fría con la división en bloques. Al mismo tiempo, desde la perspectiva rusa, se atribuye a Occidente una política revisionista del orden westfaliano, cuyo momento de inicio más claro habría sido la intervención de la OTAN en Kosovo, y que habría continuado con las revoluciones de colores y las primaveras árabes.

42. Por último, ¿hasta dónde puede llegar la ambición de Rusia? Si tenemos en cuenta su economía y la evolución de su demografía, podemos llegar a la conclusión de que su ambición está alcanzando los límites de su poder<sup>81</sup>. Su expansión en Oriente Próximo podría ser uno de los últimos éxitos en este sentido. No habría que olvidar que además de sus propias habilidades esto no hubiese sido posible sin los errores de Occidente. Rusia nunca es tan fuerte ni tan débil como pueda aparentar, pero gran parte de su poder internacional sigue estando basado en sus capacidades militares, que exceden con mucho a sus otros atributos de poder. El mantenimiento de este poder puede suponer, en sí mismo, un peligro —en 1904, 1917 y 1991 los gastos militares colapsaron a Rusia—. Para seguir ocupando el papel de potencia al que aspira, necesita mantener un elevado poder estatal y aquí es donde su economía arroja más dudas, especialmente en un entorno de distanciamiento de Occidente. Pero también, en un plazo más largo y especulativo, un Estado no puede ligar su existencia a la necesidad de producir un líder visionario en cada generación.

## RESUMEN

### LA POLÍTICA EXTERIOR RUSA Y SU RELACIÓN CON OCCIDENTE. UNA VISIÓN DESDE EL REALISMO NEOCLÁSICO

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de la política exterior de Rusia, especialmente en lo que respecta a sus relaciones con Occidente. El objetivo principal es tratar

---

<sup>80</sup> Sobre esta cuestión, véase GARCÍA, C., «Westfalia, Worldfalia, Eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, núm. 2, pp. 45-70.

<sup>81</sup> Será interesante ver cómo evoluciona su nueva política económica con África, China y otros países. Esta cuestión no ha sido tratada en este trabajo, pero sería de gran interés para el mismo.

de comprender los motivos que han provocado una evolución desde posiciones prooccidentales en los años noventa hacia una relación de confrontación. Para realizar este análisis, se usará como elemento interpretativo la corriente realista neoclásica. Se prestará especial atención a la evaluación de las amenazas derivadas de los imperativos sistémicos y a los elementos que condicionan el poder relativo del Estado.

**Palabras clave:** relaciones internacionales, política exterior de Rusia, poder, realismo neoclásico.

### ABSTRACT

#### THE RUSSIAN FOREIGN POLICY AND ITS RELATION WITH THE WEST. AN APPROACH FROM NEOCLASSICAL REALISM

This work aims to analyze Russia's foreign policy, especially with regard to its relations with the West. The main objective is to try to understand the motives that laid down behind the transition from pre-Western positions in the 1990s to a confrontational relationship. To carry out this analysis, the neoclassical realistic paradigm will be used as an interpretive element. Particular attention will be paid to the assessment of threats arising from systemic imperatives and to the elements that establish the relative power of the State.

**Keywords:** international relations, Russia's foreign policy, power, neoclassical realism.

Coordinación a cargo de  
Montserrat ABAD CASTELOS  
(Derecho Internacional Público)

Miguel GARDEÑES SANTIAGO  
(Derecho Internacional Privado)

Rafael GRASA HERNÁNDEZ  
(Relaciones Internacionales)

# EL RESCATE DE PERSONAS EN EL MEDITERRÁNEO/ *RESCUE OF PERSONS IN THE MEDITERRANEAN SEA*

## SOBRE LA INVIABILIDAD DEL MODELO DE FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS EN EL MEDITERRÁNEO

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ \*

**SUMARIO:** 1. INMIGRACIÓN, FRONTERAS Y VALORES EUROPEOS EN EL MEDITERRÁNEO.—2. LAS OPERACIONES DE VIGILANCIA Y RESCATE... ¿MILITARES?—3. LAS INSUFICIENCIAS DE LOS MARCOS JURÍDICOS.—4. LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EXTERNALIZACIÓN/EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS CONTROLES MIGRATORIOS.—5. ¿UNA FRONTERA EXTERIOR SIN SOLUCIÓN? POR UN MODELO DE ESPACIO FRONTERIZO EXTERIOR PARA EL SUR DEL MEDITERRÁNEO-SAHEL.

### 1. INMIGRACIÓN, FRONTERAS Y VALORES EUROPEOS EN EL MEDITERRÁNEO

La cuestión del rescate de inmigrantes en el mar y en general de la inmigración en el Mediterráneo plantea de entrada un drama espantoso de seres humanos, que por definición es un tema capital y de primer orden en la integración europea. Además, desde un punto de vista jurídico, estamos ante una problemática muy compleja y de difícil tratamiento coherente de conjunto.

---

\* Catedrático de Derecho internacional público, titular de la Cátedra *Jean Monnet* de Inmigración y Fronteras de Derecho de la UE, Universidad de Cádiz. Director, Centre of Excellence «*Migration and Human Rights in Europe's External Borders*».

Hemos analizado estas cuestiones en «La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización/extraterritorialidad de los controles migratorios», en SOROETA LICERAS, J. (dir.), y ALONSO MOREDA, N. (ed.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVIII-2018, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 25-57; igualmente, nuestro trabajo «Refugiados y crisis migratorias: fronteras y desterritorialidad en las puertas de Europa», en RIPOL CARULLA, S. (coord.), *Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa*, Barcelona, Marcial Pons, 2019, pp. 89-117.

Lo primero es que se trata de una urgente y grave cuestión humanitaria y de protección de derechos humanos, ya instalada como factor permanente en el flanco sur europeo. Son en las vías marítimas de inmigración donde se producen casi diariamente muertes y desapariciones de inmigrantes conducidos principalmente por mafias de tráfico de personas a espeluznantes situaciones de peligro y ahogamientos en el mar.

El drama humanitario que estamos viviendo en nuestro Mediterráneo no es fácil de afrontar institucional y jurídicamente. La complejidad de los marcos jurídicos no ayuda, sino que al contrario empeora el tratamiento de la cuestión por los Estados europeos y la UE. Y es que diversos parámetros legales deben ser considerados al analizar el rescate de inmigrantes en el mar: la diversidad y problemática de los espacios marítimos bajo la jurisdicción de los Estados, y del alta mar; la problemática de las zonas de Salvamento y rescate (SAR), y en particular, las cuestiones de desembarco y protección de derechos humanos de inmigrantes y refugiados; las carencias del Derecho internacional del mar en la regulación del rescate de inmigrantes; las competencias de rescate y salvamento que tienen respectivamente los Estados y la UE; la falta de claridad en los objetivos europeos y de los Estados cuando actúan en el mar para salvar vidas, rescatar, controlar fronteras exteriores, o vigilar los espacios marítimos y el alta mar; o las limitaciones de las operaciones europeas a iniciativa de los Estados y de las impulsadas y coordinadas por la Agencia Frontex.

La inmigración en el Mediterráneo es también al mismo tiempo una cuestión prioritaria y decisiva en la redefinición identitaria del proceso de construcción europea que se vive en la era del *Brexit*. La crisis de refugiados iniciada en 2015 ha dañado severamente la percepción interna y externa de Europa como potencia moral y como proyecto de mejora civilizatoria. Se trata del cuestionamiento de valores básicos de la identidad de Europa y su proyecto inclusivo: derechos humanos, solidaridad exterior e interior entre Estados de la UE. Además la inmigración mediterránea también afecta al funcionamiento de núcleos impulsores del proyecto político: ciudadanía, extranjería, libre circulación de personas en el espacio económico unificado; e igualmente la percepción de vulnerabilidad de las fronteras y acceso al territorio de Estados y pueblos y de la entidad política en construcción.

De forma que la inmigración convierte al Mediterráneo en zona especialmente sensible y clave para cuestiones esenciales para la integración europea y su viabilidad. De aquí su altísimo simbolismo y su trascendencia práctica y política para la UE y los europeos.

## **2. LAS OPERACIONES DE VIGILANCIA Y RESCATE... ¿MILITARES?**

El medio marino dificulta por definición y se presta mal al ejercicio de la vigilancia y el control de acceso a los espacios bajo jurisdicción y soberanía de los Estados. En este contexto, la inmigración es doblemente compleja,

pues requiere una intervención de los Estados y de la UE en un medio inestable para la localización, salvamento y desembarco en puerto seguro de inmigrantes. Como hemos señalado, el rescate se ve complicado por una serie de circunstancias: la cuestión de las competencias Estados/UE para vigilancia y rescate, las zonas SAR de salvamento y su problemática en la práctica, o las obligaciones de los Estados y de los buques —incluidos los mercantes y de ONG— en los diferentes espacios, límites marítimos y áreas, especialmente para el desembarco de las personas rescatadas, desde buques que a veces se enfrentan a denegaciones de acceso a puertos europeos.

¿Qué hacen los Estados y la UE? Lo primero que hay que señalar es que no existen estructuralmente operaciones permanentes en el mar por parte de la UE. Lo que el originario Frontex y luego la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas han puesto en marcha son sucesivas operaciones *ad hoc* con objetivos precisos y duración determinada. Así, las operaciones conjuntas coordinadas por Frontex han sido muy relevantes y algunas verdaderamente continuadas en el tiempo. Tradicionalmente no han sido operaciones de rescate de personas, ya que la UE no ha tenido esta competencia hasta el Reglamento 2016/1624 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (arts. 4 y 8), donde se asume esta competencia por la UE, aunque colateralmente durante las operaciones de vigilancia de fronteras marítimas. Además, hay decisiones operativas muy discutibles, como la práctica de extender los controles de fronteras exteriores más allá de puertos y de los espacios marítimos bajo la jurisdicción de los Estados, llevándolos a la alta mar o incluso a los espacios marítimos de Estados terceros de salida de inmigrantes —como fue el caso de la Operación Hera en Senegal con la crisis de los cayucos de 2006—.

Por otra parte, hay una vertiente militar, que no ha resultado satisfactoria en su aplicación a los problemas migratorios del Mediterráneo. Entre las diversas iniciativas de naturaleza militar vinculadas a la inmigración resulta sorprendente el intento de la misma UE de utilizar fuerza militar en puertos y territorio de Libia para combatir a los traficantes de inmigrantes, lo que no fue aceptado en sede ONU. Por su parte, la OTAN desplegó con la crisis de refugiados en 2016 una operación propia (*Aegean Sea*) con varios buques en los momentos de máximas llegadas de inmigrantes por vía marítima desde Turquía a Grecia, sin que pudieran verdaderamente apreciarse sus efectos en la lucha contra las mafias de tráfico de personas.

Por su parte, los Estados europeos de la frontera exterior mediterránea han hecho en solitario unos impresionantes esfuerzos para contener los flujos migratorios y recibir a las personas rescatadas. Hay que destacar la labor de Italia con sus operaciones *Mare Nostrum* de 2013 y *Mare Sicuro*. La primera, pese a sus impresionantes logros fue reemplazada en 2014 por la operación UE *Tritón* y luego con respaldo del Consejo de Seguridad ONU, con *EunavFor-Med Sophia*, adoptada en 2015 en el marco PESD. Esta última operación UE no es una misión de rescate, sino de lucha contra las redes de tráfico de inmigrantes; redimensionada en sus competencias, posteriormente se han limitado sus funciones operativas navales en 2019.

Estos datos nos indican que la vía militar probablemente no es el medio eficaz y apropiado para afrontar la cuestión de la inmigración, o de la lucha contra las mafias y redes de tráfico de inmigrantes y trata de personas. En conjunto estas operaciones, pese a sus éxitos parciales, no son o no tienen una misión prioritaria SAR de búsqueda y salvamento, y no resuelven el problema estructural de la afluencia migratoria hacia los países europeos, para la que no resultan eficaces en caso de llegadas masivas ocasionales. En cuanto a las coordinadas por Frontex, las operaciones *ad hoc* no tienen la intención de resolver la cuestión de la migración mediterránea, sino de vigilar fronteras y mejorar la detección de inmigrantes, combatir las redes de tráfico de inmigrantes, realizar salvamento marítimo, en su caso aminorar o detener los flujos migratorios por vía marítima en cierta zona.

### 3. LAS INSUFICIENCIAS DE LOS MARCOS JURÍDICOS

El marco jurídico de Derecho internacional y los desarrollos normativos e institucionales de Derecho UE se han demostrado insuficientes para la envergadura del desafío migratorio por vía marítima.

Existe un desfase en Derecho internacional del mar respecto a las perentorias necesidades reguladoras de la inmigración marítima masiva, como lo ejemplifica la insuficiente definición de naufrago o las imprecisiones en las obligaciones internacionales respecto al rescate y desembarco en puerto o lugar seguro y tiempo razonable, que proporcionan la Convención sobre Derecho del Mar, el Convenio SOLAS de 1974 y el Convenio SAR de 1979, estos dos últimos reformados en 2004 en el marco de la OMI; y el Convenio contra la criminalidad organizada transnacional de 2000 y el Protocolo de Palermo de 2002.

El Derecho europeo ha demostrado en este ámbito su gran adaptabilidad y capacidad de desarrollo del Derecho internacional cubriendo lagunas y necesidades legales perentorias para afrontar la vigilancia y salvamento de inmigrantes en el Mediterráneo. Así lo demuestra la original normativa para la regulación de la actividades de agentes públicos en el territorio y jurisdicciones marítimas de otros Estados o en operaciones conjuntas en alta mar; basta referir la regulación de FRONTEX, el Reglamento 863/2007 sobre equipos de intervención rápida en las Fronteras y funciones de los agentes invitados (Rabit), el Reglamento 2016/399 sobre el Código de Fronteras Schengen, o el Reglamento 1052/2013 de Vigilancia de Fronteras (Eurosur); por su parte, el Reglamento 656/2014 sobre vigilancia de fronteras marítimas exteriores en operaciones conjuntas fue luego integrado en el Reglamento 2016/1624 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

Numerosas normas europeas ofrecen progresivamente un planteamiento normativo propio, sometido a los controles reglados del Derecho UE —como demostró el caso de la anulación en 2012 por el TJUE de la Decisión 2010/252 sobre la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores—. Sin embargo, la normativa enfocada a la inmigración marítima no se ha adoptado con ca-

rácter sistemático y planteamiento de conjunto, sino que ha ido surgiendo funcionalmente y a fuerza de necesidad. Tampoco se ha podido aún reformar el llamado Sistema Europeo Común de Asilo tras las propuestas de 2016, en particular la de reforma del Reglamento de Dublín 604/2013 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional, claramente inadaptada para los cientos de miles de solicitantes de asilo y refugio. En la práctica, la UE se ha dotado de normativas parciales que, de todas maneras, no pueden proporcionar a medio plazo satisfactoriamente una regulación europea adecuada al nivel del desafío migratorio marítimo. En una competencia compartida UE/Estados, las disensiones internas sobre el reparto de responsabilidades entre Estados miembros —como para la reubicación y reasentamiento de refugiados— determinan insuficiencias sistémicas en la regulación propia.

Las carencias de la normativa erigida para afrontar la inmigración en el Mediterráneo quedan evidenciadas por la fragilidad de la protección de derechos humanos en las fronteras exteriores. En este sentido, algunas instituciones, como los *Hotspots* (Puntos Críticos), Centros de coordinación para la primera acogida e identificación de inmigrantes y refugiados, no han funcionado satisfactoriamente en Grecia ni en Italia.

#### **4. LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EXTERNALIZACIÓN/EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS CONTROLES MIGRATORIOS**

Hay una problemática específica que se produce en el medio marino relativa al respeto y protección de derechos humanos de inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo. Cuestiones como los derechos fundamentales de los inmigrantes en los diferentes espacios marítimos, el examen extraterritorial de solicitudes de asilo, o el desembarque de inmigrantes en puertos de Estados terceros, por buques de Estados de la UE en el marco de operaciones conjuntas de Frontex.

En realidad, la catarata de problemáticas jurídicas que presenta la inmigración irregular en el Mediterráneo para la protección de derechos humanos conforme al Derecho internacional y europeo son, sencillamente, desbordantes. Normalmente en las fronteras exteriores terrestres y portuarias la protección de los derechos humanos plantean una situación estructural de precariedad y fragilidad, pero desde luego son los refugiados e inmigrantes en el medio marino los que se encuentran en la peor de las situaciones fronterizas de vulnerabilidad.

La crisis de refugiados de 2015 ha tenido también el efecto pernicioso de no diferenciar en las avalanchas migratorias las diferentes situaciones de personas inmigrantes, refugiadas y solicitantes de asilo, que quieren cruzar o eludir los pasos fronterizos. Esto a su vez ha conducido a un tratamiento normativo e institucional único de situaciones con diferente regulación, de for-

ma que todo se ha reconducido a problemáticas en los controles migratorios de acceso al territorio europeo. Desde la lógica de esta perspectiva, el acento normativo y político se ha puesto sobre todo en la colaboración de terceros Estados vecinos en la lucha contra la inmigración irregular y su asistencia a la UE para prevenir los flujos migratorios hacia Europa. Es en este contexto en el que encontramos frecuentes referencias a lo que se denomina la «externalización» del control de fronteras, utilizándose con facilidad y como sinónimos los términos de «externalización» o de «extraterritorialización» de las fronteras y sus controles, en un largo catálogo de expresiones para referirse a esta realidad (como «desplazamiento de fronteras», «delegación» o «control remoto» de la inmigración, asilo *off-shore*, control policial a distancia, políticas de *non-entrée* o «Externalisation of Protection Responsibilities»).

Estas expresiones normalmente no se utilizan en sentido jurídico, sino figurado, para representar críticamente una especie de delegación de competencias y responsabilidades migratorias y de control fronterizo de la UE y sus Estados miembros en favor de ciertos terceros Estados mediterráneos (Turquía, Libia o Marruecos), directamente a cambio de ayuda financiera.

Creo que debemos hacer un esfuerzo jurídico para definir las diferentes situaciones migratorias y fronterizas; al fin y al cabo, es la especificidad de cada situación la que requiere una regulación diferenciada para determinar los derechos, obligaciones, competencias y controles aplicables por instituciones de la UE y Estados europeos, incluida la protección de derechos fundamentales.

En mi opinión, una primera aproximación jurídica llevaría a comprender este conjunto de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, como acciones destinadas a ejercerse conceptualmente fuera del territorio de los Estados miembros, y por tanto, en actuaciones *desterritoriales*, ya sean situaciones de Externalización o de Extraterritorialidad de las funciones de control fronterizo.

Si en este plano *desterritorial* en el que nos situamos nos traemos el Derecho originario, veremos que el TFUE enfoca separadamente el control de frontera exterior y el sistema integrado de gestión de fronteras exteriores (art. 77 TFUE); la política de asilo, protección subsidiaria y temporal (art. 78 TFUE); y la política de inmigración, gestión eficaz de flujos migratorios, lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, incluyendo acuerdos con terceros Estados (art. 79 TFUE).

Entonces, en primer lugar, parece más adecuado encajar las actividades de *Externalización* de controles migratorios en la política de inmigración y la gestión o control de flujos migratorios (art. 79 TFUE), por tener componentes, actividades y fines que no son estrictamente los de control de entrada de extranjeros en el territorio a través de controles en el puesto o línea fronteriza. Entonces, nuestra propuesta es reservar la *Externalización* de controles migratorios, para aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados miembros. Son Estados terceros (y no los de la UE) los que llevan a cabo



determinadas funciones de control fronterizo y política migratoria (vigilancia de sus fronteras, detención y devolución de inmigrantes, procesos de regularización y permisos de residencia a inmigrantes, desarrollo normativo de Extranjería propio) como consecuencia directa o indirecta de acuerdos con la UE o con Estados miembros de la UE, o con Programas y Planes de acción acordados con estos terceros países por la UE o sus Estados.

En segundo lugar, debemos diferenciar las situaciones de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo, ciñéndolas a aquellas en las que hay presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados de la UE de ciertas actividades o funciones de control fuera de territorio o en el territorio de Estados terceros, con su acuerdo. De forma que habría ejercicio directo o indirecto de jurisdicción estatal, aplicando el Derecho de la Unión o el Derecho interno de un Estado.

Por lo que hace a la protección de derechos humanos de inmigrantes y refugiados, a mi juicio en los casos de *Extraterritorialidad* debe asegurarse la aplicación de la normativa como si fuera en el territorio europeo. Mientras que en los supuestos de *Externalización* debería erigirse un modelo para el seguimiento, vigilancia y sanción por la UE del respeto de derechos fundamentales por el tercer Estado que ha llegado a un Acuerdo con la UE.

Diferenciar externalización de actuación extraterritorial puede ser útil para determinar el régimen jurídico de situaciones actuales o futuras en las que está prevista la intervención de los Estados y la UE con finalidades de control migratorio de acceso a Europa. Este puede ser el caso de los previstos Centros para inmigrantes y refugiados, a crear tanto en la ribera norte como en la sur del Mediterráneo y en Estados terceros. La sacudida de la Crisis de refugiados de 2015 ha llevado a los Estados a buscar soluciones muy discutibles (como el Acuerdo o Declaración con Turquía de febrero de 2016); y en esta búsqueda de opciones, nos hemos encontrado ya con el apoyo de los Estados con la decisión del Consejo Europeo de junio de 2018 sobre la posibilidad de recurrir a estos nuevos centros y determinar su viabilidad.

En los momentos críticos de la crisis se rechazó la vía de los macro-campamentos para refugiados en territorio europeo, pero ahora en cambio se aceptan en la ribera norte mediterránea los *Centros controlados*, que en territorio UE diferencien la considerada inmigración irregular —destinada a ser retornada— de las personas necesitadas de alguna modalidad de protección internacional y solidaridad europea. Y particularmente en terceros países de la ribera sur se proyectan *Plataformas regionales de desembarque*, en colaboración con ACNUR y la Organización Internacional de las Migraciones; sería un marco teórico y práctico estable para el desembarque de inmigrantes en países terceros.

La prosecución del estudio institucional de viabilidad de estos centros durante 2019, confirma que —pese a fundadas críticas— existe una determinación de Estados y UE de buscar y proponer modelos novedosos de acogida y control fronterizo desterritorial de inmigrantes y refugiados, ante los espan-

tosos dramas humanos y el problema estructural que plantea la inmigración en el Mediterráneo para Europa. La cuestión de la protección de derechos fundamentales es un acuciante desafío; en el caso de las *Plataformas regionales de desembarque* la normativa de derechos humanos aplicable dependerá a nuestro juicio del control que ejerza la UE o los Estados europeos en estos Centros en territorio fuera de la UE.

## 5. ¿UNA FRONTERA EXTERIOR SIN SOLUCIÓN? POR UN MODELO DE ESPACIO FRONTERIZO EXTERIOR PARA EL SUR DEL MEDITERRÁNEO-SAHEL

La experiencia que ya tenemos de control fronterizo interior y exterior en el sistema Schengen es que ha funcionado razonablemente bien durante veinticinco años. En conjunto, el sistema erigido por los pactos de Schengen de 1985 y 1990, y luego asumido como Derecho de la UE con el Tratado de Ámsterdam, ha demostrado al mismo tiempo una gran solidez y una ocasional fragilidad como experiencia histórica y como modelo fronterizo en el panorama internacional. En suma, un sistema de gran capacidad de resiliencia, aunque con el inconveniente de verse fácilmente desbordado con crisis migratorias, incluso con llegadas menores puntuales.

Sin embargo, la cuestión es que este mismo modelo no resulta viable como sistema sostenible y eficaz para el control de fronteras y la gestión migratoria de los espacios marítimos, en particular del Mediterráneo. Todo lo que hasta ahora se ha intentado para frenar o prevenir la inmigración no ofrece perspectivas de sostenibilidad como solución razonable y permanente.

Es significativo que el debate se haya desplazado actualmente hacia la *externalización y extraterritorialidad* de los controles migratorios. La presión migratoria y la práctica de los Estados europeos y de la UE está confirmando la existencia de nuevos formatos desterritoriales en la vigilancia, control y responsabilidades de los Estados en frontera, con la colaboración de Estados terceros en la desagregación de ciertas funciones fronterizas.

En mi opinión, la UE se encuentra en búsqueda de una adaptación de su modelo Schengen de Frontera Exterior —en lo que creo debe ser un nuevo modelo de fronteras exteriores para el área mediterránea— que en materia migratoria resulte sólido, sostenible y respetuoso de los derechos fundamentales. En este sentido, la inviabilidad del modelo actual responde a varios factores estructurales, y entre ellos:

— El drama humanitario cotidiano al que hay que poner fin por *imperativo categórico*, y que se acompaña con el efecto limitado y cortoplacista de las intervenciones de vigilancia y rescate en el Mediterráneo. El rescate en el medio marino involucra al mismo tiempo a tres tipos de políticas: controles en las fronteras, asilo y refugio, y política de inmigración, con diferentes intensidades normativas. Estas políticas se han aplicado sin coherencia y visión de conjunto en el Mediterráneo; y son los Estados de la UE con fronteras

exteriores mediterráneas quienes soportan la mayor carga, sin la solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidad entre Estados del art. 80 TFUE.

— La vinculación del fenómeno migratorio a factores demográficos y geopolíticos que desbordan el Mediterráneo: la nueva «normalidad» para Europa que es y será la fuerte presión migratoria; las redes de tráfico de personas; la vinculación de migraciones a conflictos internacionales e internos y la inestabilidad en el norte de África; en fin, la creciente importancia de esa frontera de Europa que históricamente ha sido, y vuelve a serlo, el Sahel.

La realidad es que se ha configurado para los flujos migratorios un nuevo espacio fronterizo al sur del Mediterráneo, que necesita una nueva política de fronteras exteriores para esta área. Por ello debemos reflexionar sobre nuevos espacios e imaginarios fronterizos, con nuevos conceptos y enfoques de la frontera que aporten otros parámetros de actuación hacia los flujos migratorios y los controles exteriores.

Paradójicamente, son las fronteras marítimas las que condicionan que la UE deba introducirse en una política fronteriza nueva, y, sin embargo, cualquier nuevo concepto o modelo de frontera debe suponer el objetivo de abandonar el Mediterráneo como lugar de control y de rescate, aunque nos dotemos de una regulación de actuación mínima europea en el medio marino.

El tratamiento de las migraciones en el Mediterráneo en realidad reenvía a estrategias políticas de envergadura a medio y largo plazo (como es muestra la Agenda Europea de Migración de 2015 y Nuevo Marco de Asociación - *New Partnership Framework*). Por lo que cualquier adaptación o nuevo modelo de fronteras hacia el área Mediterráneo-Sahel debe comprender medidas internas a la UE (gestión integrada de las fronteras exteriores; un régimen común de asilo y refugio con reformas de envergadura en el sistema de Dublín); pero también externas, con una política migratoria y de flujos migratorios que asocie e integre en el modelo de fronteras a terceros Estados. Naturalmente que un modelo así reclama una estrecha vinculación a la PESC, pero también al desarrollo de los estatutos de Ciudadanía y Extranjería de la Unión, y al capital tema de crear una sistema estable de vías legales de inmigración a Europa.

Desde luego, cualquier nuevo Modelo europeo de fronteras con un control diferenciado y adaptado a los amplios territorios fronterizos del sur de la Unión se debe inscribir en un contexto más general de modificaciones esenciales que se están produciendo internacionalmente en las funciones fronterizas, y que afectan a sus componentes de base territorial. Sería así una adaptación europea del modelo funcional de control en el acceso al territorio de la Unión, en el particular contexto de una Europa de valores inclusivos y de acogida, derechos humanos y cooperación y asociación transfronteriza con los territorios liminares europeos. Asociar al área fronteriza sur Mediterráneo-Sahel y hacer copartícipes a estos Estados en ciertas políticas de la Unión es

esencial para la identidad y objetivos de la integración, y para la proyección de su seguridad, solidaridad y valores conforme al Derecho internacional y europeo de derechos humanos.

**Palabras clave:** fronteras exteriores, inmigración marítima, asilo y refugio, derechos humanos, externalización de controles migratorios.

**Keywords:** external borders, maritime migrations, asylum seekers and refugees, human rights, externalization of migration controls.

## BÚSQUEDA Y RESCATE: LA NECESIDAD DE EQUILIBRAR EL CONTROL DE FRONTERAS CON LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHO DEL MAR Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Giuseppe CATALDI \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: UN DRAMA HUMANO QUE NO RECIBE RESPUESTAS ADECUADAS.—2. EL DESFASE ENTRE LOS HECHOS Y EL DERECHO, EN PARTICULAR A LA VISTA DE INCIDENTES RECIENTES.—3. EL CIERRE DE LOS PUERTOS Y LAS CUESTIONES DEL *LUGAR SEGURO* Y EL *PLAZO RAZONABLE*.—4. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN: UN DRAMA HUMANO QUE NO RECIBE RESPUESTAS ADECUADAS

Es innegable que la salida de inmigrantes en búsqueda de una vida mejor en Europa se ha convertido en una constante en los últimos años, por una serie de razones bien conocidas. El tránsito de estos migrantes a través del Mediterráneo es dramático, ya que, si bien la migración por mar supone un porcentaje minoritario de todo el fenómeno migratorio mundial, presenta riesgos mucho mayores para la vida humana que el tránsito por tierra, como consecuencia de los medios de transporte utilizados y de la falta de familiaridad con el medio acuático de las personas involucradas. Según el «Missing Migrants Project» de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), de las 3.514 personas (con identidad verificada) que murieron en todo el mundo en 2017 en el intento de emigrar o de huir de la persecución, hasta 2.510 perdieron la vida en el Mediterráneo. Además, a pesar de la importante disminución de las llegadas, la ruta de Libia a Europa sigue siendo la ruta de migración más mortífera del mundo, según el ACNUR, y lo fue cinco veces más en 2018 que en 2015, en particular debido a la reducción de las activida-

---

\* Catedrático de Derecho internacional público de Nápoles, L'Orientale. Coordinador del proyecto *Jean Monnet European Network MAPS (Migration and Asylum Policy Systems)*, en cuyo marco se escribió este trabajo. También es actualmente presidente de la *Association Internationale du Droit de la Mer*.

des de búsqueda y rescate frente a las costas libias. Estas cifras no necesitan comentarios.

Con el cierre sustancial del corredor de los Balcanes como consecuencia de la Declaración UE-Turquía, de marzo de 2016, los viajes a Europa se han concentrado en el Mediterráneo central, con un aumento progresivo de la presión sobre Italia por diversas razones. La primera motivación está representada, como es fácil de intuir, por su posición geográfica. La segunda explicación viene dada por el cierre de los puertos por parte de Malta, así como por la situación particular de Libia, que sigue sin poder ofrecer garantías para la gestión de este fenómeno. Por último, la tercera causa tiene que ver con el hecho de que las misiones marítimas de la UE Triton y EUNAVFOR Med, coordinadas por la Agencia Europea de Fronteras Frontex, declaran explícitamente que los inmigrantes rescatados deben desembarcar en Italia. Desde 2013, las llamadas de socorro a lo largo de la ruta del Mediterráneo central fueron, por tanto, redirigidas sistemáticamente a Italia, que finalmente asumió la responsabilidad de coordinar todas las operaciones de *search and rescue* frente a las costas de Libia.

También como consecuencia de la falta de solidaridad demostrada por los miembros de la UE para compartir la carga de Roma, en junio de 2018, el gobierno italiano, en perfecta armonía con los vientos políticos que soplan a través de Europa, tuvo un terreno abonado para decidir que, a partir de ese momento, todos los puertos italianos estarían cerrados a los barcos de las ONG y a los barcos mercantes de bandera extranjera que transportaran a los emigrantes que habían sido rescatados en el mar (¡afectando incluso a un barco de la armada italiana!). A partir de este momento, a estos buques se les ha negado la entrada en las aguas interiores y puertos italianos.

Los acontecimientos ocurridos en los últimos años en aguas del Mediterráneo central han mostrado varias cosas. En primer lugar, se ha constatado una falta de cooperación y coordinación entre todos los actores implicados: primero, entre los Estados europeos y, luego, entre estos y las instituciones de la UE. En segundo lugar, con frecuencia se comprueba una insuficiencia manifiesta de los instrumentos jurídicos vigentes en materia de búsqueda y salvamento en el mar, ya que fueron concebidos en una época diferente y para situaciones que no tenían nada que ver con el panorama actual, puesto que no estaban vinculados a los significativos flujos contemporáneos de personas que migran por razones económicas o que huyen de sus países por tener fundados temores de ser perseguidas debido a diversas causas. Lamentablemente, las mejores soluciones, y más directas, se encuentran recogidas en instrumentos no vinculantes, como las resoluciones de la OMI. En tercer lugar, por último, es evidente que existe una gran incoherencia entre los principios generales sobre derechos humanos previstos a nivel constitucional en los Estados europeos y en los documentos fundamentales de la UE con la actual política de migración de la Unión y de sus Estados miembros. La UE se negó a continuar la única misión humanitaria de gran envergadura

que se ha llevado a cabo en el Mediterráneo, la operación *Mare Nostrum*, gestionada (y financiada) por el gobierno italiano desde el 18 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014. Su término produjo un vacío humanitario que compelió a las ONG a actuar. ¿Quiénes, si no, iban a prepararse a actuar en tal coyuntura con el objetivo de salvar vidas? Es innegable que en la búsqueda de un equilibrio entre los aspectos humanitarios y el control de las fronteras exteriores de la Unión, las instituciones de la UE y los Estados miembros favorecen actualmente este último aspecto, en particular a través de una cuestionable externalización y deslocalización de la gestión del fenómeno migratorio.

El hecho de que el Parlamento Europeo no haya adoptado una propuesta de resolución presentada el 21 de octubre de 2019 por el *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs* «on Search and Rescue in the Mediterranean» viene a confirmar las observaciones anteriores<sup>1</sup>. En la misma se reafirmaba esencialmente la necesidad de que los Estados miembros cumplieran las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la UE y del Derecho internacional en la materia. A pesar de que se trataba de un documento carente de proposiciones innovadoras, la propuesta incluida fue rechazada tres días después por el Parlamento (por 290 votos a favor, 288 en contra y 36 abstenciones).

## **2. EL DESFASE ENTRE LOS HECHOS Y EL DERECHO, EN PARTICULAR A LA VISTA DE INCIDENTES RECIENTES**

Hay que partir de la consideración de que cuando se rescata en el mar a personas en dificultad, su calificación como «migrantes» o «refugiados» ocupa necesariamente un segundo lugar. La obligación de prestar asistencia y socorro, una de las más antiguas del Derecho del mar, exige que las personas que se encuentran en peligro en el mar reciban ayuda con un espíritu de solidaridad y humanidad, sin discriminación basada en cualquier razón por la que las personas rescatadas hayan podido emprender su viaje. La distinción que los Estados europeos intentan hacer entre migrantes y potenciales refugiados, de un lado, y otras personas en peligro, de otro lado, supone un límite infundado y grave para la protección de la vida humana en el mar. Por este motivo, las normas establecidas para los incidentes en el mar se aplican en primer lugar, empezando por el art. 98 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), el cual codifica un antiguo principio del Derecho consuetudinario que afirma el deber de todo Estado de prestar asistencia a las personas y los buques en peligro y de establecer un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz. Cabe señalar que esta disposición no contiene ninguna indicación ni limitación geográfica. Las disposiciones del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar

<sup>1</sup> 2019/2755(RSPF) B9-0154/2019 (disponible en [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0154\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0154_EN.html)).

(SOLAS), de 1974, y del Convenio de Hamburgo de 1979 sobre búsqueda y salvamento en el mar, que establece las zonas SAR, son más detalladas. Se trata de convenciones que no tienen en cuenta la cuestión específica de la migración y el asilo, ya que fueron adoptadas para regular el fenómeno clásico del rescate de náufragos, presumiendo su pleno consentimiento para ser llevados de vuelta a casa. Esto explica que ambas convenciones hayan sido enmendadas en 2004, después del caso *Tampa*<sup>2</sup>, para aclarar que el gobierno responsable de la región SAR en la que se rescatan los supervivientes está obligado a identificar el lugar seguro de desembarque, así como a proporcionarlo directamente o bien a garantizar que otro Estado lo haga. Está claro que el barco de rescate no puede ser considerado un *lugar seguro*, excepto por un tiempo muy limitado.

Una de las cuestiones que generan efectos indeseables en la práctica reciente tiene que ver inicialmente con Malta, si bien, lógicamente, proyecta su influencia sobre Italia y más allá. La razón estriba en que Malta, aun contando con una zona SAR de tamaño considerable, nunca ha aceptado las enmiendas referidas en el párrafo anterior y cuestiona su competencia para dirigir las operaciones de rescate en su SAR (a menos que se contraten buques con pabellón maltés, lo cual es muy raro), basándose sobre todo en las limitaciones concernientes a su territorio y a los medios de que dispone. A ello se añade el hecho de que su zona SAR se solapa en varios lugares con la italiana. El resultado es una incertidumbre considerable, así como una responsabilidad que en la práctica pesa sobre las autoridades italianas de manera constante.

A su vez, la cuestión de la zona SAR libia, cuya existencia aún no se ha establecido plenamente, es diferente pero no menos problemática. No fue hasta julio de 2018 cuando se notificó a la OMI la existencia de una autoridad coordinadora para el Centro de Salvamento Marítimo, sin la cual es obvio que la SAR no puede considerarse eficaz. El hecho de que Libia ni siquiera disponga aún de un gobierno capaz de controlar todo el territorio sigue pesando en el asunto.

Quienes sufren en sus carnes las consecuencias de las incertidumbres mencionadas con anterioridad son los migrantes y los refugiados, cuya suerte está vinculada a la existencia, caso por caso, de un Estado dispuesto a supervisar las operaciones.

---

<sup>2</sup> Con demasiada frecuencia oímos en Europa que la actual crisis de migración a través del mar Mediterráneo no tiene precedentes, pero para ello deberíamos recordar los nombres de algunos barcos. Así, el barco búlgaro *Struma*, con 767 refugiados judíos a bordo, por ejemplo, bloqueado a la entrada del Bósforo durante el invierno de 1941, y hundido por error por un torpedo soviético. Más recientemente, el barco noruego *Tampa*, que en 2001 rescató en el mar a 438 solicitantes de asilo afganos, pero al que las autoridades australianas le prohibieron el acceso a los puertos nacionales durante más de una semana, lo que generó una crisis diplomática con Noruega, hasta que la situación se resolvió gracias a la «externalización» de la cuestión al Estado de Nauru, que aceptó a los solicitantes de asilo a cambio de dinero. Este procedimiento se conoce como la «*Pacific Solution*» (es decir, típica del Océano Pacífico, y una buena práctica a imitar, según algunos gobiernos europeos).



### 3. EL CIERRE DE LOS PUERTOS Y LAS CUESTIONES DEL LUGAR SEGURO Y EL PLAZO RAZONABLE

Otro aspecto clave es la cuestión del cierre de los puertos. Esta medida no está en sí misma excluida según el Derecho del mar, ya que los puertos están bajo la soberanía exclusiva del Estado. Como es sabido, no existe derecho de entrada en un puerto extranjero en virtud del Derecho internacional, ya que el puerto está situado en aguas interiores, y a menos que se haya llegado a un acuerdo internacional, el Estado ribereño puede decidir si admite o no a un buque extranjero (a diferencia de lo que ocurre en el mar territorial, donde todos los Estados gozan del «derecho de paso inocente»). El art. 25 de CONVEMAR dispone que el Estado podrá denegar la entrada si el buque infringe las normas nacionales de inmigración. No obstante, todo buque tiene derecho a entrar en un puerto si se encuentra en una situación de dificultad o si las personas a bordo se encuentran en dificultades. En este caso, se aplica la norma de «fuerza mayor» o «estado de necesidad», ya prevista y codificada por el Convenio de 1923 sobre el régimen de los puertos marítimos. La no aceptación de un buque en un puerto constituye en estos casos una violación de la obligación de salvaguardar la vida humana en el mar, a menos que una simple intervención (por ejemplo, una intervención médica o reparación mecánica) llevada a cabo a bordo pueda ser suficiente para poner fin al estado de necesidad, sin proceder a la entrada en el puerto. En el caso concreto de los posibles solicitantes de asilo a bordo, cuando el buque se encuentre en aguas interiores y, por tanto, bajo la jurisdicción del Estado ribereño, este deberá verificar, persona por persona, si se cumplen o no los requisitos, ya que, de lo contrario, infringiría las obligaciones que le incumben en virtud de las normas de derechos humanos, en particular la obligación de «no devolución» establecida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tal como lo ha interpretado el Tribunal de Estrasburgo. Esta es la situación, por ejemplo, con respecto a las personas embarcadas en el buque *Diciotti*, un buque de la Guardia Costera italiana que a mediados de agosto de 2018 rescató a 190 migrantes en dificultades en la región de la SAR maltesa. Tras la negativa de Malta a aceptar a los inmigrantes, el barco italiano desembarcó a 13 personas necesitadas de atención de emergencia en el puerto de Lampedusa, y luego continuó su viaje hacia Catania. Pero a su llegada, se les negó el permiso para llevar a los migrantes a tierra, excepto a unos pocos que necesitaban atención médica urgente. Solo cinco días después de llegar al puerto de Catania se permitió que 137 migrantes desembarcaran, donde fueron identificados y luego trasladados al «hotspot» de Messina, en espera de su asentamiento definitivo en lugares dispuestos a recibirlos. En este sentido, cabe destacar la singular circunstancia de prohibir a un buque militar italiano atracar en un puerto italiano, y la posterior distribución de los migrantes en esta ocasión concreta: aparte de Irlanda, fueron alojados por la CEI (Conferencia Episcopal Italiana) y por Albania. Con respecto a la CEI, es pertinente añadir que, al no ser

un Estado, las personas rescatadas continuaron teniendo a Italia como único punto de referencia para la posible concesión del estatuto de refugiado. Por lo que se refiere a Albania, debe tenerse en cuenta que se trata de un país no miembro de la UE. Por ello, el traslado se llevó a cabo fuera del sistema de Dublín y, por consiguiente, no pudo realizarse sin el consentimiento de las personas afectadas. Cabe señalar además que el 23 de enero de 2019, el Tribunal de Catania (Sección de Delitos Ministeriales) presentó al Senado una solicitud de autorización para emprender acciones legales contra el ministro del Interior por el delito de secuestro agravado (tipificado en el art. 605 del Código Penal). La imputación hecha al ministro se refería al abuso de sus poderes y a la violación de las convenciones internacionales, por bloquear los procedimientos para desembarcar a los migrantes, y obligarlos a permanecer en condiciones físicas y mentales críticas durante cinco días a bordo del *Di-ciotti*, amarrado en el puerto de Catania.

En cuanto al punto de desembarque, debemos realizar algunas precisiones con respecto a los conceptos de «lugar seguro» y «plazo razonable». El Estado responsable de la zona SAR tiene la obligación de identificar este lugar (obligación que no está reconocida como tal solo por Malta, como ya se ha indicado), pero el Derecho del mar no establece que dicho lugar se encuentre necesariamente en el territorio de ese Estado. Es evidente que las normas de los dos Convenios, SOLAS y SAR, así como las recomendaciones de la OMI, se basan en la cooperación entre el Estado de la zona SAR, el Estado del pabellón del buque que presta la asistencia y, posiblemente, el Estado cuyos puertos están más cerca de la zona en la que tuvo lugar la intervención («la coordinación de la acción de socorro por parte de un Estado no libera a los demás Estados», tal como expresa la OMI en sus recomendaciones). Desgraciadamente, esta cooperación casi siempre es insuficiente, y esto es tanto más grave cuanto que, en la mayoría de los casos, los Estados en cuestión están unidos por el vínculo de la pertenencia común a la UE. En el caso del buque de la ONG *Aquarius*, Italia tenía la responsabilidad principal, ya que el IMRCC (International Maritime Rescue Coordination Center) en Roma había coordinado las actividades de rescate en el mar. Dada la precariedad de las condiciones de las personas a bordo, el lapso de una semana, que transcurrió desde el rescate hasta el desembarque en el puerto de Valencia (España era el único Estado dispuesto a aceptar el barco), no puede considerarse como un «tiempo razonable» y, en consecuencia, Italia violó ciertamente el Convenio de Hamburgo. No obstante, ni el Reino Unido, Estado de abanderamiento, ni Francia, Estado nacional de la mayoría de los miembros de la tripulación, ni los demás Estados de la zona, en particular aquellos a los que se aplica la obligación de «cooperación leal» establecida por el Derecho de la UE, pueden considerarse exentos de toda responsabilidad.

Sin embargo, la cuestión del «lugar seguro» se planteó, con especial referencia a las garantías de protección de los derechos humanos fundamentales en una serie significativa de casos recientes. Vale la pena recordar el emblemático caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, resuelto por el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos (TEDH) en 2012. En él, Italia fue condenada, tras el rescate efectuado por un barco militar italiano de un grupo de nacionales somalíes y eritreos que se encontraban a la deriva. La causa de la condena había sido el traslado de las personas rescatadas de vuelta a Libia, el país del que habían salido. Tal operación se había realizado en ejecución de un acuerdo entre Italia y Libia. Pero el Tribunal declaró que Italia había violado en primer lugar el art. 3 del CEDH, relativo a la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, tanto porque existía un riesgo de devolución indirecta (las autoridades libias habrían procedido muy probablemente a entregar a estas personas a sus países de origen, donde su seguridad se vería gravemente amenazada) como porque había pruebas de actividades de tortura y malos tratos llevadas a cabo directamente en suelo libio. La norma sobre la prohibición de las expulsiones en masa (art. 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH) y el art. 13, sobre el derecho a un recurso efectivo, también fueron violados, ya que no se ha llevado a cabo una evaluación caso por caso de la posible existencia de los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y no se ha concedido ninguna posibilidad de impugnar ninguna decisión negativa a este respecto<sup>3</sup>. La situación política en Libia, con informes detallados sobre el maltrato de los inmigrantes en sus centros de detención (procedentes de diversas fuentes, gubernamentales y no gubernamentales), nos permite afirmar con razonable certeza que en la actualidad no existen puertos «seguros» en este país desde el punto de vista de las garantías de protección de los derechos humanos, y que no parece haber ninguna mejoría significativa respecto a la situación considerada por el TEDH en el caso *Hirsi*. La situación de los centros de detención en Libia también es relevante en otro asunto muy delicado, también destacado en el proyecto de resolución rechazado por el Parlamento Europeo, a saber, la posible responsabilidad indirecta de las instituciones de la UE y de los Estados miembros por los recursos financieros y de formación utilizados para apoyar los proyectos libios en este ámbito.

#### 4. CONCLUSIÓN

Los eventos que se han descrito de forma sumaria hasta aquí confirman la necesidad de reconsiderar los instrumentos normativos internacionales actualmente en vigor relativos a la búsqueda y salvamento en el mar, y también indican de modo claro que el Reglamento Europeo («Dublín III»), que identifica al Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional (Reglamento de la UE núm. 604/2013), debe ser revisado.

La Comisión de la UE ha propuesto la idea de las «Plataformas Regionales de Desembarque» en terceros países como una posible solución a largo plazo para los flujos migratorios desproporcionados a través del mar Mediterráneo. Sin embargo, esta propuesta de identificar posibles puntos de desembarque

<sup>3</sup> TEDH, Gran Sala, *Hirsi Jamaa and others c. Italy*, 23 de febrero de 2012.

en el norte de África parece ensombrecer el cumplimiento del marco jurídico de la UE y socavar la protección de los derechos humanos en las fronteras marítimas. A la luz de experiencias similares, que sirvieron para la selección de migrantes en Australia y los Estados Unidos, tal enfoque de subcontratación plantea serias preocupaciones sobre la posibilidad de que los centros de procesamiento se conviertan en campos de detención *de facto*. El futuro de estos acuerdos regionales sigue siendo incierto y ningún tercer país se ha ofrecido a apoyar este proyecto dirigido por la UE.

En cuanto a la revisión del «sistema de Dublín», hay que decir que debería aplicarse plenamente el principio de cooperación leal que rige en la Unión. Junto a ello, debe tenerse en cuenta que cualquier nueva medida, para ser justa, debería contribuir a superar ese vergonzoso «ping-pong» humano que se realiza a costa de las personas en peligro. En consecuencia, debería abordarse el problema de la interpretación del concepto de «lugar seguro» de desembarque, acotando su alcance y aportando así la seguridad jurídica necesaria. Esto resultará crucial también para las ONG, ya que son entidades que prestan un servicio esencial salvando vidas, muchas de las cuales, de otro modo, se perderían de forma irremediable o quedarían al albur de la actuación en cada momento de los buques mercantes, los buques de las armadas nacionales o los servicios de guardacostas y de control de fronteras europeos. La adopción de normas claras también serviría de advertencia a Estados como Libia, que, si bien desean entablar relaciones en pie de igualdad con la Unión y sus miembros, tienen dificultades para establecer normas e instituciones que respeten la democracia y los derechos humanos. Por último, nuevas normas serían, asimismo, indispensables para hacer frente a otros actores no estatales, en este caso tremendamente perniciosos, como son las organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilícito de migrantes o a la trata de personas, y que prosperan (in)justamente a causa de la inseguridad jurídica que prevalece en la actualidad.

**Palabras clave:** Derecho del mar, derechos humanos, lugar seguro, búsqueda y rescate, migraciones.

**Keywords:** Law of the sea, human rights, place of safety, search and rescue, migrations.

## **LA RESOLUCIÓN DEL IDI SOBRE INTERNET Y LA VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD/ THE RESOLUTION OF THE IDI ON INTERNET AND THE VIOLATION OF PRIVACY**

### **TUTELA TRANSFRONTERIZA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ¿HACIA LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL? (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL *INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL* DE 2019)**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

**SUMARIO:** 1. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN.—2. EL LLAMADO PRINCIPIO «HOLÍSTICO» COMO CRITERIO GENERAL.—3. COMPETENCIA JUDICIAL.—4. DERECHO APLICABLE. 5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES.—6. REFLEXIÓN FINAL.

#### **1. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN**

Ilustrativo de la dificultad de la tarea asumida por el IDI al elaborar su Resolución de 31 de agosto de 2019 sobre los aspectos de Derecho internacional privado (DIPr) relativos a la vulneración de los derechos de la personalidad en Internet (en adelante, Resolución)<sup>1</sup> es que va referida a un sector en el que no ha sido posible la adopción de normas comunes sobre ley aplicable ni siquiera en el seno de la UE, lo que resulta excepcional, habida cuenta de la unificación de esas normas en el resto de sectores de responsabilidad

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> «Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments (Injuries to Rights of Personality through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments)», 8.<sup>a</sup> Comisión (Rapporteurs: E. Jayme y S. C. Symeonides), <http://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf>. Véase también el «Final Report» de 21 de noviembre de 2018 sobre el contenido del Proyecto de Resolución y el «Draft Resolution with Comments».

extracontractual en virtud del Reglamento Roma II<sup>2</sup>. También la experiencia de la UE, en concreto la jurisprudencia del TJUE, es reflejo de la complejidad de las cuestiones de competencia judicial en la materia, así como de la conveniencia de desarrollar soluciones específicas<sup>3</sup>. Asimismo, la trascendencia práctica del desarrollo a nivel internacional de estándares comunes en la materia se corresponde con la circunstancia de que es una tarea en la que también están comprometidas otras organizaciones, como refleja la actividad del Comité sobre Protección de la Privacidad y DIPr de la International Law Association<sup>4</sup>.

El Preámbulo de la Resolución pone de relieve su propósito de contribuir a la creación de un consenso internacional e identifica con claridad la principal dificultad a la que se enfrenta el establecimiento de normas en esa materia que hagan posible un régimen predecible de las relaciones privadas internacionales y la coordinación de los diversos ordenamientos implicados, como corresponde al DIPr. Esa dificultad no es otra que la disparidad existente en el plano material entre los ordenamientos nacionales en lo relativo al contenido y alcance de los varios derechos fundamentales implicados, así como en lo que atañe a la ponderación entre ellos. Los derechos fundamentales más directamente implicados son el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de una parte, y el derecho a la libertad de expresión y de información, no solo de quien difunde el contenido de que se trate sino también de quienes pueden tener acceso al mismo, de otra. Además, según las situaciones pueden verse implicados otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, la libertad de empresa. En todo caso, se trata de derechos fundamentales cuya configuración e interacción varían significativamente a nivel internacional, sin perjuicio de la armonización existente en Europa y la UE como consecuencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Esa disparidad de criterios no solo condiciona que varíe significativamente según los países la respuesta acerca de qué contenidos son lícitos y cuáles no, sino que, además, desde la perspectiva del DIPr, resulta determinante de la relevancia del orden público del foro, en tanto que límite a la aplicación de la ley extranjera eventualmente designada por las normas de conflicto, así como al reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Al tratarse de divergencias entre los ordenamientos materiales, la mera armonización de las normas de DIPr no puede hacer posible su superación, al tiempo que la vinculación de esas diferencias con elementos culturales y sociales básicos de

---

<sup>2</sup> Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), cuyo art. 1.2.g) excluye: «Las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación».

<sup>3</sup> SSTJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685; y 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766.

<sup>4</sup> Los documentos publicados hasta la fecha por el Comité, presidido por B. Hess, se encuentran disponibles en <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

cada Estado condiciona la imposibilidad de avanzar significativamente en la armonización internacional de los estándares materiales.

Del título de la Resolución, así como muy especialmente de las definiciones recogidas en su art. 1 y de la delimitación de su ámbito en el art. 2 resulta que su objeto va referido únicamente a los aspectos de DIPr de la tutela de los derechos de la personalidad en situaciones relativas a la vulneración a través del uso de Internet. En consecuencia, implica optar por un modelo que fragmenta el tratamiento de estas cuestiones en función del medio a través del cual se produce la infracción y deja sin respuesta las situaciones transfronterizas en las que tales lesiones pueden derivar de la difusión de la información por otras vías. Es cierto que las situaciones transfronterizas más habituales, relevantes y complejas son, sin ninguna duda, aquellas que afectan a la difusión de la información por Internet, pero dejar al margen de la Resolución las que se producen a través de la difusión por otros medios limita el potencial de este instrumento como referencia para los legisladores nacionales y regionales. Como refleja la situación en materia de Derecho aplicable en la UE, la falta de una respuesta apropiada en la mayor parte de los sistemas de DIPr no va referida únicamente a la vulneración de estos derechos en línea y, por tanto, las reformas legislativas en la materia no deberían dejar al margen las vulneraciones con dimensión internacional cometidas a través de otros medios.

## 2. EL LLAMADO PRINCIPIO «HOLÍSTICO» COMO CRITERIO GENERAL

El Capítulo I de la Resolución, dedicado a los aspectos introductorios y los principios generales, proclama como criterio básico el que denomina «principio holístico». Bajo esa rúbrica su art. 3 contempla que la víctima de una lesión de sus derechos de la personalidad como consecuencia de actividades en Internet podrá ejercitar en una única demanda ante cualquiera de los tribunales competentes conforme a la Resolución (arts. 5 y 6) acciones por el conjunto del daño sufrido y para la adopción de las medidas que corresponda, habida cuenta de que esos tribunales serán en todo caso competentes para conocer de los daños que pudieran haber ocurrido en todo el mundo.

Este criterio general y su formulación suscitan varias reflexiones. Por una parte, la Resolución no aborda una de las cuestiones que en la práctica resulta más controvertida en situaciones en las que los tribunales tienen competencia global respecto de actividades en Internet, como es el ámbito territorial de las medidas de retirada de contenidos<sup>5</sup>. Una cuestión es que el alcance de la competencia de los tribunales no tenga restricciones territoriales, de modo que puedan adoptar mandamientos con repercusión global como la

<sup>5</sup> SSTJUE de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, EU:C:2019:772, y de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821.

retirada de contenidos de Internet<sup>6</sup>, y otra que las medidas que se impongan, por ejemplo, en relación con la eliminación o restricción al acceso de ciertos contenidos deban serlo en el caso concreto. La experiencia reciente demuestra cómo, en particular en materias como esta en las que existen significativas diferencias entre los ordenamientos implicados, la adopción de tales medidas con carácter mundial requiere moderación y un análisis específico, ya que afecta a la disponibilidad a través de Internet de contenidos respecto de los que los estándares sobre su licitud y en materia de derechos fundamentales varían<sup>7</sup>. En tales circunstancias, la adopción de medidas de retirada de contenidos con alcance mundial puede considerarse en otros países afectados por la medida como incompatible con su orden público, menoscabando la eventual coordinación entre sistemas<sup>8</sup>.

El «principio holístico» se corresponde con la idea de que Internet es un medio global. También es coherente con las críticas expresadas frente a la fragmentación de los litigios derivados de actividades en línea que es inherente al llamado «criterio mosaico». A diferencia del «principio holístico», el «criterio mosaico» conduce a la atribución de competencia a tribunales de una pluralidad de Estados, en principio limitada al territorio del correspondiente foro, típicamente en la medida en que una actividad en línea tiene una repercusión significativa (entre otros) en el Estado de que se trate. Sin desconocer la importancia de poder acumular reclamaciones frente a actividades en línea ante un único tribunal con competencia ilimitada, el rechazo por completo de que en determinadas circunstancias un tribunal puede tener competencia limitada a su territorio puede resultar excesivo e injustificado.

En este sentido, pese a las críticas recibidas, existen sólidas razones, entre otras vinculadas a la buena administración de justicia, a favor de mantener el «criterio mosaico» para atribuir competencia limitada a los tribunales de un Estado en el que la actividad en línea produce efectos significativos (y, por tanto, no basada en la mera accesibilidad del contenido), también en relación con derechos de la personalidad de la víctima, incluso en situaciones en las que la conexión con ese Estado no es tal como para atribuir a sus tribunales competencia con alcance ilimitado. El que esos tribunales deban adoptar medidas referidas únicamente a su territorio se corresponde con la fragmentación jurídica existente en el mundo, la utilización generalizada de mecanismos de geolocalización que hacen posible la compartimentación geográfica de la difusión de contenidos entre otros motivos para cumplir exigencias legales, así como con la circunstancia de que en la práctica resulta habitual la adopción de medidas de prohibición de acceso a ciertos contenidos únicamente desde el foro (cuya efectividad no se subordina al reconocimiento en el extranjero).

---

<sup>6</sup> STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766, apdo. 44.

<sup>7</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar de 4 de junio de 2019, *Glawischmig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:458, apdo. 100.

<sup>8</sup> Véase, v. gr. *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, caso núm. 5:17-cv-04207-EJD, 2017 WL 5000834 (N.D.Cal. Nov. 2, 2017 y N.D. Cal. Dec. 14, 2017).



Frente al modelo de la Resolución, pese a las críticas recibidas —en parte justificadas por las dificultades inherentes a ciertos pronunciamientos del TJUE sobre la accesibilidad a la información como fundamento de la competencia judicial—<sup>9</sup>, en la UE se mantiene el criterio del mosaico como alternativa a la atribución de competencia con carácter general e ilimitado a otros tribunales, como los del domicilio del demandado o de origen del daño. La reciente jurisprudencia del TJUE pone de relieve la importancia del lugar de manifestación del daño como criterio atributivo de competencia con alcance territorial limitado en el contexto frente a actividades desarrolladas a través de Internet<sup>10</sup>.

Como complemento del «principio holístico», el art. 3.2 establece una regla de litispendencia que impone la obligación de abstenerse a los tribunales de cualquier Estado cuando se hubiera presentado una demanda ante un tribunal competente en virtud de los arts. 5 ó 6. Esa obligación alcanza cualquier acción relativa a la misma conducta entre las mismas partes, en términos que parecen resultar excesivamente amplios. Ni siquiera contempla que el tribunal del Estado ante el que se presenta la segunda demanda por quien ha sido demandado en la primera pueda conocer de esa segunda demanda en situaciones en las que no cabe esperar que el Estado ante el que se presentó la primera demanda dicte una resolución susceptible de ser reconocida y ejecutada en ese otro Estado. Cabe dudar de que la mera aplicación de reglas comunes de competencia —y ley aplicable— sea suficiente para justificar a nivel internacional la imposición de esa obligación con un alcance tan amplio.

### 3. COMPETENCIA JUDICIAL

Las reglas de competencia se hallan contenidas en los arts. 5 y 6. Este último contempla el régimen de los acuerdos de elección de foro, diferenciando entre los celebrados con posterioridad al hecho generador del daño y los anteriores a ese momento. Estos últimos se someten a significativas restricciones, incluyendo la exigencia de que se celebren entre partes que desarrollen una actividad comercial. Las circunstancias que rodean a los litigios en esta materia determinan que los acuerdos de elección de foro tengan normalmente una importancia residual.

En síntesis, el art. 5 de la Resolución atribuye competencia con alcance global a los tribunales de los Estados en los que se localice cualquiera de estos cuatro criterios: *a*) donde tuvo lugar la «*critical conduct*» por parte del supuesto responsable; *b*) el domicilio («*home State*») del demandado; *c*) el Estado donde se hayan producido o puedan producirse las consecuencias

<sup>9</sup> SSTJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/02, EU:C:2013:635, apdo. 42, y de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apdo. 32.

<sup>10</sup> Como ejemplo más reciente, aunque referido a un sector específico y distinto del de la lesión de los derechos de la personalidad, véase la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, C-172/18, EU:C:2019:674, apdos. 52 y 57.

lesivas en mayor medida («*most extensive injurious effects*»), y *d*) el domicilio de la víctima si el contenido en línea estaba accesible en ese Estado o la víctima sufrió daño ahí. La competencia atribuida con base en los criterios *c*) y *d*) queda excluida si el demandado prueba que *a*) no obtuvo beneficio significativo porque el contenido estuviera disponible en el foro y *b*) no era razonable prever que el contenido estaría accesible en el foro o que la conducta del demandado causaría daño en ese Estado.

En general, se trata de criterios que responden a una conexión con el litigio tal que puede justificar la atribución de competencia con alcance ilimitado y, de hecho, en general se basan en elementos que normalmente permitirían atribuir competencia con ese alcance en sistemas tan significativos como los de la UE y, con todos los matices, el de Estados Unidos. Esa conclusión se impone porque estos criterios de competencia van referidos solo a demandas «*seeking to redress or to prevent an injury to a person's right of personality*», de modo que en principio no operan con respecto al eventual ejercicio de acciones por parte del supuesto infractor.

No obstante, la caracterización de alguno de esos criterios de conexión puede ser fuente de incertidumbre y menoscabar su eventual aplicación uniforme. Tal es el caso de la concreción de qué se considera como «*critical conduct*» relevante a los efectos del art. 5.1.a). Asimismo, en virtud del art. 4.c), la determinación de cuál es el Estado en el que se han producido o puedan producirse las consecuencias lesivas en mayor medida («*most extensive injurious effects*») debe hacerse conforme a la ley del foro. La renuncia a una interpretación uniforme de esos criterios y la remisión a la legislación del foro pueden ser fuente de descoordinación y dificultar la armonía en la aplicación de estos criterios en las situaciones en las que conductas causan efectos significativos en varios Estados.

Como complemento a la observación antes realizada acerca del «criterio mosaico», puede cuestionarse la exclusión por completo de la posibilidad de que tribunales distintos a los del domicilio del demandado y a los del Estado en el que se producen «*the most extensive injurious effects*» puedan conocer, pese a que se trate de un Estado en el que la conducta produce efectos muy significativos. La atribución a los tribunales de un Estado en el que la conducta produce daños significativos de competencia limitada a su territorio resulta un criterio plenamente razonable, aunque conduzca a una fragmentación que en la práctica es plenamente coherente con la fragmentación jurídica a nivel mundial, con la geolocalización de las actividades en línea y con la posibilidad de adoptar medidas que restrinjan el acceso a los contenidos únicamente desde el foro.

#### 4. DERECHO APLICABLE

La posibilidad por las partes de elegir la ley aplicable aparece contemplada en el art. 8 con restricciones paralelas a las previstas en el art. 6 para los

acuerdos de elección de foro. Habida cuenta de la limitada trascendencia práctica de la elección de la ley aplicable en estas situaciones, la disposición fundamental en materia de ley aplicable es el art. 7, que aparece dividido en cinco apartados. Cada uno regula por separado la ley aplicable en función del criterio determinante de la atribución de competencia en el caso concreto: los recogidos en los apdos. *a)* a *d)* del art. 5 más la elección del tribunal por las partes en virtud del art. 6.

Cuando la competencia se basa en cualquiera de los criterios de los apdos. *a)* a *d)*, la ley en principio aplicable es la del foro, si bien, salvo en el primer supuesto —foro del lugar de la «*critical conduct*» del supuesto responsable— en los demás se prevén ciertos correctivos que pueden llevar a que la ley aplicable sea otra distinta a la del foro, como la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación, la ley del país en el que tuvo lugar la «*critical conduct*» del demandado o la ley del país en el que se producen «*the most extensive injurious effects*». Asimismo, cuando el fundamento de la competencia es un acuerdo atributivo de competencia y el tribunal designado por las partes no coincide con ninguno de los enumerados en los apdos. *a)* a *d)* del art. 5, se prevé que en esos casos la ley aplicable será la del Estado que presenta los vínculos más estrechos.

La aplicación como criterio preferente de la ley del foro resulta apropiada en esta materia, con conexiones tan estrechas con el orden público, habida cuenta de la trascendencia de la ponderación entre derechos fundamentales para fijar los límites a la licitud de estas conductas. Ahora bien, el art. 7 establece una estructura especialmente compleja con soluciones no exentas de dificultades. Por ejemplo, no queda claro por qué la ley aplicable ha de ser la del país en el que tuvo lugar la «*critical conduct*» del demandado incluso en situaciones en las que la información iba dirigida y produce efectos significativos únicamente en otros Estados. En la medida en que hay situaciones en las que la ley aplicable puede no ser la del foro, llama la atención que no se contemple el eventual recurso al orden público. La complejidad reseñada es de prever que limite la relevancia de la Resolución como modelo para los legisladores nacionales y regionales, al tiempo que la indefinición respecto de algunos de los criterios de conexión menoscaba su potencial armonizador.

## 5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

La Resolución opta por no establecer un régimen específico de reconocimiento e incorporar por referencia el grueso del nuevo Convenio de La Haya de 2 de julio de 2019, que precisamente excluye en los apdos. *k)* y *l)* de su art. 2.1 la materia objeto de la Resolución. Como complemento a esa remisión, el art. 9 de la Resolución contempla un doble control específico, de la competencia judicial y de la ley aplicada. Si el tribunal de origen ha establecido su competencia y determinado la ley aplicable al fondo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 ó 6, por una parte, y 7 u 8 de otra, la decisión

extranjera será reconocida si cumple con los requisitos establecidos en los arts. 4, 7 a 10 y 13 a 15 del Convenio de la Haya. Se trata de una remisión que encuentra su fundamento en que la formulación de buena parte de esas condiciones del Convenio de La Haya responde a estándares ampliamente aceptados a nivel internacional, incluso procedentes de otros instrumentos de la propia Conferencia de La Haya.

Sin entrar a valorar las posibles dificultades inherentes a una remisión como la contenida en la Resolución, debe destacarse que en la práctica el principal obstáculo al reconocimiento y ejecución en esta materia es el orden público<sup>11</sup>. Se trata de un motivo de denegación del reconocimiento que depende del ordenamiento jurídico del Estado requerido y que la Resolución, habida cuenta de su limitado objeto, no contribuye a armonizar. La trascendencia del orden público como límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones limita la trascendencia práctica del «principio holístico» sobre el que se basa la Resolución y cuestiona la completa marginación de la posibilidad de atribuir competencia con alcance territorialmente limitado, que da lugar a medidas que típicamente no requieren el reconocimiento y ejecución en el extranjero (al menos cuando se trata de condenas no pecuniarias).

## 6. REFLEXIÓN FINAL

La Resolución constituye un valioso referente para la evolución del DIPr en materia de vulneraciones de derechos de la personalidad en línea, con la plasmación de ciertos estándares que pueden ser relevantes tanto en la evolución de las normas en la materia como en la aplicación de los sistemas actuales. Ahora bien, el limitado objeto y el grado de complejidad de las normas contenidas en la Resolución, unidos a la indeterminación de alguno de los criterios de conexión en los que se basa, pueden condicionar su valor como referente para los legisladores nacionales y regionales en la materia. En los trabajos futuros en esta materia dos grupos de cuestiones adicionales deben merecer especial atención: el tratamiento de los llamados prestadores de servicios intermediarios, a través de cuyos servicios típicamente se difunden los contenidos lesivos, así como la determinación del alcance espacial de los mandamientos judiciales frente a actividades ilícitas en línea.

**Palabras clave:** derechos de la personalidad, Internet, Derecho internacional privado.

**Keywords:** personality rights, Internet, conflict of laws.

---

<sup>11</sup> Junto al orden público también el control de la competencia del tribunal de origen como mecanismo para reaccionar frente a riesgos de *forum shopping* ha desempeñado un papel especialmente importante, como refleja la adopción en Estados Unidos de la *2010 Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage (SPEECH Act)* 28 USC §§ 4101-4105.

## UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN DEL IDI SOBRE INTERNET Y LA VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO «HOLÍSTICO» Y LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—2.1. Reducción insuficiente del *forum shopping*.—2.2. Erradicación incompleta del criterio de la mera accesibilidad.—3. DERECHO APLICABLE: LA *LEX FORI* Y SUS EXCEPCIONES.—4. CONCLUSIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DIPR UE.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La adopción por parte del Instituto de Derecho Internacional de la Resolución «Internet y la vulneración de la privacidad: cuestiones de competencia judicial, ley aplicable y ejecución de resoluciones extranjeras» (en adelante la Resolución) el pasado 31 de agosto de 2019, llega en un momento en el que resulta más pertinente que nunca abordar la adopción de normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea (en adelante DIPr UE) en esta materia. La razón de esta pertinencia es triple.

En primer lugar, la desafortunada utilización con creciente asiduidad de aplicaciones informáticas (blogs, redes sociales, Whatsapp, etc.) para divulgar *fake news* o «posverdades» con carácter inmediato, y con un impacto mundial; y la generalización y sofisticación del tratamiento automatizado de datos personales por los operadores económicos sobre todo con la llegada de la inteligencia artificial. Ambos fenómenos deben llevar a reafirmar la im-

---

\* Profesor titular de Derecho internacional privado (Universidad de Alicante), [aurelio.lopez@ua.es](mailto:aurelio.lopez@ua.es). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PROMETEO/2018/088 «El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado» (Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 14 de noviembre de 2019.

portancia que los derechos de la personalidad tienen en la sociedad actual y sus fórmulas de protección. Teniendo en cuenta el alcance global de estas actividades, este replanteamiento de la regulación existente debe incluir necesariamente el DIPr.

En segundo lugar, la importante labor realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la relación entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad no ha sido suficiente para reducir las diferencias existentes entre las legislaciones internas en la materia en relación con cuestiones tales como los diferentes derechos de la personalidad protegidos, los mecanismos para su protección, o la ponderación de estos principios en la práctica<sup>1</sup>. Esto genera inseguridad jurídica no solo en los medios de comunicación, sino también en otros operadores económicos cuyas actividades, de un modo u otro, pueden afectar a los derechos de la personalidad de los usuarios (p. ej., porque gestionan datos personales). Esta inseguridad jurídica se ve acrecentada por la «regla del mosaico» establecida por el TJUE en materia de competencia judicial internacional<sup>2</sup>; y por la necesidad de recurrir a las normas de conflicto nacionales a la hora de determinar la ley aplicable, las cuales presentan importantes diferencias<sup>3</sup>. En definitiva, a día de hoy la vulneración de los derechos de la personalidad sigue siendo una materia que se presta a la práctica del *forum shopping*, o *libel tourism*<sup>4</sup>.

En tercer lugar, debe recordarse que los mayores obstáculos para la introducción de una normativa especial en la materia (especialmente en el Reglamento Roma II) llegaron por parte del Reino Unido<sup>5</sup>. Pues bien, la decisión adoptada por este país de abandonar la UE elimina este obstáculo.

2. Resulta, por tanto, posible y necesaria la tramitación de una normativa especial de DIPr UE en materia de vulneración de derechos de la personalidad, acompañada o no de una armonización sustantiva<sup>6</sup>.

Ante esta circunstancia, merece la pena analizar la Resolución para identificar elementos que pudieran servir de modelo para esa reforma, en particular en lo que se refiere a la competencia judicial y el Derecho aplicable.

---

<sup>1</sup> HESS, B., «The Protection of Privacy in the Case Law of the CJEU», en HESS, B. y MARIOTTINI, C. M. (eds.), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 81 y ss., esp. p. 88; esp. pp. 322-327.

<sup>2</sup> STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y Martinez*, asuntos C-509/09, y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

<sup>3</sup> Se puede obtener una visión de conjunto en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «The Internet - Privacy and Rights relating to Personality», *Recueil des Cours*, vol. 378, 2016, pp. 263 y ss., esp. pp. 391-395.

<sup>4</sup> HARTLEY, T., «Libel Tourism and Conflict of Laws», *ICLQ*, vol. 59, 2010, pp. 25-59.

<sup>5</sup> DIKINSON, A., *The Rome II Regulation*, OUP, 2008, par. 3.219 y ss.

<sup>6</sup> J. J. Álvarez condiciona la efectividad de cualquier regulación de DIPr en la materia, con esta armonización de los aspectos sustantivos (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad», *AEDIPr*, vol. 11, 2011, pp. 89 y ss.).

## 2. EL PRINCIPIO «HOLÍSTICO» Y LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

3. Las cuestiones de competencia judicial internacional vienen reguladas en los arts. 5 y 6 de la Resolución, si bien también es necesario referirse al art. 3.

De acuerdo con el art. 6, las partes pueden elegir el tribunal competente con carácter previo o posterior al nacimiento del litigio, circunstancia que no será muy habitual en la práctica. En su defecto, el art. 5 ofrece hasta cuatro foros de competencia alternativos en los que la víctima puede presentar la demanda:

a) Los del «Estado en el que la persona cuya responsabilidad se reclama llevó a cabo la conducta crítica»<sup>7</sup> [art. 5.1.a)].

b) Los del «Estado de residencia (*home State*)<sup>8</sup> de la persona cuya responsabilidad se reclama» [art. 5.1.b)].

c) Los del «Estado en el que se produjeron o se pueden producir los efectos más vulneradores»<sup>9</sup> [art. 5.1.c)].

d) Los del «Estado de residencia de la persona que sufrió o puede sufrir la vulneración si el material publicado era accesible desde ese Estado o la persona sufrió allí la vulneración» [art. 5.1.d)].

De acuerdo con el art. 5.2, en los dos últimos supuestos, el tribunal no podrá declararse competente si el demandado demuestra que: a) «no obtuvo ningún beneficio pecuniario u otro beneficio significativo por el hecho de que el material publicado fuera accesible desde el Estado del foro», y b) «una persona razonable no pudo prever que el material sería accesible desde el Estado del foro, o que la conducta de esa persona causaría una vulneración en ese Estado».

4. Si atendemos al «principio holístico» previsto en el art. 3, una vez determinada la competencia judicial de un tribunal de acuerdo con estas disposiciones, ningún otro tribunal podrá declararse competente<sup>10</sup>. Se evita, así, la posibilidad de que se presenten demandas relativas a una misma vulneración de derechos de la personalidad ante los tribunales de diferentes Estados. Y ello aunque una demanda esté referida la vulneración cometida en el territorio de un Estado, y otra a los daños producidos en el territorio de ese otro Estado.

<sup>7</sup> Entendiendo por tal la «autoría, carga, almacenamiento o divulgación de la información que resulta ser la principal causa de la vulneración» (art. 1.8).

<sup>8</sup> Véase definición en art. 1.11.

<sup>9</sup> En la versión en inglés, «*most extensive injurious effects*».

<sup>10</sup> El apdo. 2 establece únicamente dos excepciones: el tribunal ante el que se presentó la primera demanda ha suspendido el procedimiento o ha inadmitido la demanda; el procedimiento ante este primer tribunal se está demorando excesivamente y no es previsible que concluya en un periodo de tiempo razonable.

El «principio holístico» implica la eliminación de la regla del mosaico, algo sobre lo que en la UE está de acuerdo tanto la doctrina<sup>11</sup> como el abogado general<sup>12</sup>. Se favorece, así, la previsibilidad, la buena administración de justicia y se evitan conductas fraudulentas consistentes en la presentación de acciones opresivas en procedimientos paralelos<sup>13</sup>.

No obstante, la Resolución no reduce suficientemente las posibilidades de *forum shopping*, lo cual resulta criticable. Ello es debido a que se prevé un número excesivo de foros alternativos, y a la indefinición de algunos de los conceptos utilizados en la Resolución.

## 2.1. Reducción insuficiente del *forum shopping*

5. En primer lugar, el foro del lugar de comisión de la «conducta crítica» es prescindible<sup>14</sup>. Como explica el Informe sobre la Resolución<sup>15</sup>, en la mayoría de los casos este lugar coincidirá con el domicilio del demandado, o bien con la localización de un establecimiento del demandado desde el que la información se ha hecho accesible en Internet. Es decir, analizado desde la perspectiva del DIPr UE, en estos casos el foro es innecesario: en el primer caso será aplicable el art. 4, y en el segundo el art. 7.5 R. Bruselas I.

El único supuesto en el que este foro puede aportar un foro alternativo es cuando el lugar de comisión de la conducta crítica no coincide con ninguno de esos lugares. Pero en tal caso se corre el riesgo de atribuir la competencia a tribunales con una escasa vinculación con el litigio. Efectivamente, una información injuriosa puede ser puesta a disposición en Internet por una persona que está de viaje desde una habitación de hotel a través de un portátil, o incluso desde un aeropuerto gracias a un dispositivo móvil. Abrir las puertas al foro del lugar de comisión de la conducta crítica sin ningún tipo de excepción como la establecida para los foros del art. 5.1.c) y d) atenta contra la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultados. No se puede justificar, además, como podría ocurrir en litigios acaecidos en el mundo analógico, en que los elementos de prueba se encuentran en ese Estado.

6. En segundo lugar, la distinción entre el foro del lugar donde se produjeron los efectos más vulneradores [art. 5.1.c)], y el del Estado de la víctima [art. 5.1.d)] resulta problemática.

<sup>11</sup> HESS, B., *op. cit.*, nota 1, p. 98, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 2, p. 349.

<sup>12</sup> Conclusiones del abogado general de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen* (asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:554), apdos. 73 y ss.

<sup>13</sup> Conclusiones del abogado general de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, apdo. 88.

<sup>14</sup> Esta no es una opinión unánime en la doctrina. Así, por ejemplo, el abogado general en sus Conclusiones de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, apdo. 92, defiende su aplicación.

<sup>15</sup> Me refiero al Informe de la 8.ª Sesión de la Comisión (p. 268), elaborado por los profesores E. Jayme y S. Simeonydes. Disponible en <http://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/06/Commission-8-Internet-and-privacy-infringement-Symeonides-Travaux-La-Haye-2019.pdf>. Debe advertirse que se ha trabajado con el informe publicado a 11 de noviembre de 2019, el cual no estaba referido a la versión final de la Resolución.



De acuerdo con el Informe, la combinación de ambos foros permitiría cubrir los supuestos regulados por el criterio del centro de intereses de la víctima establecido por el TJUE. Así, el primer caso se correspondería con el centro de intereses de la víctima cuando se trata de una persona jurídica, y el segundo con el de la persona física<sup>16</sup>. A mi modo de ver, la distinción presenta matices importantes.

De la STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*<sup>17</sup>, no puede extraerse, como sostiene el Informe, que el centro de intereses de una persona jurídica se presume que está allí donde sufre los daños más lesivos, sino en el «lugar en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica»; y si no es posible determinar el Estado miembro en el que dicha actividad es preponderante, el foro no resultará aplicable. A mi modo de ver, la interpretación acogida por la Resolución y la propia indefinición del término «efectos más vulneradores» ofrece un margen mucho mayor a las víctimas para practicar el *forum shopping*, con lo cual se menoscaba la seguridad jurídica y previsibilidad de resultados.

Del mismo modo, si bien el art. 5.1.d) puede llevar al mismo resultado que la aplicación del criterio del centro de intereses de la persona física, no debe desconocerse que el foro también es aplicable cuando la víctima es una persona jurídica la cual, de acuerdo con el art. 1.11, tiene su Estado de residencia allí donde se encuentra su sede estatutaria, su centro de actividad principal o el Estado de acuerdo con cuya ley se ha establecido. En definitiva, la definición amplia de «Estado de residencia» favorece al demandante-persona jurídica que, potencialmente, puede elegir hasta tres Estados donde presentar la demanda.

Si bien en ambos casos resulta posible para el demandado cuestionar la competencia del tribunal a partir de la excepción del art. 5.2, debe recordarse que para que resulte aplicable deben cumplirse las dos condiciones establecidas.

## 2.2. Erradicación incompleta del criterio de la mera accesibilidad

7. La Resolución también prevé, aunque no de manera absoluta, la erradicación del criterio de la mera accesibilidad. Se trata de una cuestión sobre la que también existe acuerdo doctrinal<sup>18</sup>, que ha sido propuesta por el abogado general<sup>19</sup> y que incluso el TJUE ha dejado entrever en sus últimas decisiones<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Pp. 269 y 270.

<sup>17</sup> Asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apdos. 41 y 43.

<sup>18</sup> Entre otros, HESS, B., *op. cit.*, nota 1, p. 98, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 2, p. 349.

<sup>19</sup> Conclusiones de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, apdos. 78 y ss.

<sup>20</sup> En la Sentencia *Bolagsupplysningen*, el TJUE ha establecido la imposibilidad de solicitar medidas que tienen naturaleza unitaria o indivisible (p. ej., la rectificación de los datos o la supresión de contenidos almacenados en un sitio *web*) ante los tribunales de un Estado miembro desde el que la

Así, el art. 5.1.d) permite a la víctima presentar la demanda ante los tribunales de Estado de su residencia si la información es accesible desde ese Estado. No obstante, el tribunal deberá declararse incompetente si el demandado demuestra: a) que la información no tenía una finalidad comercial, y b) que no pudo prever que la información sería accesible desde ese Estado o que causaría daño en ese Estado (art. 5.2).

Según el Informe, la introducción de esta excepción persigue evitar que particulares o pequeños empresarios que publican información en blogs, sitios *web* o redes sociales puedan ser demandados en Estados a los que no tenían intención de dirigirse<sup>21</sup>.

8. A mi modo de ver, el primer requisito resulta criticable. Su supresión conseguiría alcanzar resultados más adecuados. Y ello por dos razones.

Para empezar, no resulta justificado que, si el demandado persigue una finalidad comercial, los tribunales del Estado de residencia de la víctima puedan resultar competentes por el simple hecho de que la información es accesible desde ese Estado. Esto supone volver abrir la puerta al criterio de la accesibilidad, pero con consecuencias mucho peores pues, de acuerdo con el principio «holístico», el tribunal tendrá competencia para conocer de todos los daños, con independencia del lugar donde se hayan producido. Si bien es cierto que, en estos casos, el demandado puede solicitar la aplicación de la ley del Estado donde se produjeron los efectos más vulneradores (art. 7.4), esto no reduce la inseguridad jurídica en materia de jurisdicción.

Pero, además, la redacción de la disposición no garantiza que todos los particulares y pequeños empresarios estén a salvo del *forum actoris*. En la actualidad, las modernas técnicas de publicidad programática ofrecidas por empresas como Google, Outbrain o Amazon, permiten que los anuncios que aparecen en un sitio *web*, un blog o una cuenta en una red social sean personalizados en atención a la localización geográfica de la persona que accede a la información. En la medida en que el titular de esa información reciba parte de las ganancias que generan dicha publicidad, es muy poco probable que pueda invocar la excepción.

### 3. DERECHO APLICABLE: LA *LEX FORI* Y SUS EXCEPCIONES

9. El principio «holístico» no solo implica que únicamente puede haber un tribunal competente para conocer de la vulneración de derechos de la personalidad. También significa que ese tribunal conocerá de dicha acción en atención a una única ley, independientemente del número de Estados en los que se dejen sentir los efectos de la vulneración.

---

información es accesible (apdo. 48). También se ha desechado este criterio en materia de marca UE en la STJUE de 5 de septiembre de 2019, asunto C-172/18, *AMS Neve*, ECLI:EU:C:2019:674.

<sup>21</sup> P. 271.

Dicha ley viene determinada por los arts. 7 y 8. El segundo otorga a las partes la facultad de elegir el Derecho aplicable antes o después del nacimiento de la controversia. En defecto de elección, la primera disposición establece como regla general la aplicación de la *lex fori*<sup>22</sup>, sujeta a dos excepciones:

a) Cuando la demanda se presenta ante los tribunales del Estado donde se produjeron los efectos más vulneradores, la persona perjudicada puede solicitar la aplicación de la ley del lugar de comisión de la conducta crítica.

b) Cuando la demanda se presenta ante los tribunales del Estado de residencia de la víctima, el demandado puede solicitar la aplicación de la ley del Estado donde se han producido los efectos más vulneradores.

Se trata de una solución original, que hasta donde conocemos, no es acogida en ningún Estado miembro ni en la propuesta inicial de Reglamento Roma II<sup>23</sup> ni en ninguna de las propuestas de regulación ofrecidas por el Parlamento Europeo<sup>24</sup> o la doctrina<sup>25</sup>.

Según el Informe, su elección responde a su simplicidad, a que favorece una buena administración de justicia y a que garantiza una adecuada ponderación de los intereses de demandantes y demandados<sup>26</sup>. No obstante, la consecución de estos objetivos precisaría de algún ajuste a la regulación propuesta.

10. Por un lado, en algunos supuestos, la solución *lex fori* puede implicar la aplicación de la ley de un ordenamiento con una escasa vinculación con el litigio. Tal será el caso cuando la demanda se presente ante los tribunales del lugar de comisión de la conducta crítica (art. 7.2); o ante los tribunales del lugar de producción de los efectos más vulneradores y el demandante demuestre que la conducta crítica ocurrió en otro Estado (art. 7.3). Las razones anteriormente expuestas para justificar la supresión del foro de competencia del art. 5.1.a) son aplicables para criticar este criterio de determinación de la ley aplicable.

Esta escasa vinculación también existe si la víctima presenta la demanda ante los tribunales del Estado de su residencia habitual y el demandado no prueba que los efectos más vulneradores se han producido en otro Estado, o no consigue acreditar el contenido de la ley de ese otro Estado (art. 7.4). La prueba de estos elementos puede ser difícil para personas físicas o pequeños empresarios que se han visto imposibilitados de cuestionar la competencia de estos tribunales con base en la excepción prevista en el art. 5.2. En tales supuestos, la ley aplicable será la del Estado de residencia habitual de la víctima, la cual no tiene porqué coincidir con la del Estado donde se producen

---

<sup>22</sup> De acuerdo con el art. 7.5, cuando el tribunal competente haya sido elegido por las partes, y coincida con uno de los previstos en el art. 5, se aplicará igualmente la *lex fori* sujeto a las excepciones del art. 7. Cuando no coincida se aplicará la ley más estrechamente vinculada.

<sup>23</sup> Art. 6, en Doc. COM(2003) 247 Final.

<sup>24</sup> Art. 5 bis, la propuesta está publicada en *DOUE C 261E*, de 13 de septiembre de 2013.

<sup>25</sup> Hess, B., *op. cit.*, nota 1, p. 110.

<sup>26</sup> P. 275.

los efectos más vulneradores por lo que la vinculación con el litigio no está garantizada.

11. Por otro lado, la solución propuesta no responde a una adecuada ponderación de los intereses de las víctimas y los medios de comunicación. La única opción de la víctima de elegir la ley más favorable se da en el supuesto de que presente la demanda ante los tribunales del Estado donde se producen los efectos más vulneradores. En tal caso, puede optar entre la ley de ese Estado, o la del Estado de comisión de la conducta crítica (art. 7.3).

En el resto de supuestos, o bien se aplica la ley del Estado de la residencia del demandado o de comisión de la conducta crítica (art. 7.1 y 2); o bien es el demandado el que puede elegir entre la ley del Estado de la residencia de la víctima o, en el caso de ser otro, la del Estado de producción de los efectos más vulneradores. Es decir, se aplicará una ley que presumiblemente favorecerá los intereses del medio de comunicación.

A mi modo de ver, no resulta justificado que la víctima disponga de una *optio legis* cuando demanda al medio de comunicación ante los tribunales del Estado de producción de los efectos más vulneradores, pero no cuando lo demanda ante los tribunales de su residencia habitual o del Estado de comisión de la conducta crítica (donde, presumiblemente, el medio de comunicación tendrá un establecimiento).

#### 4. CONCLUSIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DIPR UE

12. La Resolución puede aportar una solución adecuada en el plano internacional y, en particular, en Estados que requieren de una regulación *ex novo* de la materia. No obstante, desde el punto de vista del DIPr UE no parece aconsejable incorporar las soluciones propuestas a una reglamentación especial en la materia. Ello es debido a que los criterios reguladores existentes en la UE son muy diferentes a los que sirven de base a la Resolución. Me refiero, en particular, al criterio del centro de intereses de la víctima, y al principio *lex loci damni*.

En este sentido, nos parece una solución más acorde con estos principios y menos compleja que la propuesta en la Resolución, el establecimiento de un único foro de competencia especial basado en el criterio del centro de intereses de la víctima tal y como viene definido por el TJUE para las personas físicas y personas jurídicas.

Por su parte, los beneficios que comporta la aplicación de la *lex fori* puede venir garantizada, de manera más sencilla, mediante una norma de conflicto especial diseñada a partir de ese mismo criterio y que favorezca, así, la correlación *forum-ius*.

En la medida en que el centro de intereses de la víctima se encuentra en el lugar donde se han producido los daños más vulneradores del derecho de

la personalidad considerado, resulta muy difícil atribuir la competencia a los tribunales de un Estado o dar entrada a una determina ley a partir del criterio de la mera accesibilidad.

**Palabras clave:** derechos de la personalidad, Internet, Derecho internacional privado.

**Keywords:** personality rights, Internet, conflict of laws.



### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Coordinación a cargo de  
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
(Derecho Internacional Público)  
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS  
(Derecho Internacional Privado)  
Inmaculada MARRERO ROCHA  
(Relaciones Internacionales)

#### AUTO 00153/2019 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 24 DE PALMA DE MALLORCA, DE 2 DE SEPTIEMBRE. *UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN\*

1. El *Ingenio Santa Lucía* era propiedad de Santa Lucía Company, S. A., y de la sociedad civil Sánchez Hermanos cuando fue nacionalizado por el nuevo gobierno de Cuba el 1 de enero de 1960 (Ley 890, de 13 de octubre). El Estado cubano ostenta desde entonces la titularidad de estos terrenos que administra la sociedad estatal Grupo Gaviota, S. A. Esta sociedad firmó un contrato con la mercantil Meliá, S. A., cuyo establecimiento principal se encuentra en Palma de Mallorca, cediéndole la gestión y explotación de los terrenos de la hacienda en Playa Esmeralda.

2. Central Santa Lucía, sociedad estadounidense sucesora de Santa Lucía Company, S. A. y de la sociedad civil Sánchez Hermanos, presentó una demanda contra Meliá ante los tribunales españoles (Juzgados de Primera Instancia de Palma de Mallorca) por enriquecimiento injusto (sobre la base del art. 455 CC) reclamando una compensación económica. La demandante explica lo injusto del enriquecimiento de Meliá por la explotación de los terrenos de Playa Esmeralda, al beneficiarse conscientemente de la expropiación, que considera ilícita, realizada por el gobierno cubano.

Obviamente se trata de un litigio en materia civil, con elementos extranjeros, que enfrenta a sujetos de Derecho privado estando el demandado domiciliado en la Unión Europea (UE). La fuente normativa aplicable para deter-

---

\* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

minar la competencia judicial internacional es, sin perder de vista la fecha de interposición de la demanda (3 de junio de 2019), el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas I bis-RBIBis; DOUE L 351/12, de 20 de diciembre de 2012) siempre que no se aborden situaciones que queden fuera de su alcance material. En concreto, debe tenerse en cuenta que el Reglamento excluye de su ámbito de aplicación los actos *iure imperii* (art. 1.1).

Más allá de los casos no cubiertos por el Reglamento, la prelación de fuentes lleva a excluir la aplicación de la LOPJ y de la LEC salvo cuando sus preceptos remiten a las normas internas. Por lo demás, la interpretación unívoca del Reglamento es autónoma respecto de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y viene marcada por las decisiones que, sobre el mismo y sus antecesores (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento 44/2001), ha adoptado el actual Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) a través de la resolución de cuestiones prejudiciales.

3. Frente a la interposición de la demanda, el demandado planteó declinatoria que fue estimada por Auto el 2 de septiembre de 2019 (núm. 155/19). El auto, apelado ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, acoge argumentos relativos a la inmunidad de jurisdicción del Estado cubano, así como otros que entroncan con la aplicación de los criterios de competencia judicial internacional. En los párrafos que siguen se reflexionará sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en este asunto atendiendo a las consideraciones vertidas al respecto en el auto estimatorio de la declinatoria. Como se tendrá ocasión de observar, la calificación de la acción es lo que condiciona el enfoque jurídico de la cuestión.

4. En primer término, resolver sobre la existencia o inexistencia de inmunidad de jurisdicción resulta determinante para poder hacer frente a la cuestión de la competencia judicial internacional. Si se establece la existencia de inmunidad, los tribunales españoles carecen de jurisdicción y, consecuentemente, tampoco cuentan con competencia judicial internacional. Así, dictaminar la falta de jurisdicción hace innecesario abordar el alcance de los criterios normativos que conducen a afirmar o rechazar la competencia.

Dado que la fuente normativa de referencia es el RBIBis y este ha de ser interpretado de manera autónoma, el alcance de la exclusión de las acciones relativas «a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta *iure imperii*)» (art. 1.1) viene determinado por la interpretación que de ella hace el TJUE. En consonancia con la asentada jurisprudencia y doctrina internacionalpublicistas, el TJUE reconoce que cuando el Estado actúa como autoridad pública, los litigios quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento. Asimismo, ha establecido que «para determinar si una materia está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento [...] debe identificarse la relación jurídica existente entre las



partes en litigio y examinar la fundamentación y modalidades de ejercicio de la acción entablada» (Sentencia de 9 de marzo de 1917, asunto C-555/15, *Pula Parking*, § 34).

Por tanto, el hecho de que la acción, por una parte, enfrente a dos sujetos de Derecho privado y, por otra, se plantee como «enriquecimiento injusto», no impide necesariamente afirmar la existencia de inmunidad de jurisdicción<sup>1</sup>. En este asunto, la demanda expone que el pretendido enriquecimiento injusto, causa de la acción, deriva de un presunto ilícito internacional cometido por el Estado cubano al nacionalizar el *Ingenio Santa Lucía*. Para poder determinar la existencia de tal ilícito, el tribunal español se vería abocado necesariamente a juzgar la adecuación a Derecho de un acto de poder del gobierno cubano; la nacionalización, lo que supondría violar la inmunidad de jurisdicción de Cuba. En esta línea, la doctrina ha señalado que los «litigios *derivados* de procedimientos de expropiación forzosa» suponen la intervención de la autoridad pública en su condición de tal, por lo que quedan cubiertos por la exclusión<sup>2</sup>.

En definitiva, no resulta imprescindible que la acción que sirve de base a la demanda verse sobre la nacionalización o expropiación llevada a cabo por Cuba para que, conforme a una interpretación autónoma del Reglamento, la materia quede excluida de su ámbito de aplicación. Es suficiente que, para resolver el litigio planteado, el juzgador nacional de un Estado miembro haya de entrar a valorar una actuación de poder estatal de otro país. Esto concuerda con lo que, en última instancia, disponen la normativa (art. 21 LOPJ, art. 36 LEC y art. 9 LO 16/2015) y jurisprudencia españolas, en las que el auto apoya su fundamentación sin hacer notar que constituyen las fuentes de referencia una vez que, en la escala de prelación normativa, se establece la inaplicabilidad del Reglamento. Además, el auto también concluye la existencia de inmunidad al considerar que la demanda ejercita «*pretensiones relativas a un bien de propiedad estatal*», cuestión que, desde la perspectiva de la calificación, recibe atención más adelante.

5. Dando por sentado que, conforme a lo mantenido por el juzgado y la doctrina internacionalpublicista que ha estudiado el asunto (véase el comentario de A. G. López Martín en este número), existe inmunidad de jurisdicción, el auto dedica el FJ 2 a analizar si los criterios de competencia judicial internacional del RBÍbis (art. 24) y de la LOPJ (art. 22) permitirían establecer la competencia de los tribunales españoles en el asunto. Este aná-

---

<sup>1</sup> El análisis del tribunal en el caso de *Pula Parking* así lo revela, pues la gestión del aparcamiento público y el cobro del estacionamiento son actuación de interés local que realiza la empresa del Ayuntamiento. Aunque sus facultades derivan de un acto de autoridad pública, ni la determinación del crédito de estacionamiento —contractual— ni la acción para cobrarla requieren ejercitar prerrogativas públicas. El crédito ni va acompañado de sanciones derivadas del ejercicio del poder público, ni tiene carácter punitivo, sino que es la contrapartida de la prestación de un servicio (§§ 35 y 36).

<sup>2</sup> VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 98-99, y GÓMEZ GENÉ, M., «Ámbito de aplicación y definiciones», *Comentario al Reglamento UE núm. 2215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, Madrid, Thomson-Reuters, 2016, p. 60.

lisis, que también concluye en términos negativos, se realiza *ad abundantia* con el fin de dar seguimiento a los argumentos de las partes. De ahí que no parezca ocioso detenerse en sus razonamientos no sin antes reiterar que su eventual utilidad práctica se limita a aquellos litigios en los que, a diferencia de este, no se establezca la inmunidad de jurisdicción. Como se ha señalado, por esta causa el RBIbis excluye el litigio de su ámbito material de aplicación y, paralelamente, la LOPJ establece la falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

6. De entrada, el domicilio del demandado se encuentra en España, concretamente en Mallorca, lo que llevaría a afirmar la competencia internacional general de estos tribunales (art. 4 RBIbis). No obstante, la calificación de la acción y, a partir de ahí, la posición que se adopte sobre la «bilateralización» de los fueros exclusivos, determinan la conclusión que se alcance sobre la competencia de nuestros tribunales.

7. Llegados a este punto, la primera cuestión residiría en resolver si la demanda versa sobre derechos reales relativos a bienes inmuebles, como pretenden los demandados y estima el tribunal de instancia, o si, por el contrario, consiste en la reclamación de la responsabilidad extracontractual derivada de un enriquecimiento injusto, como, más allá de la falta de inmunidad, plantean los demandantes tanto en su demanda como en la apelación del auto que resolvió la declinatoria. A la luz del auto, no parece baladí insistir en que, por más análogas que sean las normas del RBIbis y de la LOPJ, la hipotética aplicación del primero parte de la calificación de la acción conforme a su interpretación autónoma.

8. La demandante plantea una reclamación de cantidad por enriquecimiento injusto apoyándose en el art. 455 CC. La injusticia trata de explicarse por razón de la nacionalización/expropiación (para la que usa el término «confiscación»), que se dice ilícita, de un bien inmueble. Es esta la que permite a la demandada obtener beneficios por la gestión y explotación de hoteles situados en dicho territorio tras la firma del correspondiente contrato con Gaviota, entidad pública que gestiona el *Ingenio*.

El RBIbis no se refiere expresamente al enriquecimiento injusto o sin causa. Recurriendo a los tribunales del lugar del hecho dañoso, el Reglamento facilita un fuero especial en «materia delictual o cuasidelictual» (art. 7.2), definido por TJUE con carácter general y en términos amplios como «obligaciones extracontractuales», requiriendo tan solo una relación de causalidad directa entre los hechos y sus consecuencias<sup>3</sup>. Si bien el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II, *DOUE* L 199/14, de 31 de julio de 2007), cuenta con una norma expresa sobre enriquecimiento injusto (art. 10), hasta la fecha, no se tiene noticia de un

---

<sup>3</sup> Sentencias del TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-375/13, *Kolassa*, § 44, y de 16 de junio de 2016, asunto C-12/15, *Universal Music*, § 24, señalan que esta expresión «comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado que no esté relacionada con la “materia contractual”».

concepto autónomo preciso del mismo<sup>4</sup> cuyo uso pueda, cuando menos, ser utilizado como referente para aplicar las normas de competencia judicial internacional. Así, la calificación de una concreta demanda por enriquecimiento injusto se determinará atendiendo al objeto y causa de la acción<sup>5</sup>.

El fuero especial para los litigios relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles establece el carácter exclusivo de la competencia de los tribunales de los Estados miembros del lugar en el que estén sitos en el RBIBis (art. 24). Aunque en términos unilaterales, este fuero exclusivo se recoge igualmente en la LOPJ (art. 22).

Una dilatada y consolidada jurisprudencia del TJUE ha sentado la excepcionalidad de los fueros exclusivos del RBIBis, que deben interpretarse restrictivamente (STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-560/16, *E.ON*). En esta línea, el TJUE entiende comprendidas en el fuero de los derechos reales sobre bienes inmuebles únicamente las acciones *in rem*, excluyendo cualquier reclamación *in personam*, ya sea derivada de obligaciones contractuales o extracontractuales<sup>6</sup>. Bien podría decirse que el hecho de que, para evaluar lo justificado del enriquecimiento, sea necesario atender a la expropiación de bienes inmuebles, no supone que la demanda discuta la propiedad o los derechos reales de los mismos. Es más, las demandantes no parecen reclamar ni la propiedad, ni la posesión, ni ningún otro derecho real sobre los bienes inmuebles en cuestión, sino una compensación económica. Sobre esta base, parece difícil dar acogida a la calificación de la acción como real en el marco del RBIBis.

Sin embargo, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 455 CC (STS de 14 de enero de 2014), esto es, apoyándose en el Derecho interno, la juzgadora de instancia califica la acción como real. Siguiendo al Tribunal Supremo recuerda que el deber compensatorio de quien se enriqueció injustamente «anida en un fundamento de sanción» que «se concreta en una deuda indemnizatoria» lo que, sin embargo, «no altera la unidad conceptual y sistemática de la figura (enriquecimiento injusto) en torno a su configuración como una única acción de restitución». Así, al considerar que la solicitud de indemnización económica deriva de la injusta obtención de los frutos resultantes de la (ilícita) posesión del bien inmueble, y teniendo en cuenta que ha de considerarse como una «única acción», la califica como real atendiendo al Derecho y la jurisprudencia nacionales.

9. Por lo demás, hay que notar que en el RBIBis este fuero exclusivo se refiere a los inmuebles situados en Estados miembros, no siendo este el caso de Playa Esmeralda. Esto no supone que, cuando el criterio dirija hacia la

<sup>4</sup> En el terreno de la ley aplicable, el Reglamento Roma II lo recoge (injusto o sin causa, según la versión lingüística). Abogando por la adopción de un concepto autónomo, MOURA VICENTE, D., «El enriquecimiento sin causa en el Reglamento Roma II», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, octubre de 2016, núm. 2, pp. 292-305.

<sup>5</sup> En este sentido, citando la sentencia del TJCE en el asunto *Kafelis*, se pronuncian MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels Regulation*, Munich, Selliert, 2011, p. 235.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 352-353.

jurisdicción de Estados no miembros de la UE, haya que proceder necesariamente a una «bilateralización», también llamada «efecto reflejo», de la regla; de manera que se entienda que los tribunales de tales Estados tienen competencia judicial exclusiva. El RBIBis no contempla la bilateralización de sus normas de competencia. En principio, idéntico planteamiento se mantiene en la LOPJ respecto de los tribunales españoles que, no obstante, han acogido la doctrina del efecto reflejo en alguna ocasión.

Aunque, respecto de sus predecesores, el RBIBis avanza en la atención a las actuaciones judiciales en Estados no miembros al introducir la litispendencia y la conexidad extracomunitarias (arts. 33 y 34), el planteamiento de estas normas vistas, además, a la luz del considerando 24 del Reglamento, deja claro que la existencia de una eventual competencia exclusiva de aquellos tribunales no impide que entren a conocer de un asunto los de los Estados miembros. Lo mismo podría decirse de los arts. 38 a 40 de la LCJI.

A pesar de las diferencias doctrinales, la bilateralización de los criterios de competencia es respaldada especialmente cuando la ejecución de la decisión adoptada en un Estado no miembro fuera a resultar imposible en la UE<sup>7</sup>. En el caso de referencia, esto supondría plantearse el reconocimiento en nuestro país de una eventual sentencia cubana relativa a un enriquecimiento injusto que, siguiendo el planteamiento del auto, sería adoptada por un tribunal cubano con competencia exclusiva. De entrada, no parece que esto pudiera plantear especiales dificultades aplicando, obviamente, la LCJI.

10. En conclusión, la consideración de la demanda como una acción real solo parecería asumible en caso de aplicar la LOPJ y, por tanto, calificarla conforme a nuestro Derecho interno. En todo caso, la eventual existencia de una competencia exclusiva de los tribunales cubanos como consecuencia de esta calificación y en virtud de un efecto reflejo de los criterios de competencia (pues no parece que se haya acreditado la normativa cubana) ya fuera del art. 24 RBIBis o del art. 22 LOPJ, no parecería estar justificada puesto que una eventual decisión de los tribunales cubanos sobre el enriquecimiento injusto relativo a inmuebles sitios en Cuba podría ser reconocida y ejecutada en la jurisdicción española. Así las cosas, el fuero general del domicilio del demandado (art. 4.1 RBIBis) conduciría a establecer la competencia de los tribunales españoles.

Por lo demás, de asumirse la calificación extracontractual de la acción sobre la base del RBIBis, también podría establecerse la competencia de los tribunales españoles si llegara a acreditarse que el hecho dañoso se causa o se sufre directamente en España, posibilidades, especialmente la segunda, que se anticipan improbables (art. 7.2 RBIBis).

En definitiva, con el planteamiento sobre el efecto reflejo de los criterios de competencia judicial exclusiva descrito, la diferencia entre la califica-

---

<sup>7</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado* (vol. I), Granada, Comares, 2018, p. 749. La cuestión ha suscitado opiniones diversas, mostrándose algunos a favor de la bilateralización de los fueros exclusivos (entre otros, P. MAYER, V. HEUZE, D. BUREAU y H. MUIR-WYATT).

ción de la acción como real o extracontractual no tendría efectos prácticos sobre la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles porque, como se ha indicado, esta habría de establecerse en todo caso a su favor. Todo ello, claro está, siempre que no hubiera existido inmunidad de jurisdicción.

11. Lo antedicho pone de relieve que la determinación de la competencia judicial en este asunto —y en los que pudieran llegar a plantearse por presuntos afectados por las expropiaciones cubanas— solo está relacionada contextualmente con la decisión del Presidente Trump, adoptada el pasado abril, de levantar la suspensión de aplicación del Título III de la Ley estadounidense de Libertad y Solidaridad Democrática con Cuba (Helms-Burton). Este título permite a los ciudadanos estadounidenses (incluidos los que adquirieron la nacionalidad tras la revolución cubana) iniciar acciones ante un tribunal federal contra quienes se beneficien del tráfico comercial de bienes que les fueron expropiados sin compensación tras la revolución de 1959. No parece casual que la demanda se presentara poco después de que se decidiera reactivar este instrumento.

Cabe, además, hacerse eco de las noticias de prensa que dan cuenta de la preocupación de las autoridades españolas por las consecuencias que el levantamiento de esta suspensión puede tener sobre las empresas españolas que operan en Cuba y en Estados Unidos, así como del inicio en Florida de acciones judiciales contra la propia Meliá que, por otra parte, también parece haber alcanzado algunos acuerdos extrajudiciales con herederos de quienes fueron propietarios de bienes cubanos expropiados.

En esta línea, baste señalar que el reconocimiento y ejecución de las decisiones que se obtengan en Estados Unidos al amparo de la Ley Helms Burton queda expresamente prohibido en virtud del Reglamento 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (*DOUE* L 309/1, de 29 de noviembre de 1996, art. 4).

**Palabras clave:** jurisdicción y competencia judicial internacionales, declinatoria, calificación, derechos reales, obligaciones extracontractuales, fueros exclusivos.

**Keywords:** international jurisdiction, motion on jurisdiction, classification, rights in rem, non-contractual obligations, exclusive forum.



AUTO 00153/2019 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA  
NÚM. 24 DE PALMA DE MALLORCA,  
DE 2 DE SEPTIEMBRE. *LA EXPROPIACIÓN  
DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN CUBA, ACTO IURE  
IMPERII AMPARADO EN LA INMUNIDAD  
DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO*

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN\*

1. Con fecha 3 de junio de 2019<sup>1</sup>, la sociedad estadounidense Central Santa Lucía, L. C., presentó demanda de juicio ordinario (núm. 542/2019) dirigida contra Meliá Hotels International, S. A. Admitida a trámite, la parte demandada interpuso una declinatoria por falta de jurisdicción y de competencia judicial internacional la cual fue estimada por Auto de 2 de septiembre de 2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, por el que se decreta igualmente el sobreseimiento de las actuaciones y condena a la parte actora al pago de las costas. En su auto, la jueza de Palma acepta los argumentos alegados por la demandada que vienen referidos de manera previa y fundamental a la existencia de inmunidad de jurisdicción del Estado cubano y, en consecuencia, a la falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

2. A la vista de tal conclusión, lo primero que cabe preguntarse es cómo ha fundamentado su decisión en dicho razonamiento dado que el Estado de Cuba no estaba expresamente incluido en la demanda. En efecto, la demanda presentada por Central Santa Lucía (sociedad sucesora de la entidad Santa Lucía Company, S. A., y de la sociedad civil Sánchez Hermanos propietarias de unos terrenos que fueron expropiados por el Gobierno castrista en 1960) se presentó contra una persona jurídica privada domiciliada en Mallorca que había obtenido una autorización para gestionar y explotar los referidos terrenos que son ahora propiedad de Gaviota, S. A., sociedad del Estado cubano. Según el literal de la demanda, Central Santa Lucía reclama a Meliá una

---

\* Catedrática de Derecho internacional público de la UCM. Email: [anagama@ucm.es](mailto:anagama@ucm.es).

<sup>1</sup> El presente procedimiento trae causa de una previa solicitud de conciliación tramitada bajo Auto de Conciliación 1036/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Palma.

cantidad equivalente a los beneficios económicos obtenidos durante los últimos cinco años por la explotación de los hoteles situados en Playa Esmeralda—Sol Río de Luna y Mares y Paradisus Río de Oro— pues habría obtenido por ello *un enriquecimiento por «causa ilícita»*.

3. A la luz del contenido de las pretensiones y argumentos de la parte actora, la jueza ha entendido que, en realidad, el objeto del procedimiento pasaba obligatoriamente por el previo pronunciamiento acerca de la concurrencia o no de lo que la actora denomina «causa ilícita», en la medida en que su existencia es la que justificaría la reclamación presentada. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la correcta *identificación del objeto* de un proceso—*res de qua agitur*— es de suma importancia para que el proceso logre sus fines de justicia<sup>2</sup>. Es por ello que dicho pronunciamiento por parte de la jueza constituye un presupuesto previo y necesario para identificar claramente la acción que se pretende por la actora y determinar la jurisdicción y competencia. No cabe duda, por otra parte, de la legitimidad del órgano juzgador para proceder así, en la medida en que existe una vasta jurisprudencia según la cual los órganos judiciales no se encuentran vinculados tan solo por el literal de las peticiones de las partes contenidas en su suplico, sino que deberán pronunciarse acerca de todo aquello que necesariamente se derive de la acción efectivamente ejercitada<sup>3</sup>.

4. La ilicitud de la causa que se alega podría venir motivada, bien por la ilicitud del acto expropiatorio del gobierno cubano, bien del posterior negocio jurídico desarrollado por la demandada bajo el ordenamiento cubano. No se ha cuestionado por la actora la licitud del contrato de explotación concluido entre Meliá y Gaviota, celebrado ajustándose al Derecho interno cubano; por lo que el objeto del proceso no radica, *per se*, en dicha transacción mercantil. Por ello, la ilicitud de la causa solo puede venir referida a la forma en la que el Estado cubano adquirió la propiedad de los bienes sobre los que, posteriormente, se pacta la explotación a favor de Meliá y respecto de los cuales versa la demanda: el acto de nacionalización de los mismos. Siendo así, para que la jueza pueda determinar si se produce «causa ilícita» en el enriquecimiento reclamado, debía enjuiciar la licitud o no del acto expropiatorio. Justificada su competencia para abordar dicho enjuiciamiento y determinar las verdaderas pretensiones de la actora, la jueza procede a una sucinta exposición de la acción expropiatoria operada por el Gobierno cubano, recogiendo al efecto el relato recogido en la demanda. Dadas las inexactitudes del mismo, creemos necesarias unas apreciaciones al respecto.

5. En febrero de 1959, el gobierno revolucionario de la República de Cuba dictó una Ley Fundamental estableciendo los lineamientos básicos de un nuevo régimen político, económico y social, manteniendo algunas dis-

---

<sup>2</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Sujetos y objeto del proceso civil», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1999, núm. 5, p. 19.

<sup>3</sup> Véanse, entre otras muchas, STC de 2 de octubre de 2000 (RTC 2000/227), o STS de 25 de abril de 2007 (RJ 2007/2320).



posiciones de la Constitución de 1940 como las relativas a la propiedad de la tierra. El proceso de expropiación comenzó con la Ley de Reforma Agraria de 1959, continuó con la Ley 851 y se complementó con las Leyes 890 y 891 (13 de octubre de 1960), y 1.076 (5 de diciembre de 1962)<sup>4</sup>. Resulta así que las expropiaciones operadas en ese periodo se hicieron según disposiciones preexistentes de rango constitucional y legal del Derecho cubano. Entre ellas, se encuentra la que afecta al presente caso, expresamente recogida en el art. 1 —grupo A, 101— de la Ley 890 fundamentada en el art. 24 de la Ley Fundamental (expropiación por utilidad pública).

6. Alega la parte actora que dicha confiscación<sup>5</sup> es ilegítima según el Derecho internacional. Para valorar la exactitud de dicha afirmación es necesario exponer cuál era la regulación jurídica internacional relativa a la expropiación en esa fecha (*Derecho intertemporal*)<sup>6</sup>. Según afirmó el Relator Especial de la CDI, García Amador, en su 4.º informe sobre la responsabilidad de los Estados, «el derecho de “expropiación”, aún entendido en su más amplio sentido, está reconocido por el ordenamiento jurídico internacional [...] la acción de expropiar, pura y simple, constituye una actuación legítima de parte del Estado y, consecuentemente, no comporta por sí misma responsabilidad internacional alguna»<sup>7</sup>. Según ha reconocido la jurisprudencia internacional<sup>8</sup>, conforme al Derecho internacional, los derechos de propiedad dependen en cada Estado de su Derecho interno, y los derechos privados deben ceder ante los intereses y derechos de la comunidad, del Estado.

7. En coherencia con lo anterior, la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General declaró el derecho de los pueblos a disponer libremente de su riqueza y recursos naturales, estableciendo en su párr. 4 que:

<sup>4</sup> Cuyo propósito fue la expropiación de las demás propiedades de nacionales y extranjeros (norteamericanos, canadienses, suizos, españoles, franceses y británicos). Con relación a los cinco últimos, se celebraron acuerdos de indemnización global: Suiza, 2 de marzo de 1967; Francia, 16 de marzo de 1967; Reino Unido, 18 de octubre de 1978; Canadá, 7 de noviembre de 1980, y España, 16 de noviembre de 1986.

<sup>5</sup> La actora utiliza el término *confiscación*, a nuestro parecer erróneamente, pues la misma es una sanción penal que presupone un hecho punible previo y no lleva compensación alguna, lo que no se dan en el caso. Lo correcto sería hablar de *expropiación* o *nacionalización*; ambas constituyen una transferencia forzosa al Estado de activos de particulares —tanto nacionales como extranjeros— fundamentada en la «utilidad» o el «interés» público, con una compensación. La diferencia entre ambas radica en que la primera suele estar declarada por una norma adjetiva dentro de una norma superior y no mediante ley expresa; mientras que la segunda se basa en una legislación especial para el caso y no necesita norma preexistente. La existencia de norma superior preexistente —expropiación—, norma específica —nacionalización—, y compensación, se dieron en el presente caso; por ello, la dualidad terminológica señalada. A este respecto coincidimos con G. Fitzmaurice cuando afirma que «*la distinction entre l'expropriation et la nationalisation est plus une distinction de fait qu'une distinction de droit. Il ne voit pas de différence purement juridique [...]; le résultat est identique*» (*Annuaire del'IDI*, 1952, p. 255).

<sup>6</sup> Principio según el cual los hechos deben valorarse según el Derecho vigente en el momento en que tuvieron lugar.

<sup>7</sup> *Anuario de la CDI*, vol. II, 1959, pp. 11-12.

<sup>8</sup> Véanse, entre otras, *Arbitraje germano-portugués*, 1919 (UNRIAA, vol. II, p. 10), o caso *Ferrocarril Panevarzys-Saldutiskis*, 1939 (CPJI, serie A/B, núm. 76, p. 18).

«La nacionalización, la expropiación o la requisación deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacionales, los cuales se reconocen como superiores al mero interés privado o particular; tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en el ejercicio de su soberanía y en conformidad con el Derecho internacional».

Esta Resolución es expresión del Derecho consuetudinario en materia de nacionalización existente en la época —tal y como fue afirmado en el asunto *Topco/Calasiatic*—<sup>9</sup> el cual parte del reconocimiento de la soberanía exclusiva del Estado en todo lo referente a su estructura económico-social. Así pues, según el Derecho internacional vigente en el momento en que tuvo lugar el acto de expropiación cubana, el Estado tiene derecho a la expropiación siempre que la misma se fundamente en la utilidad o interés público que es superior al privado —como en el presente caso—, y que el particular reciba la *indemnización correspondiente* según el Derecho interno del Estado. Sobre esta última cuestión, la Ley 890 preveía en su art. 7 que los medios y formas de pago de las indemnizaciones correspondientes serían regulados por una ley posterior; lo que se hizo en la Ley 956, de 24 de agosto de 1961<sup>10</sup>. En ese preciso momento, el Derecho internacional no exigía que la compensación fuera apropiada<sup>11</sup> —como erróneamente afirma la parte actora en su recurso de apelación (p. 14)—, sino simplemente *correspondiente* a lo que determinase el Derecho interno del Estado que puede adoptar libremente en ejercicio de su soberanía, lo que parece cumplirse en relación con la propiedad de Santa Lucía. De lo expuesto cabría concluir que el acto de expropiación realizado por Cuba en relación con los terrenos que traen causa no constituye un acto ilícito según el Derecho internacional, tal y como afirma la actora. Más aún, debemos tener igualmente en cuenta que, en el presente caso, estamos ante una acción de un Estado respecto de un nacional suyo —Santa Lucía era cubana en el momento de la expropiación—, por lo que la calificación de hecho ilícito internacional queda totalmente excluida, así como la de responsabilidad de Cuba en relación con los mismos la cual es alegada de manera equívoca por la actora en su recurso de apelación (p. 16)<sup>12</sup>.

8. Reconducida la pretensión de la parte actora al verdadero objeto de estipular la licitud o no de la nacionalización de los terrenos pertenecientes, en

<sup>9</sup> Sentencia de 19 de enero de 1977 (*ILM*, vol. XVII, pp. 86-87). Es, además, culminación de un proceso iniciado con la Resolución 626 (VIII) de donde surge como concepto la «autodeterminación económica».

<sup>10</sup> GARREAU DE LOUBRESSE, C., «Les nationalisations cubaines», *AFDI*, 1961, pp. 220-224.

<sup>11</sup> El concepto de *indemnización apropiada* no se introduce hasta la Resolución 3281 (XXIX) de 1974, cuando afirma que «el Estado expropiante deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que considerara pertinentes».

<sup>12</sup> Tan solo cabría hablar de responsabilidad del Estado en relación con un nacional en el marco de algún mecanismo de control del Derecho internacional de los derechos humanos. A este respecto, debemos tener presente que en ese momento, 1959, y con relación a Cuba tan solo encontramos referencia al derecho a la propiedad en las Declaraciones Universal (art. 17) y Americana (art. 23) de Derechos Humanos de 1948, pero ambas son declarativas, sin valor jurídico vinculante; no existiendo tampoco mecanismo alguno de control de respeto al respecto.

su día, a Santa Lucía, la jueza procede a determinar si tiene jurisdicción para ello. Tal planteamiento previo resulta absolutamente correcto, en la medida en que se trata de valorar la actuación de un Estado extranjero, el cual, según el Derecho internacional puede estar amparado por la *inmunidad de jurisdicción*. La inmunidad es un privilegio fundamentado en el principio de igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet imperium*), según el cual, un Estado se abstendrá de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto a la inmunidad del mismo<sup>13</sup>.

9. Los fundamentos de Derecho recogidos en el auto al respecto vienen conformados por una variedad de disposiciones de Derecho interno: con carácter general, los arts. 36.2 LEC y 21.2 LOPJ y, de forma específica, la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros. Cabe hacer notar que la jueza obvia toda referencia al Derecho internacional en la materia, lo cual no deja de ser sorprendente si tenemos en cuenta que tanto el art. 36.2 LEC como el art. 21.2 LOPJ disponen que los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos formulados respecto de sujetos que «gocen de inmunidad de jurisdicción de conformidad con [...] las normas de Derecho internacional público». Ciertamente es que la jueza se fundamenta de manera correcta en lo dispuesto por la referida LO 16/2015, pero hubiera sido deseable, dado que estamos ante una materia específica de Derecho internacional público a la cual remite el propio legislador español, que se hubieran incorporado como fundamentos de Derecho las normas internacionales sobre inmunidades aplicables al caso concreto; a saber, la *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, de 2 de diciembre de 2004, a la que España se adhirió el 21 de septiembre de 2011. Pues, aunque la misma no ha entrado en vigor, es expresión del Derecho consuetudinario al que España está vinculado por su conducta.

10. Como bien señala el auto, la inmunidad de jurisdicción estatal ha evolucionado de una inmunidad absoluta a una concepción restrictiva de la misma basada en la distinción de la actividad del Estado según actúe revestido de poder público (*iure imperii*), o como un simple particular (*iure gestionis*), extendiéndose la inmunidad únicamente a los primeros. Así se recoge tanto en la normativa internacional, como en el Derecho interno español. Resultando que nuestra jurisprudencia es claramente tributaria de dicho planteamiento fijado en su momento por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 107/1992, de 1 de julio, según el cual los jueces y tribunales españoles están habilitados para ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud del imperio, sino con sujeción a las reglas del tráfico privado (FJ 4)<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Art. 6, *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, 2 de diciembre de 2004.

<sup>14</sup> Para un análisis detallado de dicha jurisprudencia, véase LÓPEZ MARTÍN, A. G., «Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España», *Cuadernos de Derecho Público*, 1999, núm. 6,

11. Siendo este el marco normativo y jurisprudencial de referencia, corresponde en el presente caso determinar si la actividad realizada por el Estado cubano objeto del proceso es un acto de imperio o de gestión. Es por y para ello que resultaba fundamental la determinación de cuál era realmente el objeto que, como se ha indicado, no era otro que la valoración de la ilicitud o no del acto expropiatorio de la propiedad de Santa Lucía. Planteamiento refutado por la parte actora que alega que la actividad a enjuiciar es la transacción mercantil realizada entre Gaviota y Meliá, la cual, a tenor de lo dispuesto en el art. 9 de la LO 16/2015 no está amparada en la inmunidad. Al afirmar, como hace en su escrito de impugnación de la declinatoria, que lo que se suplica es la condena basada en el ilícito enriquecimiento derivado de una actividad industrial ilegítima (p. 70) está obligando a la juzgadora, como ya se ha señalado, a pronunciarse de manera previa acerca de lo que necesariamente ha derivado en la supuesta actividad industrial ilegítima como parte de la propia acción, a saber, *el acto de expropiación*<sup>15</sup>. Ya se ha indicado que la expropiación de los terrenos de Santa Lucía fue llevada a cabo por la Ley 890, es decir, a través de un acto legislativo. No cabe duda alguna de que un acto legislativo es un acto de poder público que debe ser considerado como un acto *iure imperii*, amparado por la inmunidad de jurisdicción. En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia; tal ha sido el caso del Auto de la AP de Madrid núm. 192/2007, de 19 de septiembre, que calificó la legislación argentina en materia de bonos como una clara expresión de soberanía del Estado que no puede ser enjuiciada por los tribunales españoles (FFJJ 1 y 2).

12. Si bien el planteamiento hasta aquí expuesto por la jueza parece correcto y articulado de manera adecuada, no podemos dejar de hacer notar que incurre en una grave imprecisión en su argumento último del fundamento primero, cual es el relativo a que la demanda pretende ejercer pretensiones sobre bienes propiedad del Estado que ostentan inmunidad de jurisdicción. Debemos señalar que la protección que el Derecho internacional otorga a los bienes de Estado es la *inmunidad de ejecución*, en el sentido de su inembargabilidad<sup>16</sup>, y no la de jurisdicción; por lo que resulta desafortunada la simbiosis entre ambas figuras operada por la jueza. Ambas inmunidades exigen una consideración separada, en cuanto una y otra son enteramente diferenciables. Pues, la inmunidad de ejecución no se plantea hasta después de haberse decidido la inmunidad de jurisdicción en sentido negativo y hasta

---

pp. 157-184, y «Aplicación judicial de las inmunidades internacionales en España. Análisis de la práctica reciente», *Dereito*, vol. 25.1, 2016, pp. 21-52.

<sup>15</sup> Lo cual queda corroborado en el recurso de apelación presentado, donde la parte actora alega como antecedentes de su propia acción el acto de expropiación referido.

<sup>16</sup> Dispone el art. 17.1 de la LO 16/2015 que «los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero». Ahora bien, de manera paralela a la inmunidad de jurisdicción, la de ejecución también es relativa en el sentido de que solo son inembargables los bienes de Estado afectos a fines públicos, mientras que los destinados a fines de carácter comercial o mercantil —como pudieran ser los terrenos expropiados a Santa Lucía que se dedican a la explotación turística por parte del gobierno cubano— son susceptibles de embargo.

que no existe un fallo a favor del demandante y, además, referida a bienes sitos en el Estado del foro<sup>17</sup>. No es el caso.

A la luz de todos los argumentos expuestos, la jueza concluye que un tribunal español no puede entrar a valorar si la nacionalización acordada por un Estado soberano fue o no lícita. Frente a este auto, que no es firme, se interpuso recurso de apelación el 30 de septiembre de 2019<sup>18</sup>.

**Palabras clave:** expropiación, Cuba, inmunidad jurisdicción, *iure imperii*, *iure gestionis*.

**Keywords:** expropriation, Cuba, immunity from jurisdiction, *iure imperii*, *iure gestionis*.

---

<sup>17</sup> Tal y como ha establecido la reciente STS 517/2019, de 3 de octubre, en relación con la ejecución de varias sentencias contra Argentina.

<sup>18</sup> Poco después de dictarse el presente auto, la hotelera Meliá ha sido incluida junto a las OTA Booking y Expedia en una demanda interpuesta por tres familias de exiliados cubanos —Mata, Cantero y Angulo Cuevas— en un juzgado de Florida, por violación de la ley del embargo a Cuba, conocida como Ley Helms-Burton, después de que ninguna de las tres respondiera a un requerimiento de conciliación.



Sección coordinada por Jaume FERRER LLORET (Derecho Internacional Público), Andrés RODRÍGUEZ BENOT (Derecho Internacional Privado) e Inmaculada MARRERO ROCHA (Relaciones Internacionales)

### RECENSIONES<sup>1</sup>

ÁLVAREZ RUBIO, J. J., DE CASTRO RUANO, J. L., y SOROETA LICERAS, J. (dirs.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018/Vitoria-Gasteizeko Nazioarteko Zuzenbide eta Nazioarteko Harremanen Ikastoarak*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 470 pp.

En 2018 se cumplieron 35 ediciones de los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz. Un dato que ha de ser debidamente subrayado, por el compromiso que implica para con la difusión de los estudios sobre el Derecho internacional y las Relaciones internacionales en España, así como por la repercusión internacional de los mismos; sobre todo si atendemos al destacado número de ponentes y participantes extranjeros que han pasado por sus aulas durante todos estos años. La efeméride contó con una excelente programación que, como en cursos anteriores, ha dado lugar a la puntual publicación de las ponencias que dictaron seis notorios especialistas de tres nacionalidades distintas, en relación con las tres disciplinas que año tras año son objeto de análisis en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

En consideración al orden de publicación, la primera ponencia fue impartida por el Profesor Iordan Gheorghe Barbulescu, Catedrático de Relaciones internacionales —así como titular de una Cátedra Jean Monnet— en la Universidad Nacional de Estudios Políticos y Administrativos de Bucarest (Rumanía). En concreto, su trabajo versó sobre «La preadhesión de los países de Europa Central y Oriental a la UE, elemento clave de la unificación europea. El caso de Rumanía (1989-1996)». Sin duda, un lúcido estudio donde el profesor rumano expone el vertiginoso proceso de modernización que —desde las perspectivas social, económica e institucional— han experimentado estas jóvenes democracias. En relación con ello, en este trabajo se pone de relieve los beneficios que para tales países ha implicado la adhesión a la

<sup>1</sup> Se incluye en esta sección la recensión de la Prof. Mercedes Sabido Rodríguez a Javier Maseda Rodríguez, *La Ley aplicable a la titularidad original de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras creadas en el marco de una relación laboral*, Universidade de Santiago de Compostela, cuya publicación habría correspondido a la *REDI*, vol. 70, donde no consta por razones ajenas a los autores de libro y reseña.

UE (así como su contribución a la UE), al igual que señala los desafíos que todavía han de enfrentar en el marco del proceso de integración europea.

Seguidamente se sitúa el trabajo realizado por la Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Adriana Dreyzing de Klor, dedicado a la importante materia de «El Derecho Internacional de Familia actual: Sudamérica y su jurisprudencia». Un estudio que pone de manifiesto la importancia y el lugar central que actualmente ocupa el Derecho de familia, como sector que ha experimentado profundos cambios y que sufre una auténtica revolución en nuestros días. Algo que ha derivado en la superación de las tradicionales aproximaciones a la persona y a la familia, motivada por los cambios sociales que se han sucedido durante los últimos años, donde subyace la importancia que despliegan en su ordenación actual los instrumentos reguladores de los derechos humanos.

El tercer estudio se dedica a la «Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en el Reglamento (UE) 2016/1103», cuya autora es la Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo, Pilar Jiménez Blanco. Un estudio especialmente oportuno, debido a la actualidad de la materia que aborda, el cual destaca por su exhaustividad y por poner de manifiesto su impacto en nuestro sistema autónomo. Y ello, al analizar en profundidad la dimensión conflictual de este novedoso instrumento europeo (por lo que hace a su efectiva aplicación desde inicios de 2019), así como los problemas de delimitación con respecto a otros Reglamentos europeos con los que va a interactuar necesariamente.

Las Relaciones internacionales contaron con una nueva aportación en el capítulo escrito por el Diplomático español Alberto Navarro (actualmente Embajador de la UE en Cuba), dedicado al

interesante asunto que es «La nueva relación entre la Unión Europea y Cuba». Un estudio en el que, además de exponer y poner en valor el vigente Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la isla y la UE, sobresale por las atinadas propuestas tendentes a profundizar y fortalecer en esta relación. Todo ello, desde el profundo conocimiento que posee el autor de la realidad y la práctica de esta relación bilateral.

Ya en el ámbito del Derecho internacional público, la Profesora Agregada de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona, Helena Torroja Mateu, dedicó su curso a la compleja y vigente cuestión de la «Libre determinación de los pueblos *versus* secesión». Nos encontramos ante un extenso y esclarecedor estudio, donde analiza y deslinda de forma sistemática distintas figuras relacionadas con el principio de libre determinación de los pueblos (como la secesión o la separación) reguladas por el Derecho internacional, ante el riesgo de una incorrecta interpretación de tales conceptos jurídicos y sus derivaciones.

En último lugar, igualmente en la esfera del Derecho internacional público, cierra este volumen el estudio elaborado por el Catedrático de la Universidad de Cádiz, Alejandro del Valle Gálvez, sobre la «Política exterior española en el Área del Estrecho. Gibraltar, Ceuta y Melilla y Marruecos». Así, tras llevar a cabo un minucioso análisis comparativo de las diversas controversias que rodean a las tres ciudades mencionadas, situadas a ambos lados del Estrecho y con un innegable valor estratégico (no solo para España, sino también para Europa y el Mediterráneo). En este sentido, frente a una consideración aislada y desconectada de las controversias que suscitan (en razón a sus diferencias), el autor lleva a cabo un estudio propositivo donde se reclama una aproximación propia, interconectada y especializada para toda esta área geográfica (dadas sus semejanzas)



que oriente una posición estratégica de Estado sobre la misma.

El resultado de esta obra colectiva, como ya nos vienen acostumbrado desde hace años los organizadores de estos excelentes Cursos, constituye un interesante conjunto de trabajos, por medio de los que se abordan de forma equilibrada una pluralidad de temáticas que sobresalen por su gran actualidad e interés (tanto científico, como para el público en general). Unos estudios que, como se aprecia, van más allá de las conferencias donde se sitúa el origen de estos capítulos, al tratar con profundidad los distintos ámbitos seleccionados y por ofrecer relevantes aportaciones a las distintas disciplinas cultivadas por los autores. En este sentido, se debe destacar la se-

lección de los autores y de las temáticas por parte de los directores del Curso. Por todo ello, junto al reconocimiento a los autores por los resultados alcanzados en esta publicación, felicitar al equipo organizador (así como a las distintas instituciones que apoyan los Cursos y garantizan su continuidad) que año a año se mantiene fiel a esta significativa cita con los estudios sobre el Derecho internacional y las Relaciones internacionales, animándoles a continuar con tan elevada tarea que ha derivado en tan sobresalientes resultados doctrinales durante sus ya siete lustros de existencia. Eskerrik asko.

G. PALAO MORENO

Universitat de València

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.01>

BONET PÉREZ, J., *La internormatividad entre las dimensiones económica y social del ordenamiento jurídico internacional. ¿Un espacio jurídico para la actividad de los derechos económicos, sociales y culturales?*, Barcelona, Huygens Editorial, 2019, 189 pp.

Este libro tiene como marco general el pluralismo normativo, las conexiones materiales y jurídicas que encierran las distintas ramas y manifestaciones del Derecho internacional. En último extremo, la obra está vinculada al problema abordado por la doctrina, incluida la oficial de la Comisión de Derecho Internacional, de la fragmentación del Derecho de Gentes, fenómeno que Jordi Bonet no aprecia ni teme dada la coherencia sistémica que preside este ordenamiento jurídico.

Más en concreto, la obra objeto de esta reseña analiza vínculos que relacionan al Derecho internacional *tout court* con el Derecho internacional económico, al que Bonet le niega la condición de una estructura *self-contained*. Esas pasarelas son difíciles de delimitar, pues la economía es un factor transversal que penetra en el conjunto del Derecho internacional. Específicamente, el catedrático de la Universidad de Barcelona aborda, en los Capítulos 3 y 4 finales de su libro, la inci-

dencia de la protección internacional de los derechos humanos en el Derecho económico internacional y transnacional.

Con anterioridad, en los Capítulos 1 y 2, el libro hace interesantes consideraciones sobre el papel del Derecho y del Estado en la organización de las relaciones económicas internacionales. El Estado se ve ciertamente remodelado en este campo, mediatizado ciertamente por la interdependencia, la conectividad y la constricción de la soberanía. En efecto, el Estado asume en Derecho internacional económico, además de circunstancias que abiertamente lo desbordan, la convivencia jurídica con la regulación —autorregulación— de particulares de distinta laya. Esta privatización se ve, a su vez, complementada por una floreciente reglamentación internacional y supranacional, institucionalizada en organismos intergubernamentales, donde, desgraciadamente, el foro universal y más democrático de la ONU se ve postergado por otras

formaciones como el G-20, que no dejan de ser representación de lo que Bonet llama el «multilateralismo elitista» (p. 75). Aun con estos otros actores no estatales, interestatales o paraestatales, el Estado mantiene su hegemonía en las relaciones económicas internacionales, y acaso la reafirma con la reviviscencia del unilateralismo, el proteccionismo, el nacionalpopulismo y el menosprecio correspondiente del multilateralismo y el imperio de la norma internacional. Así las cosas, asistimos a una competencia desenfrenada, y a menudo ilegal y contraproducente, entre los propios Estados para ganar posiciones y ventajas en este ámbito: a un «mercado del derecho» (p. 66). Hay también *rogue states* en el mundo económico, ya lo creo.

Teniendo presente que el modelo capitalista, tantas veces sometido a promesas vanas de refundación, es un eje de las relaciones internacionales, la gobernanza económica es manifiestamente mejorable. Ante este estado de cosas, la invocación y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales se hace imperativa a fin de paliar las disrupciones del «mercado», de socializarlo y humanizarlo, y, asimismo, según reconocen últimamente apóstoles y profetas del neoliberalismo, a fin de ganar eficiencia económica mediante la corrección de la galopante desigualdad interna. En este sentido, el adelgazamiento del Estado, la desregulación, son malas prácticas. Hace falta más Estado, más políticas públicas frente al mantra, tan pernicioso, del control inflexible del déficit público, de la austeridad. A este propósito, las referencias al modelo y a las experiencias de la UE se echan de menos en la obra. No se trata de despotricar abiertamente de la globalización ni de fomentar una desglobalización egoísta, sino de tomar partido en un tema que es técnico, pero que también es político. Es encomiable, en este orden de ideas, la Agenda 2030 diseñada por Naciones Unidas en 2015 con sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (y sus 169 metas complementarias) que confi-

guran un modelo de desarrollo económico, ecológico, humano y social.

En cuanto a la penetración de los derechos humanos como parámetro de actuación e interpretación del Derecho económico internacional, objeto de la segunda mitad de la obra, Bonet se muestra razonable y comprensiblemente cauto, pues los valores liberales se imponen sobre consideraciones humanitarias. Así ocurre (Cap. 3) con la atribución a las empresas multinacionales y a los Estados de los que proceden de las violaciones extraterritoriales de los derechos fundamentales. Es verdad que se va construyendo un entramado público-privado de normas a tal efecto, pero la intensidad y la eficacia jurídicas de ese entramado es aún deficiente y reprochable.

Por otro lado (Cap. 4), la infiltración de los principios del Derecho internacional de los derechos humanos en las vertientes económicas (comercio, inversiones, cooperación para el desarrollo) está en un estado embrionario e incierto, perjudicado por esa competitividad feroz. La condicionalidad democrática, social y ambiental apunta hacia la contención del liberalismo desencadenado; pero el propio sistema de Naciones Unidas, con su enfoque funcional y sectorial entre sus organismos especializados (piénsese en el nexo comercio-trabajo entre la OMC y la OIT), dificulta la apropiada internormatividad, el enfoque integral de los problemas, nunca monocausales ni monotemáticos.

Obra no fácil de leer, pero de alto interés cívico y de gran valor científico, dotada de un amplio aparato doctrinal y documental, evocadora de problemas presentes y venideros; confirmadora, en suma, de la solvencia académica de Jordi Bonet y de su bien ganada especialización y reputación en el campo del Derecho social internacional.

J. ROLDÁN BARBERO

Universidad de Granada

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.02>

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. (dir.), *¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea? – Towards a new government of the economy in the European Union? – Para um novo governo da economia na União Europeia?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 315 pp.

La Unión Económica y Monetaria (UEM) constituye uno de los avances más importantes en el proceso de construcción europeo, pero sigue siendo aún una realización incompleta. Y es que, si bien se ha conseguido un marco duradero de estabilidad monetaria en Europa gracias a la competencia exclusiva de la UE en esta materia, con un sistema institucional propio bajo la tutela del Banco Central Europeo, el componente económico goza de una menor integración, solo coordinada entre los Estados miembros y acompañada de medidas de disciplina presupuestaria y financiera. La crisis de los últimos años ha propiciado, sin embargo, una mayor profundización de la vertiente económica de la UEM, dando lugar a un complejo marco de la gobernanza económica con nuevos instrumentos económicos, fiscales y financieros comunes. Ante este nuevo escenario, a nadie escapa la necesidad de contar con estudios científicos, como los que a continuación presentamos, que aborden con rigor los cambios que se están produciendo.

La obra, dirigida por el Profesor Francisco Jesús Carrera Hernández, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de La Rioja, se estructura en nueve capítulos. El primero de ellos, a cargo del director del trabajo, aborda la necesidad de reforzar la legitimidad democrática en el ámbito de la política económica a partir del examen de los informes elaborados en los últimos años, el renovado semestre europeo y la dinámica decisoria, en concreto, el papel del Eurogrupo y el Mecanismo Europeo de Estabilidad. El segundo de ellos, elaborado por Nicolás de Sadeleer (Université Saint-Louis) reflexiona sobre la sucesión de mecanismos de apoyo financiero y su contribución al reforzamiento de la disci-

plina fiscal, prestando especial atención al componente preventivo y a la vertiente correctora del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Los dos siguientes tratan, desde enfoques diferentes, cuestiones relativas al papel de las instituciones y a la legitimidad de sus decisiones. El Profesor José María Porrás Ramírez (Universidad de Granada) hace un análisis muy crítico de los desarrollos institucionales de la gobernanza económica, marcada por un funcionamiento tecnocrático y con un gran protagonismo político que puede distanciar aún más la Unión de la ciudadanía, lo que hace necesario una urgente reforma que la dote de una mayor legitimidad democrática de las instituciones europeas. La Profesora Ariadna Salazar Quiñonez (Instituto Nacional de Ciencias Penales de México), por su parte, explica la cooperación interparlamentaria en el seguimiento y control de las políticas en materia fiscal y presupuestaria.

Continúa la obra con una investigación bajo el título «The role of courts in economic governance in the European Union», donde Tamara Capeta (Universidad de Zagreb) analiza diferentes casos judiciales durante la crisis económica, agrupándolos en tres categorías: los que constituirían vulneración del principio democrático por falta de control presupuestario por la vía parlamentaria, los que suponían vulneración de derechos fundamentales (fundamentalmente sociales y laborales) y los que cuestionaban la delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros. Seguidamente el Profesor de la Universidad de Coimbra, Luís Pedro Cunha, repasa los desarrollos recientes de la política comercial de la UE, evaluando el impacto de los acuerdos de integración regional en el sistema mul-

tilateral del comercio, en tanto que Peter Van Elsuwege y Jolien Timmermans, investigadores del Ghent European Law Institute, se ocupan de la actual representación de la UE en el Fondo Monetario Internacional y de la base jurídica de los tratados constitutivos, que permiten una actuación más unificada, e indagan sobre la oportunidad de crear un Ministro Europeo de Economía y Finanzas.

El libro termina con un par de estudios sobre cuestiones que van más allá de la política económica de la UE pero con gran incidencia en ella. Isabel Cabrita (Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas de la Universidad de Lisboa) se centra en el marco jurídico de la política europea en materia de inversión internacional y Ángel Sánchez Hernández, Profesor de la Universidad de La Rioja, en la

política de desarrollo rural, deteniéndose en el examen del Reglamento 135/2013 por el que se establecen las ayudas a través del FEADER.

Consideramos, en suma, que estamos ante una obra de enorme actualidad integrada por un conjunto de contribuciones que analizan con rigor, desde diferentes perspectivas, los nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea. Es sin duda un trabajo que debe tenerse muy presente para todos aquellos estudiosos del Derecho de la UE que quieran conocer los cambios que se avecinan en este momento crucial del proceso de integración europea.

E. J. MARTÍNEZ Pérez

Universidad de Valladolid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.03>

DÍEZ PERALTA, E., *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho Internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 319 pp.

Esta obra, dedicada al matrimonio infantil y forzado en el Derecho internacional público (DIP), se enmarca en la, cada vez más nutrida, doctrina internacionalista que aborda problemas específicos de las mujeres desde la perspectiva del género y los derechos humanos. Con gran acierto, la Dra. Díez Peralta dedica un capítulo introductorio a una serie de consideraciones previas sobre la feminización del DIP, realizando algunas precisiones terminológicas y conceptuales de gran utilidad, para posteriormente pasar a desgranar los datos que reflejan la realidad de los matrimonios forzados de niñas y adolescentes en el mundo. Desde la perspectiva de la autora, la ola de feminización experimentada por el DI ha permitido la visibilidad de prácticas dañinas y discriminatorias que se ejercen contra mujeres y niñas, y este estudio es buena muestra de dicho fenómeno. Aun poniendo de manifiesto las carencias de una regulación jurídica insuficiente, este primer

capítulo realiza una contextualización necesaria de la lucha contra el matrimonio infantil, precoz y forzado en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Posteriormente, finaliza con una referencia a la metodología y objetivos de la obra, lo que se agradece enormemente, puesto que permite continuar con la lectura sin perder el hilo conductor y los objetivos perseguidos por la autora.

La estructura de la obra posee una gran coherencia, poniendo en conexión el matrimonio infantil y forzado con varias de las ramas del DIP. De este modo, tras el capítulo introductorio que sienta perfectamente el marco de análisis, se estudia el matrimonio infantil y forzado en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el Capítulo II. Este capítulo no solo hace referencia a la rama anteriormente mencionada, sino también al Derecho internacional de los refugiados. Lejos de la paz y en el contexto de los conflictos

armados, el Capítulo III examina el matrimonio forzado en las zonas afectadas por estos, englobando tanto el Derecho internacional humanitario como el Derecho internacional penal. Dicho examen precisaba, sin duda, de un análisis del matrimonio forzado en la jurisprudencia penal internacional de nuestros días, desde los Tribunales Militares de la Segunda Guerra Mundial, pasando por los Tribunales *ad hoc*, los mixtos e internacionalizados, para finalizar con la Corte Penal Internacional. Apartándose de la perspectiva internacional, o más bien ahondando en las repercusiones en nuestro ámbito interno de las medidas adoptadas en la escena internacional, nos encontramos con la práctica estatal española en el Capítulo IV. Dicho capítulo resulta de especial interés práctico si tomamos en consideración las reformas legislativas propiciadas en nuestro país en los últimos tiempos, incorporando el delito autónomo de matrimonio forzado en el Código Penal, y agregando el matrimonio forzado entre las finalidades de la trata de personas. La autora finaliza con un Capítulo V y una serie de reflexiones finales, que constituyen aportaciones relevantes a la doctrina científica en la materia. No se trata solo de una obra bien construida y documentada, con un enfoque acertado, sino que también contribuye a una reflexión crítica sobre el matrimonio infantil y forzado que posee aristas internacionales y nacionales.

Para la Dra. Díez Peralta, el matrimonio infantil y forzado aparece vinculado a grandes desafíos de nuestro tiempo, desde las situaciones de conflicto y problemas humanitarios, pasando por las crisis migratorias y los desastres medioambientales. La autora no pierde la oportunidad de poner el énfasis en el componente de género que poseen estas prácticas. Dicho componente aparecería como el eje transversal del cumplimiento global de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, lo que constituiría un gran logro de cara a evitar el matrimonio forzado de niñas. En cambio, en los sistemas regiona-

les de protección de los derechos humanos, constata la autora una protección desigual de las mujeres en cuanto al fenómeno analizado, destacando los esfuerzos realizados en el continente africano. Otro hallazgo, particularmente interesante, es el relativo a las dificultades de desarrollar una jurisprudencia coherente por parte de los tribunales penales internacionales en relación con los crímenes de género, lo que posee importantes consecuencias para el matrimonio infantil y forzado. Finalmente, en cuanto a la regulación nacional, la Dra. Díez Peralta señala que la lucha contra esta práctica ha de centrarse en la especificación en las legislaciones nacionales de la edad mínima para contraer matrimonio de dieciocho años, asegurando el registro de cualquier matrimonio ante una autoridad competente. En definitiva, la autora utiliza con eficacia el hilo conductor del enfoque de derechos humanos aunando la perspectiva de género para abordar el fenómeno del matrimonio infantil y forzado en el DIP. De esta manera, pone el acento, tanto en la introducción como en el desarrollo de su trabajo y en las reflexiones finales, en la eliminación de los estereotipos tradicionales y el desmantelamiento de las desigualdades que afectan a los derechos de hombres y mujeres.

Se trata, por tanto, de un estudio coherente y atractivo que pone el dedo en la llaga de varios de los problemas que subyacen al tratamiento del matrimonio infantil y forzado por parte de diversas ramas de nuestro ordenamiento jurídico internacional y nacional. La perspectiva de la autora y la legítima tarea desempeñada por la misma contribuye, pues, a dotar a este trabajo de un gran valor. Es valioso para la doctrina internacionalista y es valioso en cuanto realiza aportaciones significativas para este proceso de feminización del DIP. Proceso que, a estas alturas, es imparable.

C. QUESADA ALCALÁ

Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.04>

ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación civil y comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 363 pp.

El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación (2019) reconoce en su Exposición de Motivos que «España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos», que la mediación «continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad» y que, en consecuencia, es necesaria una «labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito».

La doctrina, por su parte, hace tiempo ya que reflejó desde un punto de vista técnico las bondades de la mediación. Son, en efecto, numerosos los trabajos publicados en España sobre este particular método de resolución de controversias (*ad ex.* en esta misma editorial, Barona Vilar, *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en España*; López Simo y Garau Sobrino, *Mediación en Materia Civil y Mercantil*); numerosos los comentarios a la Ley de Mediación y numerosos también los artículos que han analizado en profundidad los distintos aspectos que la mediación plantea. La conclusión que, en general, toda esta obra científica alcanza es contundente: por economía, rapidez y posible especialización de la solución, es un mecanismo de resolución de controversias necesario.

Esta monografía parte de esta última conclusión y colma una laguna doctrinal muy relevante: la perspectiva del Derecho comparado, con particular énfasis en el Derecho iberoamericano, pero sin dejar de lado las soluciones previstas en las leyes de los Estados europeos que han transpuesto la conocida Directiva 2008/52/CE.

Desde esta particular perspectiva de Derecho comparado, se analizan con particular detenimiento y acierto y a lo largo de siete epígrafes las cuestiones más relevantes en el ámbito de la me-

diación. En concreto, tras una necesaria ubicación de este método alternativo —o complementario— de resolución de conflictos (ep. I), el epígrafe II (Bases de la Mediación civil y Comercial) se centra en el análisis de los principios esenciales que subyacen a la misma: autonomía de la voluntad y confidencialidad, sin descuidar otros principios enumerados en legislaciones comparadas como pueden ser el principio de la buena fe, celeridad y flexibilidad. Los epígrafes III y IV —a mi juicio, particularmente importantes— analizan con particular detalle el marco normativo de la mediación (ep. III) y los participantes en la misma (ep. IV). El epígrafe V aborda el mismo procedimiento de mediación desde la perspectiva que supone la flexibilidad del mismo y analizando cuestiones tan relevantes como son el lugar, la duración y el coste de la misma. Por su parte, el epígrafe VI analiza los distintos escenarios —particularmente relevantes en la práctica— que se abren cuando finaliza la mediación: desde las consecuencias de su frustración, hasta su conclusión con acuerdo (o conclusión exitosa, en palabras del autor). Por fin, el último epígrafe (ep. VII) aborda la regulación de la mediación transfronteriza, haciendo especial hincapié en la cuestión que en términos de Derecho internacional privado es más relevante: la relativa a la eficacia extraterritorial del acuerdo de mediación.

El estudio en perspectiva de Derecho comparado del marco normativo de la mediación (ep. III) es tan completo como interesante. Partiendo del análisis de las bases normativas de esta institución, llama la atención el hecho de que la misma esté incluso referenciada en algunos textos constitucionales (como, p. ej., en Portugal). A partir de ahí, es también muy revelador tanto el hecho de que su regulación se haya acometido desde una perspectiva dualista o monista, como el

hecho de que en muchas regulaciones no se haya acometido una regulación específica de la mediación transfronteriza. Como demuestra el autor, una excepción a lo anterior se encuentra en el seno de la UE, donde con independencia del modelo seguido por el legislador de cada Estado miembro (monista o dualista) se constata la existencia a nivel comparado de una regulación específica para los supuestos de mediación transfronteriza. Esta circunstancia invita al lector a alcanzar una primera conclusión muy importante desde una perspectiva práctica, cual es que el operador económico dispone de una regulación sólida y estable como para embarcarse con importantes dosis de seguridad jurídica en una mediación intraeuropea.

Todavía inmersos en el estudio del marco normativo de la mediación, es necesario —como hace el autor— analizar con detalle la cláusula que está en el origen de la misma: el acuerdo de mediación. Origen ya de un importante cuerpo jurisprudencial (como detalladamente desgrana el autor), llama la atención —siempre en perspectiva de Derecho comparado— el hecho de que no haya sido convenientemente regulada en muchos ordenamientos jurídicos. En cualquier caso, es tal el elenco de supuestos descritos sobre la existencia, validez y, sobre todo, los efectos que la misma despliega en distintos ámbitos (sobre las

partes, el juez y el árbitro) que su atenta lectura se erige en un deber ineludible para cualquier práctico de la mediación. Y es que, tal y como se nos describe, son de tal envergadura las consecuencias que de este acuerdo se derivan, y es tal el volumen jurisprudencial que el mismo ha originado —lo que en sí mismo, es prueba de la relevancia de la cuestión—, que cualquier profesional del sector debe conocer las consecuencias que, en la práctica, tiene introducir un acuerdo de mediación en el contrato.

Muchos aspectos de capital interés son tratados con minuciosidad en epígrafes posteriores. Desde la importancia de la figura del mediador (cabría afirmar que una mediación vale lo que vale el mediador) hasta la ejecutabilidad del acuerdo de mediación, que puede variar en función de que la mediación haya sido intra o extra procesal. Otra vez, la relevancia de esta cuestión en la práctica exige de un atento estudio por cualquier profesional del sector. Lo mismo puede afirmarse respecto del último epígrafe, pues debe repararse, además, que de la verdadera eficacia extraterritorial del acuerdo alcanzado en la mediación dependerá, en buena medida, el éxito internacional de la misma.

M. GÓMEZ JENE

Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.05>

ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P., *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 353 pp.

Poner en el diván cincuenta años de Derecho internacional privado de la UE no es cualquier cosa. Lo saben bien quienes participaron en las terceras Jornadas AEPDIRI sobre temas de actualidad de Derecho internacional privado que se celebraron en la Universidad de Valencia el 25 de enero de 2018 y que han dado pie a esta publicación. Interesante, ne-

cesaria. Ha sido tal la intensidad legislativa de los últimos años en materia de Derecho internacional privado europeo (en adelante, DIPr europeo), que conviene de vez en cuando hacer un ejercicio de reflexión para calibrar los aciertos, los avances, los errores y también las dificultades de avanzar en la construcción de un espacio judicial europeo, que no

es otro el fin de este desenfrenado afán reglamentista.

De alguna manera, este trabajo responde a esta necesidad y por ello va a ser muy útil no solo para la academia, sino también para los operadores jurídicos, puesto que en su seno convergen tanto trabajos de situación genérica o de posición en los que se hace balance de estos cincuenta años, como trabajos más específicos sobre cuestiones concretas, todas ellas de relevancia para comprender el actual contexto en el que se enmarca el DIPr europeo.

Las quince contribuciones que componen esta obra, seis ponencias y nueve comunicaciones, contribuyen a realizar una fotografía muy completa de la situación. Están agrupadas bajo tres grandes títulos: «¿Vaso medio lleno o medio vacío? Una mirada crítica a cinco décadas de tarea codificadora de la UE»; «¿Cambio de paso o paso cambiado del DIPr europeo en un continente crecientemente heterogéneo?». Y «El techo de cristal del modelo europeo de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras». Títulos sugerentes y con contenido en los que se enmarcan contribuciones heterogéneas pero con cierto nexo común.

Así, el primer título, en el que se contienen las contribuciones de carácter más genérico, incluye las ponencias de Rafael Arenas García, «Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito», y de Sixto Sánchez Lorenzo, «Cincuenta años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro». En la primera el autor tiene como objetivo ofrecer una visión positiva de todo lo avanzado en estos cincuenta años (vaso medio lleno), mientras que en la segunda se exponen cuáles son las principales debilidades del sistema o «el lado oscuro» (vaso medio vacío). Esta era, al menos, la encomienda que se les hizo a los autores, según ellos mismos reconocen. Sin embargo, es complicado para un internacionalista, acostumbra-

dos como estamos a integrar la complejidad en nuestros razonamientos, a no dar pinceladas a ambos lados, pues el cuadro completo del sistema de DIPr europeo se nutre de claroscuros que configuran su singularidad y relevancia. De especial interés me ha parecido cómo, acompañado por el símil de la relación entre la Física y las Matemáticas, Sánchez Lorenzo presenta como la principal debilidad del sistema del DIPr europeo la carencia de un sistema de Derecho material europeo, de lo que se deriva la complejidad de hallar la coherencia en las decisiones de las autoridades públicas de los Estados miembros. Para ser precisos, considera que tenemos normas de DIPr europeo pero carecemos de un «sistema» de DIPr europeo (p. 68).

En este primer título se integran también las comunicaciones de Carmen Otero García-Castillón, «Especulaciones breves sobre la codificación del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea», y Lorena Sales Pallarés, «La codificación del Derecho Internacional Privado que ha de venir: ¿quién le pone el cascabel al gato?», que giran ambas en torno al mito de la codificación de las normas de DIPr europeo. Y dos contribuciones más, estas de carácter más específico, de Alexia Pato, «La regulación de las acciones colectivas transfronterizas en la Unión Europea: dificultades y recomendaciones», y Nikitas E. Hatzimihail, «The EU Private International Law and Civil Litigation Involving Third Countries, at Fifty».

El segundo título «¿Cambio de paso o paso cambiado del DIPr europeo en un continente crecientemente heterogéneo?», incluye las ponencias de Antonio Ripoll Soler, «¿La UE como factor de facilitación de la actividad del operador jurídico?», y de Marta Pertegás Sender, «El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interacción con otros procesos de codificación: La Haya». La primera aportando una visión desde la práctica de la aplicación del DIPr europeo del máximo interés, escrita con exce-



lente prosa y exponiendo una problemática de interés también para los teóricos del DIPr. La segunda abordando desde el conocimiento directo la coexistencia de la Conferencia de La Haya y la UE en sus respectivos papeles de argüidores de normas unificadas de DIPr. En este título se incluyen además las comunicaciones de María Jesús Elvira Benayas, «¿Cómo ha influido el Derecho procesal civil europeo en las reformas del procedimiento civil en España? (La interacción de las normas procesales civiles de la Unión en el modelo procesal civil español)»; de Beatriz Añoveros Terradas, «Economía colaborativa y normas de Derecho Internacional Privado europeo de protección del consumidor», y de David Carrizo Aguado, «La “aceptación” del documento público extranjero a la luz del Reglamento (UE) 2016/1104 sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas». Todas del máximo interés, pero me ha parecido especialmente interesante la contribución de la Profesora Añoveros, por la oportunidad de tratar una materia compleja como es la economía colaborativa, y el esfuerzo de darle forma desde la perspectiva del DIPr europeo.

El último título «El techo de cristal del modelo europeo de reconocimiento

y ejecución de resoluciones extranjeras», integra las ponencias de Ángel Espiniella Menéndez, «El techo de cristal del reconocimiento mutuo de decisiones. (A propósito de los cincuenta años del Convenio de Bruselas de 1968)», y de Francisco José Martín Mazuelos, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones en los reglamentos – visión práctica», y las comunicaciones de María Dolores Ortiz Vidal, «Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor», y de Sara Bernasconi, «The application of Brussels IIa to the circulation of out-of-court and private divorces within the European Area of Justice: current difficulties and future perspectives». En todos estos trabajos, se analizan desde diferentes ópticas lo que podríamos convenir que es la meta del sistema unificado de DIPr europeo: la necesidad de garantizar la libre circulación de las resoluciones en el espacio judicial europeo y su imbricación en el principio de reconocimiento mutuo. Se trata de un excelente broche final para un libro que estoy convencida que será objeto de frecuentes consultas y citas.

A. DURÁN AYAGO

Universidad de Salamanca

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.06>

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 256 pp.

La adopción en Marrakech, en diciembre de 2018, del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, puso de manifiesto una vez más las dificultades que encuentra el Derecho internacional a la hora de concretar regímenes jurídicamente vinculantes en el ámbito de la gestión de las migraciones por motivos económicos. Dicho intento topa invariablemente con la voluntad de los Estados de la Comunidad Internacional de retener dicha competencia y su ejercicio unilateral. Es este el pun-

to de partida de este interesante análisis, puesto de manifiesto por el autor en las primeras líneas de la introducción: el Derecho internacional público (DIP) asume que la competencia en materia migratoria, al menos en su vertiente puramente económica/laboral, es exclusiva del Estado. Sin embargo, advierte enseguida, no ha renunciado a regularla desde diferentes prismas, aunque sea parcialmente. Uno de ellos, fundamental en mi opinión, es aquel que busca imponer a los Estados obligaciones en rela-

ción con la garantía de los derechos de las personas migrantes. Se trata, desde luego, de un colectivo vulnerable a ojos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Determinadas circunstancias agravan además esa vulnerabilidad. Entre ellas, la irregularidad de la entrada y/o estancia en el territorio del Estado de acogida. Así las cosas, tiene sentido preguntarse por las obligaciones que impone el DI en relación con la garantía de sus derechos. O, en palabras del autor, si los inmigrantes en situación administrativa irregular tienen derecho a tener derechos. La respuesta del Prof. Fernández Sánchez es, sin caer en absoluto en el voluntarismo, decididamente afirmativa.

El trabajo se divide en cuatro partes. La primera aborda, ya desde este enfoque de DH, los fundamentos de la regulación del fenómeno migratorio por parte del DIP, sentando así las bases de la reflexión posterior. La segunda se centra en un actor fundamental en este sentido: la UE. Se trata, sin duda, de la Organización Internacional que más ha avanzado en el diseño e implementación de una política común de inmigración, también por motivos laborales, a partir de la cesión por parte de sus Estados miembros del ejercicio de esa competencia soberana. Aunque de naturaleza compartida, esta política común ha dado pasos significativos. Sobre todo, eso sí, en el ámbito de la lucha contra la inmigración irregular. En la tercera parte el autor recorre el proceso migratorio que tiene como destino el territorio europeo, haciendo especial hincapié en lo que él mismo denomina la fracasada gestión de los flujos migratorios irregulares en el Mediterráneo (pp. 163-177). La última parte examina determinados aspectos de la relación entre inmigración irregular y DIDH. A pesar de que, como ya se ha señalado, sigue siendo de naturaleza estatal la competencia para decidir sobre la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio, de un lado, y sobre el es-

tatuto jurídico de las personas migrantes en situación administrativa irregular, de otro, el Derecho internacional ha avanzado decididamente hacia la consolidación de un estándar mínimo de derechos que debe ser garantizado por los Estados también respecto de este colectivo. El derecho a ser rescatados cuando su vida o integridad está en peligro en el mar; los derechos derivados del principio de *non-refoulement* y de la necesaria garantía de su dignidad, determinados derechos colectivos y sociales, y la protección de los derechos de aquellos que sean internados en centros en espera de su expulsión, integran este estatuto y se examinan en este capítulo.

Considero destacables tres aspectos del trabajo del Prof. Fernández Sánchez.

El primero ya ha sido apuntado. Tal y como afirma el autor, la inmigración es susceptible de ser analizada desde diferentes perspectivas jurídicas. La elegida por el autor, centrada en los derechos, es en mi opinión especialmente valiosa, puesto que contribuye a superar las discriminaciones impuestas en razón de la nacionalidad y/o la situación administrativa, abogando por un DI contemporáneo centrado en las personas y no en los Estados.

Cabría señalar, en segundo lugar, el esfuerzo desplegado por el autor para completar un excelente análisis jurídico con otras perspectivas también explicativas del fenómeno migratorio. Resulta así muy interesante, por ejemplo, la definición del fenómeno en términos históricos y culturales realizada en las páginas 13 y siguientes, o la descripción de las rutas y las causas de la inmigración irregular que se aborda a partir de la página 124. Aunque resulta evidente que la regulación eficaz del fenómeno requiere de su comprensión precisa, lo cierto es que pocos trabajos acometen verdaderamente esta tarea.

En lo jurídico, y ese es el tercer rasgo que quiero resaltar, el trabajo tiene

en cuenta que el Derecho migratorio —también en lo que se refiere a los derechos de los inmigrantes en situación administrativa irregular— es un mosaico compuesto por normas internacionales, del Derecho de la UE y nacionales. Se trata, además, de un fenómeno multidimensional cuya regulación, en el plano internacional, se nutre de normas y reglas provenientes de diferentes sectores: el Derecho marítimo, el Derecho laboral, o el Derecho de los refugiados son algunos de ellos. De modo concienzudo y riguroso, el autor es capaz de sintetizar las aportaciones normativas y jurisprudenciales que definen jurídicamente

el complejo fenómeno migratorio desde cada uno de esos planos.

Además de su indudable interés para aquellos ocupados en la práctica del Derecho migratorio, esta obra contribuirá de modo decisivo a uno de los debates académicos de nuestro tiempo: el del papel que el DI debe jugar en defensa de los más débiles y en la consolidación de un marco jurídico internacional adecuado y suficiente para afrontar los retos que plantea la movilidad humana en el siglo XXI.

C. PÉREZ GONZÁLEZ

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.07>

GARCÍA PÉREZ, R. y LIROLA DELGADO, I. (dirs.), *Estrategia de Seguridad Marítima de España. Una Agenda de Actualización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 299 pp.

La *seguridad* es una cuestión nuclear frente a los retos que esta sociedad internacional presenta. En este caso, la seguridad marítima y los mecanismos existentes para abordar nuevos desafíos. Esta obra colectiva, que dirigen el Profesor García Pérez y la Profesora Lirola Delgado se divide en dos partes complementarias: la primera tiene como telón de fondo la Estrategia de Seguridad Marítima Nacional (ESMN), abordando temas conexos; la segunda parte analiza la ESM en el entorno regional, poniendo el acento en la labor de los Organismos Internacionales y nuestros Estados vecinos.

Si nos adentramos en la lectura del libro, el primero de sus capítulos presenta una visión en 360° de la ESMN, de la mano de Irene Blázquez Navarro, una de las personas que puede explicarla mejor, dada su condición de Jefa de la Unidad de Planeamiento Político-Estratégico del Departamento de Seguridad Nacional. Destacan las ideas de «cultura, estrategia y acción», junto al realismo. La seguridad marítima trae consigo numerosos desafíos, que requieren una visión holís-

tica. A ello pretenden responder los documentos analizados de forma minuciosa en esta contribución.

El Profesor Roldán Barbero realiza en el Capítulo II un estudio comparativo, con la ESMN como telón de fondo, de su conexión con las Estrategias de la OTAN y la UE, y la seguridad marítima internacional. Apuesta por un enfoque integral, en el que la seguridad marítima «comunica íntimamente con otros adjetivos asignados a la seguridad nacional», y con los prefijos bio o ciber. Alcanzar un maridaje del plano internacional, nacional y de la UE, atendiendo a la singularidad del mar es el objetivo a lograr.

Las delimitaciones pendientes y su relación con la seguridad marítima se abordan en el Capítulo III por la Profesora Orihuela Calatayud. España ha tenido que afrontar el trazado de fronteras marítimas con cinco Estados, si bien en su mayoría sigue pendiente. Las razones de ello son diversas (ausencia de consenso real, presencia de islas que complican el panorama, deseos de extender la plata-

forma continental, etc.). La cooperación, mediante acuerdos que atiendan a cada caso concreto, es clave.

El Profesor Gutiérrez Castillo analiza la interdependencia entre España y Marruecos y los retos que suscita en materia de seguridad. Estudia pormenorizadamente la necesidad de proteger el tráfico marítimo y las infraestructuras críticas, así como la vulnerabilidad de nuestras fronteras frente al tráfico ilícito de migrantes. Sin dejar a un lado los numerosos temas de delimitación pendientes, entre los que ocupa un lugar destacado Gibraltar y su entorno, así como Marruecos. Ilustrativos mapas ofrecen una idea de los problemas mencionados.

Los dos capítulos siguientes se abordan por personas vinculadas a las Fuerzas Armadas. Miguel Ángel Franco García en relación con las catástrofes marítimas y la relación entre seguridad nacional y protección civil en el mar, aboga por un sistema integrado, con un mando único de carácter técnico, hoy inexistente. La composición y mutabilidad del Consejo de Seguridad Nacional, del Comité de Situación y sus órganos, podrían dar como resultado la descoordinación e ineficiencia de las respuestas.

Como continuación de esta visión, Luis Curt García nos ilustra acerca de la guerra híbrida en el ámbito marítimo: un instrumento para actores diversos (con frecuencia, los no estatales). Se estudian las actuaciones de China (en el Mar de China Meridional, Mar de China Oriental y Océano Índico), de Rusia en el Mar Negro y el Báltico, de Irán y de Corea del Norte. Destaca la labor conjunta UE-OTAN, si bien las referencias en dichos documentos a la guerra híbrida no son tan frecuentes como deberían.

Un cambio de tercio, económico, es abordado por Fernando González Laxe: la Seguridad Marítima y la Nueva Ruta de la Seda. La «diplomacia internacional de negocios», con el objetivo (entre otros) de desarrollar y potenciar un al-

cance mega-regional transcontinental. Esta idea, revitalizada por Xi Jinping, al referirse a la Ruta de la Seda Marítima, es clave para entender el actual contexto económico global.

En la segunda parte, Fernando del Pozo analiza las ESM de la UE y la OTAN. Documentos declarativos en esencia, compensan esta carencia (en mayor medida la Estrategia de la UE) por la existencia de un Plan de Acción. El penúltimo capítulo, de la mano de João Lourenço da Piedade, se refiere a la Estrategia de Seguridad Portuguesa que, si bien no es un documento formal, viene amparada por otros instrumentos. El autor se pregunta si es necesaria una ESM, analizando diversos documentos que permiten dibujar las líneas de acción de Portugal en este ámbito.

Como colofón, Francisco J. Ruiz González aborda las ESM del Reino Unido y Francia, coincidentes con la aprobación de la ESM de la UE. El documento británico, más breve y ejecutivo que el francés, pone énfasis en el dominio marítimo y su relevancia para el Reino Unido. Respecto de la estrategia francesa, identifica los riesgos y amenazas en un horizonte temporal de diez años. Dos documentos que se diferencian más en la forma que en el fondo, siguiendo de cerca la ESM de la UE.

El ciudadano del siglo XXI —especialmente el europeo— vive inmerso en una «nebulosa» donde las sociedades que habitamos son, al menos en apariencia, seguras. Pero, recordando a Stefan Zweig y su época (*El Mundo de Ayer. Memorias de un Europeo*), ese mundo puede saltar hecho trizas, como sucedió con el advenimiento de la Gran Guerra. No se trata de realizar vaticinios apocalípticos, pero sí de señalar la necesidad de que se publiquen trabajos como el que comentamos, que analizan de forma seria y rigurosa los retos de la seguridad en un escenario plagado de incertidumbres.

M. I. TORRES CAZORLA  
Universidad de Málaga

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.08>

GARCÍA PÉREZ, R., NEVES COELHO, P. y FERREIRA RODRIGUES, T. (coords.), *A Extensão das plataformas continentais. Portugal e Espanha. Perspectivas e Realidades*, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2017, 248 pp.

El proceso de ampliación de la plataforma continental constituye uno de los más exitosos ejemplos de la cooperación entre España y Portugal en la última década. Aunque España ya había llevado a cabo un primer proceso de ampliación de su plataforma continental en el Mar Céltico (la denominada zona FISU), la extensión de la plataforma continental más allá de las 200 millas en las áreas colindantes con Portugal puso en marcha un proceso de cooperación hispanoluso en el que, si bien cada uno de los dos países ha procedido a la ampliación individual de sus respectivas plataformas continentales, ambos han tenido muy en cuenta los intereses de su vecino y han adoptado las medidas necesarias para evitar que las viejas diferencias fronterizas en áreas marinas impidiesen a cada uno de ellos ejercer el derecho de ampliación de la plataforma continental que les reconoce la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Para ello, fueron precisos no pocos esfuerzos de coordinación entre los equipos encargados de esta tarea en cada uno de los países que, puedo afirmarlo de primera mano, siempre se desarrollaron sobre la base de la lealtad y la confianza mutua, lo que ha permitido incluso superar algún pequeño desencuentro surgido en la tramitación de las respectivas presentaciones ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas.

La aproximación de España y Portugal a la ampliación de sus respectivas plataformas continentales ha sido distinta, tanto en términos sustantivos como organizativos. Mientras que el país vecino optó por abordar la ampliación como un todo (presentación única), las autoridades españolas decidieron proceder a la ampliación en tres fases (presentación

FISU, presentación Mar de Galicia y presentación oeste de Canarias). También fue distinta la forma en que cada uno de los países decidieron abordar la problemática de la plataforma continental en términos organizativos: mientras que nuestro vecino creó una estructura autónoma (la *Estrutura de missão da Plataforma Continental*) en España se optó por un mecanismo de coordinación interadministrativa liderado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (Asesoría Jurídica Internacional y Comisión de Límites España-Portugal) en el que participaron de forma destacada el Instituto Geológico y Minero de España, el Instituto Español de Oceanografía y el Instituto Hidrográfico de la Armada.

Este proceso es analizado en el interesante libro *A extensão das plataformas continentais. Portugal e Espanha. Perspectivas e Realidades*, coordinado por Rafael García Pérez, Paulo Neves Coelho y Teresa Ferreira Rodrigues, que es igualmente una muestra de la creciente cooperación académica entre España y Portugal.

El libro se inicia con un capítulo introductorio, en el que Rafael García Pérez describe de forma clara y sintética el complejo procedimiento de ampliación de la plataforma continental de conformidad con lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas. Tras esta necesaria introducción, los Capítulos 2 a 7 están dedicados al examen de los respectivos procesos de ampliación de la plataforma continental de Portugal y España, así como al análisis de sus implicaciones de futuro.

La primera de las cuestiones se analiza en los Capítulos 2 y 3 (Portugal) y 4 (España), no solo desde un punto de vista técnico sino también desde la perspec-

tiva del significado de dichos procesos en cada uno de los países. El interés de estos capítulos es evidente, teniendo en cuenta que sus autores estuvieron directamente implicados en el proceso de ampliación: Manuel Pinto de Abreu (responsable de la *Estrutura de missão* portuguesa), Aldino Santos de Campos (coordinador jurídico del equipo portugués) y Luis Somoza Losada y Teresa Medialdea (responsables técnico-científicos del equipo español). Este análisis de los procesos de ampliación se completa con dos interesantes capítulos (5 y 6), elaborados respectivamente por Paulo Neves Coelho y Rafael García Pérez, en los que los autores abordan no solo la cuestión de la delimitación futura de una plataforma continental ampliada sino también otros aspectos de la delimitación marina entre ambos países; tema que ha constituido —hasta muy recientemente— una de las grandes cuestiones pendientes entre los países ibéricos. Por último, este segundo bloque de cuestiones contiene un capítulo dedicado al estudio de las potencialidades que la ampliación de la plataforma continental tiene para nuestro vecino, elaborado por Ana María Ferreira y Regina Salvador.

El libro se completa finalmente con dos capítulos dedicados a cuestiones de alcance más general pero de notable interés para ambos países en su condición de Estados marítimos, a saber: la protección de la diversidad marina y el mar en el marco de una estrategia de seguridad y defensa nacional. Y finaliza con un breve estudio de prospectiva sobre la situación actual y el futuro de las relaciones entre España y Portugal en el contexto de la extensión de la plataforma continental.

En su conjunto, el libro reviste un interés evidente, tanto por el tema y el enfoque interdisciplinar e interestatal del análisis, como por el volumen de información que contiene y las interesantes claves que ofrece para la reflexión, por lo que su lectura constituye una referencia obligada para entender un proceso de extraordinaria importancia para los dos países que, sin embargo, es prácticamente desconocido en España. Por ello, no puedo dejar de felicitar a los impulsores de la obra, en especial el Profesor García Pérez.

C. ESCOBAR HERNÁNDEZ

Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.09>

GUZMÁN ZAPATER, M. (dir.), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 551 pp.

Pocas obras resultan menos valoradas científicamente que unos materiales para la docencia cuando en ellas concurre, como en ninguna, la doble faceta del profesor universitario: la investigación sobre su campo de conocimiento y la proyección de esta hacia la enseñanza. Las *Lecciones* objeto de esta reseña ofrecen una magnífica muestra de lo que debe ser una obra de esta naturaleza por su actualidad, su plausible contenido y su carácter práctico.

Diversas son las claves que rodean a estas *Lecciones*. Desde una perspectiva histórica siguen la senda iniciada en

1985 por el manual de DIPr de la UNED bajo la dirección de E. Pérez Vera, obra pionera en nuestra doctrina. Seguidamente, desde una óptica finalista estas *Lecciones* obedecen a la metodología propia seguida en la formación de estudiantes a distancia, en la que se cuenta con menor apoyo presencial del profesor; ello explica —aclara la presentación de la obra— los dos niveles de lectura de los temas descargando en párrafos sangrados explicaciones complementarias. En tercer lugar, desde un ángulo sustantivo estas *Lecciones* incluyen sendos temas sobre nacionalidad y extranjería —nada común en el resto de manuales

de la disciplina— habida cuenta de la configuración del DIPr en la UNED y del hecho de que operan como presupuestos de este. Por último, desde un punto de vista subjetivo el equipo autor de estas *Lecciones* lo conforman, además de las dos profesoras indicadas, otros docentes de la UNED que iremos citando a continuación; un excelente grupo humano de acreditada solvencia científica.

La obra recensionada contiene veinticinco lecciones. Un primer bloque lo forman las dos primeras, dedicadas, respectivamente, al DIPr como disciplina científica (por E. Pérez Vera) y al sistema español de DIPr (a cargo de M. Guzmán Zapater). La lección 1 aborda los presupuestos, el objeto, la naturaleza y el contenido del DIPr (en una lógica concepción amplia del mismo para «ofrecer una respuesta global a las situaciones jurídicas de las personas inmersas en una relación privada internacional», p. 38), todo lo cual desemboca en una descriptiva definición en las pp. 47-48. La lección 2 analiza adecuadamente las fuentes supraestatales y estatales de nuestro sistema —con la preeminencia de la Constitución— y dedica un capítulo final a la estructura política de nuestro Reino y su relevancia en los conflictos territoriales internos dada la coexistencia de Derechos civiles en España que se remontan a la Edad Media (p. 71).

Un segundo bloque de las *Lecciones* se identifica con el tradicionalmente denominado Derecho procesal civil internacional constituido por seis lecciones (todas ellas obra de M. Gómez Jene salvo la última, de M. Guzmán Zapater): dos temas sobre competencia judicial internacional (el 3 sobre sus aspectos generales, incluyendo una visión global del sistema español en la materia, y el 4 centrado en el estudio de los foros de en el orden civil); un tema 5 acerca del proceso civil con elemento extranjero y la asistencia judicial internacional; dos temas (el 6 y el 7) sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

extranjeras; y una lección 8 dedicada a la eficacia probatoria y registral de los actos públicos extranjeros así como a la forma de los actos. Destaca, en lo que atañe a la competencia judicial, la estrategia de dedicar el tema 4 a los foros y a las cuestiones procesales que no están directamente vinculados con una materia concreta, remitiendo al tema correspondiente el estudio particularizado de cada foro de competencia judicial por razón de la materia (p. 97).

El tercer bloque de las *Lecciones* aborda en dos temas (9 y 10) las ya aludidas materias de la nacionalidad y la extranjería, nacidos de la pluma de M. Vargas Gómez-Urrutia. El cuarto bloque, a modo de bisagra entre el desarrollo anterior y el posterior de la obra, se identifica en la lección 11 (E. Pérez Vera) con la regulación jurídica del tráfico externo (añadiendo, a la tradicional distinción entre normas materiales y de conflicto, un necesario capítulo sobre cooperación de autoridades a modo de manifestación del genérico deber de cooperar de los Estados consagrado por el Derecho internacional público, p. 262); y en los temas 12 (M. Herranz Ballesteros) y 13 (M. Guzmán Zapater) con los problemas de aplicación del sistema de DIPr (generales en el primer caso, particulares de la norma de conflicto en el segundo).

El quinto y último bloque de las *Lecciones* concierne al Derecho civil internacional siguiendo la exposición clásica de los tradicionales *estatuta*. El primero sobre la persona física y jurídica (temas 14, de M. Guzmán Ballester, y 15, de M. Gómez Jene). El segundo sobre familia y sucesiones, que contiene sendas lecciones sobre celebración del matrimonio y constitución de uniones de hecho o registradas (16, M. Vargas Gómez-Urrutia), sobre los efectos de los mismos (17, M. Guzmán Ballester), sobre sus crisis (18, de M. Herranz Ballesteros al igual que los dos siguientes), sobre filiación natural y adoptiva (19), sobre protección internacional de los menores (20), sobre

alimentos entre parientes (21, M. Vargas Gómez-Urrutia) y sobre las sucesiones (M. Herranz Ballesteros). El tercer estatuto que se aborda es el real (lección 23, M. Guzmán Ballester). Y el cuarto se ciñe a las obligaciones, contractuales (tema 24, M. Guzmán Ballester) y no contractuales (25, M. Gómez Jene).

La obra se amalgama con un estilo claro y preciso en su escritura, con una rabiosa actualidad en los materiales ma-

nejados (prometiéndose una puesta al día de la edición al siguiente año, algo esencial para la supervivencia de este tipo de obra) y con un manifiesto carácter pedagógico. Elementos todos que hacen de estas *Lecciones* una obra imprescindible para el estudio del DIPr de nuestro tiempo y de nuestro país.

A. RODRÍGUEZ BENOT

Universidad Pablo de Olavide

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.10>

JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Conflictos armados y Derecho internacional humanitario*, Madrid, Ommpress Derecho, 2019, 316 pp.

Una de las muchas consecuencias del proceso de reforma de los estudios universitarios iniciado por la Declaración de Bolonia, de 19 de junio de 1999, ha consistido en la reducción del contenido de las asignaturas que componían las antiguas licenciaturas y el aumento de la parcelación de las materias con las que se organizan los actuales estudios de grado. Los universitarios hemos visto reducido el tiempo que dedicamos a la explicación y estudio de las diferentes asignaturas y, con ello, minimizado el contenido de las mismas. Junto a ello, han proliferado un sinnúmero de nuevas materias con denominaciones más o menos novedosas, atractivas o acordes con las necesidades sociales que se han sumado o han sustituido a aquellas que antes se abrían al estudio de los créditos de libre configuración.

El libro objeto de esta reseña es fruto de estos nuevos tiempos. *Conflictos armados y Derecho internacional humanitario* constituye un Curso dirigido a los alumnos de Relaciones internacionales que cursan una asignatura obligatoria con idéntica denominación.

El libro está estructurado en cinco partes identificadas con números romanos. Partiendo de la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza en el Derecho internacional y advirtiendo de las únicas excepciones a la misma contempladas en

la Carta de las Naciones Unidas —legítima defensa y la que puede resultar de la puesta en marcha del sistema de seguridad colectiva— (Parte I), el autor se adentra en los numerales II a V en el estudio de la esencia del Derecho internacional humanitario; un conjunto de principios y normas destinado a humanizar la guerra, ya estableciendo límites a los medios de hacerla, ya estableciendo y regulando el trato que ha de dispensarse a las víctimas.

En la Parte II del libro el autor se centra en el análisis del origen y la naturaleza normativa del Derecho internacional humanitario. Es aquí donde se hace hincapié en la trascendencia que el principio de humanidad tuvo en el momento de su nacimiento, así como durante todo el periodo de su gran avance normativo; donde se analiza su carácter consuetudinario; se advierte de la condición imperativa que han adquirido algunas de sus normas, y se estudia la conexión que presenta esta parcela del Derecho internacional con el Derecho de los derechos humanos.

La Parte III está destinada al análisis de los diferentes caracteres que puede presentar un conflicto armado de nuestros días, en particular, la guerra cibernetica; a distinguir los actos terroristas de los que se llevan a cabo en el desarro-



llo de las hostilidades, y a identificar los principios rectores del Derecho internacional humanitario, entre los que se encuentran, por ejemplo, los principios de distinción, protección, proporcionalidad y precaución.

La Parte IV está dedicada al denominado Derecho de La Haya y en ella se estudian los medios y métodos de hacer la guerra o, siendo terminológicamente más rigurosa, las limitaciones impuestas a los contendientes en el desarrollo de las hostilidades. Estas páginas se centran en el análisis tanto de los procedimientos y actuaciones prohibidas —traición, perfidia o uso de emblemas o banderas—, como de la prohibición del uso de ciertos medios de combate —bombas racimo, minas antipersonas o armas de destrucción masiva, ya sean químicas o bacteriológicas—.

La Parte V se destina al estudio de la esencia del Derecho de Ginebra: el estatuto y la protección de las víctimas de los conflictos armados, con referencia a los colectivos especialmente vulnerables, y los medios de control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario. En esta última parte, el autor se adentra en las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal internacional del individuo responsable de la comisión de crímenes de guerra y las vías para su enjuiciamiento y sanción.

Ahora bien, *Conflictos armados y Derecho internacional humanitario* no consiste solo en una exposición ordenada, sistemática y rigurosa de los aspectos apuntados, sino que ofrece al alumno una dimensión práctica y actual de la

materia. Esta conexión entre la teoría y la práctica y este enfoque práctico de la docencia incrementa el interés y la curiosidad de los alumnos. Además, el Profesor Jiménez García, con la seriedad a la que nos tiene acostumbrados en sus trabajos, ofrece al alumno materiales más que suficientes para adentrarse, si lo desea, en un conocimiento más profundo de esta parcela del Derecho internacional público.

Hace ya diecinueve años que puse de manifiesto que la incorporación del Derecho internacional humanitario a los títulos universitarios constituía una novedad, pero no una excentricidad ni un reflejo narcisista de quienes nos dedicábamos a su análisis; que su estudio venía siendo recomendado por el CICR, y que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 obligan a incorporar el estudio del texto de los convenios a los programas de instrucción militar y, si es posible, también civil, para que sus principios sean conocidos por el conjunto de la población.

Me congratula saber que aún existen universidades y docentes que no se dejan guiar exclusivamente por un criterio mercantilista a la hora de hacer la oferta de sus títulos y de las materias que los integran y que están convencidos de que el estudio del Derecho internacional humanitario contribuye a la formación en unos valores de los que se encuentra necesitada nuestra sociedad y, con ello, a la construcción de un mundo mejor.

E. ORIHUELA CALATAYUD

Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.11>

LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2018, 472 pp.

La obra colectiva que se presenta aborda de forma rigurosa el análisis de una cuestión que ha adquirido una gran relevancia en los últimos años: el Esta-

do de Derecho y su papel en la UE. El libro que han dirigido los Profesores Liñán Nogueras y Martín Rodríguez no se limita a examinar los desafíos actuales al

Estado de Derecho, sino que aborda con exhaustividad la complejidad que presenta la noción del Estado de Derecho en sentido amplio. En este sentido, como señalan los directores de la obra en la presentación de la misma: «Las comprensibles urgencias políticas han desvelado los complejos perfiles de un principio de origen estatal aplicado a un contexto jurídico tan diferente como es el de la UE» (p. 15).

En la primera parte de la obra se aborda la complejidad que presenta la translación de un concepto que ha surgido en el marco del Estado a otros espacios. En el primer capítulo de la obra, Liñán Nogueras considera que el Estado de Derecho es una categoría vinculada al Derecho del Estado que cuando se desarrolla en otros contextos no queda claro su alcance y límites. El autor pone claramente de manifiesto los desafíos a los que se enfrenta el Estado de Derecho en la UE, el cual parece «estar introduciéndose en este plano con serias dificultades pero de manera vertiginosa e imparable para cumplir una misión similar» (p. 66). En el capítulo segundo de la obra, Boisson de Chazournes analiza la extensión creciente del contenido del Estado de Derecho con la incorporación de actores no estatales, los cuales están cada vez más implicados en la producción y en la declaración de la regla del Derecho. En el capítulo tercero, Salinas de Frías aborda las particularidades que presenta el Estado de Derecho en el marco del Consejo de Europa. La autora señala que uno de los mayores retos para el Estado de Derecho lo constituyen las nuevas formas de gobernanza que empiezan a desarrollarse, en particular cuando estas apuntan a modelos transnacionales en los que las relaciones entre actores estatales y privados son crecientes.

La segunda parte de la obra está dedicada a analizar las grandes dimensiones del Estado de Derecho en la UE. En el capítulo cuarto, Andrés Sáenz de Santamaría aborda las manifestacio-

nes del Estado de Derecho en el sistema institucional de la UE. Tras analizar las principales cuestiones que ha planteado la interpretación del equilibrio institucional en el marco de las tensiones interinstitucionales que se han sucedido en los últimos años, la autora afirma que «las principales asechanzas al Estado de Derecho en el sistema institucional provienen de la gobernanza difusa a la que se viene recurriendo en algunos ámbitos de la UE», entre las que destaca el fenómeno de la agencificación (p. 146). En el capítulo quinto, Martín Rodríguez examina el Estado de Derecho dentro del sistema jurídico de la UE. Presentan un gran interés las reflexiones del autor sobre la controversia en torno al concepto mismo de Estado de Derecho y su relativización en el actual contexto europeo. Martín Rodríguez pone claramente de manifiesto la centralidad que el Estado de Derecho ha tenido históricamente y tiene en la actualidad dentro del sistema jurídico de la Unión a partir de la efectiva protección jurisdiccional de los derechos subjetivos que otorgan sus normas y las garantías comprendidas dentro del principio de seguridad jurídica.

Uno de los mayores desafíos al Estado de Derecho en la UE ha tenido su origen en la crisis financiera y económica de 2008. López Escudero examina minuciosamente las implicaciones para el Estado de Derecho que se derivan de los mecanismos de asistencia financiera desarrollados por la UE tras la crisis de 2008. El autor presta especial atención al impacto negativo que tienen los programas de ajuste económico sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. A este respecto, el autor afirma que el control jurisdiccional por parte del TJUE sobre las medidas de ajuste económico con impacto sobre los derechos fundamentales «ha dado lugar a una jurisprudencia que podríamos calificar como poco satisfactoria desde la perspectiva de las exigencias del Estado de Derecho» (p. 223). El capítulo séptimo de la obra

gira en torno al Estado de Derecho y la acción exterior de la UE. Roldán Barbero pone de manifiesto desde las primeras páginas de su contribución que, en el ámbito internacional «a la defensa de los derechos humanos y de la democracia como régimen político se ha venido sumando últimamente el acento puesto en el Estado de Derecho por parte de las reglas políticas y jurídicas internacionales», hasta el punto de afirmarse la existencia de un Derecho internacional de la democracia y del Estado de Derecho (p. 232). El capítulo octavo gira en torno al Estado de Derecho en el Espacio de libertad, seguridad y justicia. Borrajo Iniesta presta especial atención a la relevancia que presenta la existencia de un poder judicial independiente e imparcial.

En la tercera parte de la obra, el lector encontrará un análisis de problemáticas específicas del Estado de Derecho en la UE en las que se profundiza en las zonas grises y los aspectos más inacabados del alcance del Estado de Derecho en la Unión. Los capítulos de la tercera parte de la obra van precedidas por la contribución de Cruz Villalón, antiguo Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE. Cruz Villalón estima que el Tribunal de Justicia parece mostrar cierta resistencia a considerarse a sí mismo como un tribunal de derechos humanos, a pesar de que se muestre dispuesto a proteger

los constantemente en su jurisprudencia. La noción del Estado de Derecho es objeto de análisis en el resto de la obra en relación con las siguientes temáticas: el procedimiento legislativo (Piqueras García), la erosión del Estado constitucional (Azpitarte Sánchez), la confianza mutua en el Espacio de libertad, seguridad y justicia (Cortés Martín), la Agencia de Derechos Fundamentales en los mecanismos protectores del Estado de Derecho (Pérez Bernárdez), el Estado de Derecho en la acción exterior de la UE en los Balcanes Occidentales (López-Jurado Romero de la Cruz) y la inmunidad de jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva (Díaz Pérez de Madrid).

En definitiva, se trata de una obra de referencia inexcusable para quienes quieran comprender los desafíos a los que se enfrenta el Estado de Derecho en la UE en la actualidad. No podemos terminar esta reseña sin felicitar a los autores por la publicación de esta obra y, sobre todo, a los Profesores Liñán Noguera y Martín Rodríguez, Directores de la publicación, por haber aunado las aportaciones rigurosas de un grupo de prestigiosos académicos para analizar la complejidad que presenta el Estado de Derecho en la UE.

J. SANTOS VARA

Universidad de Salamanca

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.12>

LÓPEZ BELLOSO, M., *Procesos de verdad, justicia, y reparación a las víctimas de desaparición forzada en el Sahara Occidental*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2019, 422 pp.

Cuando uno lee el título de esta obra le viene inmediatamente a la cabeza una pregunta, que la propia autora plasma en las primeras páginas: ¿se puede hablar de justicia transicional en un conflicto aún no resuelto? Yendo más allá podríamos preguntarnos: ¿cabe aplicar los procedimientos propios de la justicia transicional a un proceso en el que no solo no hay transición, ni reconocimiento del daño

causado, sino que ni siquiera se reconoce la existencia misma del conflicto?

Aunque la respuesta de la autora es afirmativa, de la lectura de este estudio parece deducirse justamente lo contrario. Ciertamente, en procesos de paz como el colombiano, la justicia transicional ha podido desempeñar un papel importante en el reconocimiento de los

derechos de las víctimas, pero resulta difícil creer que en el saharauí se haya llegado a un estadio en el que esto sea posible. Desde que Marruecos se retiró del Plan de Paz en 2000, la situación de los derechos humanos de la población no ha hecho más que empeorar. Baste recordar los acontecimientos de Gdeim Izik (2010) y la posterior represión generalizada en el territorio.

La autora parte de la hipótesis de que un enfoque de justicia transicional que analice los procesos de verdad, justicia y reparación con la participación de las víctimas saharauis «puede constituir una herramienta fundamental para la construcción de la paz a través de transformaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales que contribuyan a la estabilidad de la zona y la superación del *statu quo*». En este mismo sentido afirma que los derechos humanos se han convertido «en una de las cuestiones centrales de la negociación política entre las partes y de la búsqueda de salidas políticas al conflicto». Pero a falta de datos que justifiquen tales afirmaciones, parece más un deseo que una realidad: las negociaciones políticas entre ambas partes están paralizadas desde hace prácticamente dos décadas.

La elección del tema se justifica con base en dos hechos principales: la creación en 2005 de la Instancia de Equidad y Reconciliación en Marruecos (IER) y la ratificación en 2013 por este Estado de la Convención Internacional para la Protección de las Víctimas de Desaparición Forzada. Quizá sea esta parte del estudio la más interesante, en la medida en que analiza críticamente la labor desarrollada por la IER. El estudio llega a unas conclusiones que parecen desmontar la hipótesis inicial, puesto que las deficiencias que caracterizan a esa institución son realmente demoledoras: falta de adecuación a los estándares de justicia transicional internacionales; composición arbitraria de la Instancia; restricción de su mandato a los casos de desaparición

forzada y detención arbitraria; prohibición de hacer públicos los nombres de los responsables de los crímenes en el curso de las audiencias públicas; limitación de la reparación a las víctimas a la indemnización económica; negación misma del conflicto, al incluir entre las violaciones de derechos humanos producidas en Marruecos las producidas en las «Provincias del Sur», incluyendo así el Sahara Occidental dentro de las fronteras del Estado marroquí... La autora concluye que, dada la falta de voluntad política del gobierno marroquí, esta instancia no ha respetado el derecho de las víctimas a la verdad. Esta es la realidad. Y esta es la razón por la que este tipo de procedimientos son inviables en la actualidad en el conflicto saharauí. El hecho de que, siguiendo una propuesta de la IER, Marruecos ratificara el Convenio, pero que al mismo tiempo no aceptara la competencia del Comité de Desapariciones Forzadas, muestra bien a las claras el carácter cosmético de tal ratificación. Pese a ello, en opinión de la autora, la IER «ha contribuido a importantes transformaciones en el territorio y en las relaciones de poder subyacentes al conflicto», y ha tenido como consecuencia la consolidación del estatus jurídico de las víctimas de desapariciones forzadas. Se echa de menos una explicación de tales afirmaciones.

La obra está estructurada en cinco capítulos. En el primero, titulado «Violaciones de los derechos humanos en el Sahara Occidental», se analiza muy brevemente el origen del conflicto, y se plantea una sorprendente disyuntiva, «derecho de autodeterminación vs. derechos humanos», máxime si se tiene en cuenta que este derecho es recogido por el art. 1 común de los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966. Pero este estudio no pretende ser jurídico, pues se limita a recoger en un epígrafe los aspectos jurídicos «reseñables» en el conflicto. Quizá esto explique algunos deslices importantes en el ámbito jurídico, tales

como la afirmación de que en los procedimientos ante el TJUE «se han alcanzado hitos jurídicos importantes, como la anulación de los acuerdos agrícolas y pesqueros entre la UE y Marruecos». En los capítulos siguientes se analizan la institución de la desaparición forzada en el ordenamiento jurídico internacional desde un enfoque de justicia transicional y los procesos de verdad, justicia y reparación de las víctimas de desapariciones forzadas del Sahara Occidental, para llegar a la conclusión de que estos derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas no han sido garantizados por la IER.

Quizá el problema principal para entender el sentido de este estudio radique

precisamente en su título, que seguramente respondería mejor a su contenido si este estuviera entre interrogantes o si se centrara en uno de sus objetivos declarados en varias partes de la monografía: «Que resulte de utilidad para las víctimas y asociaciones a la hora de identificar los órganos y procedimientos a su alcance». Dado que, además de los procedimientos de justicia transicional, se analizan los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas en el ámbito de las desapariciones forzadas, esta puede ser su principal contribución.

J. SOROETA LICERAS

Universidad del País Vasco

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.13>

MASEDA RODRÍGUEZ, J., *La Ley aplicable a la titularidad original de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras creadas en el marco de una relación laboral*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2016, 491 pp.

Los derechos de propiedad intelectual y su incidencia en el comercio internacional ha sido un tema que siempre me ha interesado especialmente, habiendo dedicado a él mi tesis doctoral y mi primer libro, *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*. Las discrepancias entre ordenamientos jurídicos y la ausencia de normas materiales, convencional e institucional, obligan a recurrir a la norma de conflicto. En este contexto, la obra de Javier Maseda no resulta novedosa. Ahora bien, sí constituye una importante contribución y un referente para la doctrina al centrar su análisis en la determinación de «la ley aplicable a la titularidad original de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra realizada en el marco de una relación laboral».

La diversidad de contenido, moral y patrimonial, las diferencias entre las legislaciones y el principio de territorialidad constituyen, como no podía ser de

otro modo, los principales elementos a partir de los cuales el autor analiza y propone soluciones conflictuales que abogan por la aplicación de la *lex loci protectionis* y la *lex laboris* y el recurso, en su caso, a correctivos funcionales para determinar la ley aplicable a la titularidad original de los derechos sobre obras creadas en el marco de una relación laboral.

La monografía se estructura en cuatro capítulos. En ellos, con un estilo accesible y bastante depurado de formulaciones que dificulten la lectura, el autor realiza una contribución rigurosa que conjuga reflexiones originales, análisis crítico y el comentario del caudal normativo y la praxis jurisprudencial. En este plano formal, constituye un acierto la inclusión de constantes referencias a la normativa y jurisprudencia, nacional y extranjeras, así como el desarrollo explicativo en determinadas cuestiones espinosas.

El Capítulo Primero, de contenido introductorio, centra su atención en la rele-

vancia de la determinación de la autoría/titularidad original de la obra. Atención orientada a precisar la distribución de los derechos y señalar las dificultades derivadas de las diferencias entre ordenamientos. Su calificación como cuestión vinculada al estatuto intelectual o contractual-laboral le lleva a exponer las consecuencias de la consideración de ambos regímenes. Alejándose de la respuesta tradicional, el autor promueve una aproximación contractual-laboral que permita determinar la ley aplicable a la titularidad del derecho atendiendo a la consideración del autor asalariado en su condición de trabajador y no de autor (p. 122).

En el Capítulo Segundo, verificada la ausencia de un concepto material común de autor y de normas sobre la titularidad de los derechos, se analizan, en función del tratamiento intelectual o contractual, las soluciones propuestas. En el primer caso, atendiendo a la naturaleza de la materia, al margen de las soluciones previstas para supuestos concretos (pp. 188-210) y sin perjuicio de otras de menor alcance (pp. 179-185), son ampliamente analizadas las dos soluciones mayoritariamente admitidas. La de quienes defienden la solución tradicional en el ámbito de la propiedad intelectual: *lex loci protectionis*; y de otro, la de quienes promueven el recurso a la *lex originis* (pp. 131-147). En segundo lugar, atendiendo al marco laboral en el que se relacionan autor asalariado y empresario y su proyección sobre la transferencia de los derechos, la ley aplicable al contrato de trabajo estaría también llamada a regular su titularidad. El autor realiza en este punto un análisis pormenorizado de las ventajas y de la proyección normativa de la aplicación de la *lex laboris* (pp. 211-230).

A pesar de las propuestas y de las ventajas de un tratamiento unificado sustentado sobre la aplicación de la *lex laboris* (pp. 234-239), el autor aboga por un tratamiento conflictual diferenciado la titularidad de los derechos sobre una obra

creada en el marco de una relación laboral (p. 232). En su opinión, la diferente naturaleza de los derechos afectados justifica que la titularidad de los derechos patrimoniales se determine conforme a la *lex laboris* y la correspondiente a los derechos morales se rija por la *lex loci protectionis*.

Este tratamiento diferenciador sirve al autor para estructurar los dos capítulos restantes. En el Capítulo Tercero analiza la aplicación de la *lex laboris* para determinar la titularidad de los derechos patrimoniales señalando sus ventajas e inconvenientes a partir de las diferencias entre el sistema continental, seguido en España, y el sistema de *copyright*. Delimita el ámbito de aplicación de la *lex laboris* (pp. 272-273) y su concreción conforme a las conexiones previstas en el Reglamento Roma I. La tutela del autor asalariado, parte débil de la relación jurídica, estaría garantizada no solo por el propio art. 8 del Reglamento (pp. 291-304) sino también mediante el recurso a normas de intervención previsto en su art. 9. Las normas de intervención de la *lex loci protectionis* (pp. 315-341) constituyen un límite a la autonomía de la voluntad que permiten garantizar la tutela del trabajador imponiendo sus soluciones a las adoptadas por la *lex laboris* (pp. 306-309).

En el Capítulo Cuarto, referido a la titularidad de los derechos morales, también es abordado a partir de las diferencias entre los sistemas jurídicos respecto del reconocimiento y caracteres de estos derechos. Se analiza la aplicabilidad de un sistema continental (pp. 356-375) y de un sistema de *copyright* (pp. 375-382) a título de *lex loci protectionis*. En el primer caso, las dificultades de conciliación, cuando la cesión y/o renuncia del derecho se ha efectuado conforme a una *lex laboris* perteneciente a los sistemas de *copyright*, justifican la atenuación del derecho adaptando su extensión al contexto laboral en el que se ejercita (p. 365). En el segundo, las discrepancias con la *lex laboris*, per-

teneciente a un sistema continental, se resuelven mediante el recurso a la excepción de orden público (pp. 380-381).

La necesidad de adecuar la regulación de los derechos de propiedad intelectual a la realidad del comercio internacional es evidente. La obra de Javier Maseda constituye un claro ejemplo. No obstante, un tratamiento diferenciador supone una alteración de la configuración de estos derechos en nuestro Ordenamiento. Un tratamiento unificado que, por la especialidad de la relación en la que nace

la obra, designe aplicable la *lex laboris* respondería mejor a las exigencias de la realidad regulada respetando la coherencia del sistema.

La monografía se completa con un listado de la bibliografía citada (pp. 435-477) y un índice de jurisprudencia (pp. 479-491). Se trata de una obra cuya lectura es muy recomendable.

M. SABIDO RODRÍGUEZ

Universidad de Extremadura

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.14>

OLESTI RAYO, A. (coord.), *La profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 262 pp.

La política económica de la UE ofrece desde hace varios años un interés renovado a los estudiosos en la materia, en gran medida como consecuencia de la profundización parcial, aunque de baja intensidad, que se viene produciendo desde 2010 en relación con la Unión Económica y Monetaria (UEM). En los últimos años, con buen criterio, han sido financiados varios proyectos de investigación relacionados con esta temática, que han permitido ofrecer resultados diversos pero que, en general, han servido para enriquecer la literatura especializada en esta parcela concreta del ámbito jurídico-económico-político del proceso de integración europea.

La monografía que presento en estas páginas se sitúa en este contexto. Realizada en el marco de un proyecto de investigación (DER 2015-65003-P, titulado «El control democrático y la tutela de los derechos en la Unión Económica y Monetaria», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad), tiene por objeto el estudio de algunas de las medidas adoptadas para profundizar en la Unión Económica y Monetaria (UEM).

La monografía recoge doce aportaciones, ciertamente desiguales en extensión y dispares en cuanto a la temática abor-

dada, unidas todas ellas bajo el paraguas del proyecto de investigación mencionado. Aunque no hay una distribución en partes del libro, el Profesor Olesti en la presentación explica la estructura que implícitamente se deduce del mismo. Así, una primera parte estaría integrada por los tres primeros trabajos y se dedica al «alcance de los derechos fundamentales en la UEM». Estos capítulos han sido redactados por Francisco Javier Donaíre Villa, de la Universidad Carlos III de Madrid («La profundización de los derechos fundamentales en la Unión Económica y Monetaria europea»), Silvia Morgades Gil, de la Universidad Pompeu Fabra («Tutela judicial efectiva y medidas de ayuda a los Estados en el marco del UEM: jurisprudencia del TJUE y comparación con otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea») y Natalia Caicedo Camacho, de la Universidad de Barcelona («Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo»).

Las tres aportaciones siguientes podrían considerarse una segunda parte del libro y se destinan al análisis de aspectos vinculados a la Unión bancaria, realizadas por profesores de la Universidad de Barcelona. Así Yolanda Martínez Mata se ocupa de la «profundización de la Unión bancaria: en busca del necesari-

rio equilibrio entre la reducción y la mutualización del riesgo»; David Vallespín Pérez analiza «las hipotecas multidivisa desde la perspectiva de los derechos de la Unión económica y monetaria de información precontractual» y Noemí Jiménez Cardona aborda la «garantía de la información precontractual en el sistema europeo MIFID II y MIFIR».

Una tercera parte, siempre siguiendo la descripción que realiza el coordinador del libro, se destina al análisis de aspectos institucionales. Aquí sitúa cuatro contribuciones realizadas también por profesores de la Universidad de Barcelona. Así, Milagros Álvarez Verdugo analiza en primer término «las relaciones exteriores de la Unión Económica y Monetaria»; Miriam Casanova Domenech y Monsterrat Millet Solter estudian el «fondo monetario europeo como sustituto del fondo monetario internacional: constatación jurídica y causas»; Marta Ortega Gómez destina su contribución a la proyectada figura del ministro de economía y finanzas de la Unión Europea, aspecto que también es abordado en la contribución de Milagros Álvarez, y Laura Huici Sancho analiza «el refuerzo de los mecanismos de rendición de cuentas».

Las dos últimas contribuciones tocan aspectos presupuestarios vinculados a

la UEM. En primer término, Pol Pallás Secall se ocupa de la «propuesta de la Comisión Europea de marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027: análisis en relación al principio de valor añadido». Cierran las páginas del libro la contribución del coordinador del trabajo, el Profesor Andreu Olesti Rayo, que dedica su artículo al análisis de los instrumentos financieros, como el fondo de inversiones estratégicas y otros, y a las medidas proyectadas (función europea de estabilización de las inversiones y el programa de apoyo a las reformas) que permiten titular al autor su contribución en los siguientes términos: «¿Hacia un presupuesto específico de la Unión Económica y Monetaria?».

En definitiva, estamos en presencia de una contribución destinada al análisis de figuras diversas que en sentido amplio se conectan con la profundización de la UEM. Un libro que viene marcado por su provisionalidad en ciertos aspectos, pues muchas de las figuras abordadas se encuentran en fase de propuesta. Por tanto, desde este punto de vista, una monografía que contribuye al debate abierto actualmente en relación con esta materia.

F. J. CARRERA HERNÁNDEZ  
Universidad de La Rioja

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.15>

SERRA MASSANSALVADOR, F. e IZQUIERDO BRICHS, F. (eds.), *Poder y regímenes en Asia Central*, Barcelona, Bellaterra, 2018, 341 pp.

La obra objeto de esta recensión propone explorar, a través de la sociología del poder, los procesos políticos desencadenados en Asia Central tras la disolución de la Unión Soviética. El libro, editado por los Profesores Francesc Serra y Ferrán Izquierdo, explora una región cuya importancia global es más que creciente, no solamente por sus recursos energéticos y minerales, sino también por su posición estratégica.

Tal y como afirman los propios editores, la aproximación a estos regímenes a través de la sociología del poder obedece indudablemente a sus propias características, con un poder muy concentrado (p. 17) y con regímenes guiados por élites políticas estables. La obra argumenta que la naturaleza de estas élites y su relación con las estructuras gubernamentales marcará sobremedida esa ruptura del sistema soviético en cada uno de los Estados, que afrontarán de maneras dife-



rentes ese aterrizaje en el entorno mayoritariamente neoliberal. Cada Estado encaró ese camino de manera distinta, pero los autores apuntan que en la mayoría de ellos las élites aprovecharon ese proceso de construcción y transición para «definir las características del sistema» de modo que se colocaran en su cúspide (p. 43), aprovechando «la debilidad estructural» y el creciente entorno neoliberal para extraer mayores beneficios y reforzar su posición (p. 47).

A partir de ese cambio estructural, el devenir de cada una de las piezas que constituyen el tablero de Asia Central se vuelve heterogéneo y mezcla elementos comunes del pasado soviético con otras características propias en cada caso que son estudiadas de manera particular.

En el Capítulo I, Izquierdo y Serra presentan la región, con un interesante énfasis en ese pasado común, y tejen el aparato teórico que permitirá desentrañar cada una de las realidades nacionales, subrayando el nexo entre las élites, los regímenes y la estructura del sistema como punto de partida.

Posteriormente, la obra aborda la influencia de dos actores regionales clave en los Estados de Asia Central. En el Capítulo II, Francesc Serra explora el papel de la hegemonía rusa en la región, muy presente en la formación de las élites nacionales. El autor interpreta el difícil equilibrio en la región, en el que los sectores de la energía y la seguridad constituyen piezas clave en la relación con Rusia y permiten identificar los comportamientos pendulares de los actores, que oscilan entre el alineamiento estratégico o la neutralidad con Moscú (p. 84).

Seguidamente, el Capítulo III trata sobre la cada vez más intensa implicación de China en la región, principalmente a través de la Iniciativa de la Franja y de la Ruta. La autora, la Profesora Alejandra Peña, analiza «los esfuerzos e intenciones inequívocas de Beijing de incluir a la región dentro de una estrategia

más amplia de ascenso global» (p. 93), que tienen en la Nueva Ruta de la Seda su punto culminante. En este contexto, Asia Central constituye un pilar central, no en vano el Presidente Xi Jinping lanzó formalmente la iniciativa en una visita de Estado a la región.

Los sucesivos capítulos se centran de manera íntegra en cada uno de los estudios de caso. En el Capítulo IV, los Profesores Rubén Ruiz y Javier Morales estudian el caso uzbeko, introduciendo el modelo de sistema autoritario neopatrimonial en el que «coexisten e interactúan lógicas de acción formales o burocráticas, por un lado, e informales o patrimoniales por otro» (p. 143). Así, describen cómo Uzbekistán ha permanecido relativamente inmune a las estrategias de promoción democrática de sello occidental, así como a los proyectos de integración regional de Rusia (p. 148).

Turkmenistán constituye el tema central del Capítulo V, en el que el Profesor Slavomír Horák repasa los cambios en el régimen turkmeno, la influencia de actores externos, principalmente Rusia, China y Turquía, y el potencial de movilización de la sociedad civil. A lo largo del capítulo, el autor descarta cambios en el régimen autoritario actual, aventurándose a afirmar que este caso «desafía con éxito la tesis sobre el inevitable colapso interno o externo de un régimen autoritario» (p. 211).

En el caso de Tayikistán, los investigadores Edward Lemon y Flora Roberts exploran en el Capítulo VI la deriva autoritaria del país tras el fin de la guerra civil en 1997, hasta constituirse en lo que los autores denominan como sistema de gobernanza «cleptocrática» (p. 216). En este caso, los autores describen las estrategias del régimen tayiko para valerse de los intereses de las potencias como Rusia, Estados Unidos y China y así lograr la pervivencia del régimen.

El Capítulo VII se centra en el Estado más extenso de Asia Central, Kazajstán,

en plena transición entre el líder saliente, Nursultan Nazarbaev, que ha ostentado el poder durante veintinueve años, y el nuevo Presidente, Kassym-Jomart Tokayev. La autora, Sofia Tipaldou, explora el establecimiento de las élites tras 1991 y el encumbramiento de Nazarbaev como líder, ofreciendo un texto de especial interés en la actual coyuntura, que inaugura un espacio político desconocido para el país.

Finalmente, en el último de los capítulos, los Doctores Viktoria Akchurina y Abel Polese transitan por los tres cambios políticos experimentados por Kirguistán. El texto desliza el argumento de que, en

este caso, las élites han interactuado de una manera particular, guiando los distintos cambios del poder político entrelazando los intereses de las distintas élites.

En definitiva, nos encontramos ante una obra necesaria, que ofrece una excelente panorámica de los procesos en curso en una región aún poco conocida pero que se está constituyendo como un polo de interés creciente en la disciplina de Relaciones Internacionales.

M. PINTADO LOBATO

Universidad del País Vasco

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.4.16>

## REGLAS EDITORIALES

Las personas interesadas en enviar trabajos a la *REDI* pueden consultar las instrucciones en <http://www.revista-redi.es/es/envio-de-trabajos/>.

Las líneas de investigación actualizadas están publicadas en <http://www.revista-redi.es/es/lineas-de-investigacion/>.

Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/10/Normas-de-publicaci%C3%B3n-en-REDI-1.10.2018.pdf>.

*Note aux auteurs:* les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/en/>.

*Note to contributors:* the editorial rules and guidelines are published under <http://www.revista-redi.es/en/>.

