





REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 74
2022, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

MARCIAL PONS

MADRID-2022

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

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



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

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, 2022

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR

Jorge CARDONA LLORENS

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

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA

Universidad Nacional de Educación
a Distancia

Fausto POCAR

Universidad de Milán

Tullio R. TREVES

Universidad de Milán

Fulvio ATTINA

Universidad de Catania

Andrea BONOMI

Universidad de Lausana

Araceli MANGAS MARTÍN

Universidad Complutense de Madrid

Wagner MENEZES

Universidad de São Paulo

Fabian SALVIOLI

Universidad de La Plata

Arlene B. TICKNER

Universidad del Rosario

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Josep IBÁÑEZ MUÑOZ

Universidad Pompeu Fabra

Redactores

María Asunción Cebrián - Guillem Gabriel - Mercedes Guinea -

Laura Movilla - Antonio Sánchez - Alejandro Sánchez Frías

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

La titularidad y la determinación de las directrices generales en cuanto al contenido y calidad científica de la *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

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.
Editorial. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., <i>Las epidemias, las pandemias y el derecho internacional: a propósito de la resolución del IDI de septiembre de 2021</i>	15
— Epidemics, pandemics and international law: Concerning the IDI resolution of September 2021	

I. ESTUDIOS/STUDIES

MIGRACIONES Y ASILO: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS/ MIGRATIONS AND ASYLUM: ANALYSIS AND PERSPECTIVES

MORGADES GIL, S., <i>El Pacto Mundial sobre los Refugiados y el Nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo: derecho informal y jurisprudencia internacional en materia de acceso a la protección</i>	25
— The Global Compact on Refugees and the EU New Pact on Migration and Asylum: Informal law and European jurisprudence concerning access to protection	
SOLER GARCÍA, C., <i>La Unión Europea, ¿un gendarme en el Mediterráneo central?: Las operaciones EUNAVFOR MED Sofia e Irini</i>	47
— The European Union, a gendarme in the Central Mediterranean?: Operations EUNAVFOR MED Sophia and Irini	
VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., <i>España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares</i>	65
— Spain before the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families	

MISCELÁNEA/MISCELLANY

GARRIGA SUAU, G. y WHYTOCK, C. A., <i>Choice of law for immovable property issues: new directions in the European Union and the United States</i>	81
— Ley aplicable en materia de bienes inmuebles: nuevas direcciones en el ámbito de la Unión Europea y Estados Unidos	
LOZANO LÓPEZ, I. P., <i>La explotación económica de los territorios ocupados por el Estado Islámico: cuestiones de responsabilidad internacional y penal</i>	109
— The economic exploitation of territories occupied by the Islamic State: issues of international and criminal responsibility	
MANZANO COSANO, D., <i>La isla de Guam: de colonia española a territorio no autónomo</i> . ..	135
— Guam: from the Spanish colony to the non-self-governing territory	
MARCHAL ESCALONA, N., <i>El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado</i>	155

- The new European framework on the service and taking of evidence abroad: towards a digitalized european judicial area

II. FOROS/FORA

¿ENTRE MIGRACIÓN Y REFUGIO? DESPLAZAMIENTOS POR CAUSAS CLIMÁTICAS E INADECUACIÓN NORMATIVA (II): LA NECESIDAD DE BUSCAR RESPUESTAS ADECUADAS DESDE LA UE/ *BETWEEN MIGRATION AND REFUGE? DISPLACEMENT DUE TO CLIMATIC CAUSES AND CURRENT REGULATORY INADEQUACY (II): THE NEED TO SEEK ADEQUATE ANSWERS FROM THE EU*

- ABAD CASTELOS, M., *Nota introductoria* 181
— Introductory note
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *La necesidad de una acción normativa por parte de la Unión Europea en materia de protección de desplazados medioambientales transfronterizos* 185
— The need for European Union regulatory action on the protection of transboundary environmental displaced persons
- FELIPE PÉREZ, B., *El visado climático europeo como instrumento de protección jurídica para las personas migrantes climáticas* 193
— The European climate visa as a legal instrument for the protection of climate migrants

UNA DÉCADA DESDE LAS PRIMAVERAS ÁRABES: ¿QUÉ HA CAMBIADO EN EL ORDEN REGIONAL EN ORIENTE MEDIO Y EL NORTE DE ÁFRICA? / *THE ARAB SPRINGS A DECADE LATER: WHAT HAS CHANGED IN THE REGIONAL ORDER OF THE MIDDLE EAST AND NORTH AFRICA?*

- MARRERO ROCHA, I., *Nota introductoria* 201
— Introductory note
- PRIEGO MORENO, A., *Tendencias de la transformación de Oriente Medio y el Norte de África desde la Primavera Árabe* 203
— Trends in the transformation of the Middle East and the North of Africa since the Arab Spring
- QUERO ARIAS, J., *La continuidad en el orden regional de Oriente Medio tras una década desde las Primaveras Árabes* 211
— Continuity in the regional order of the Middle East after a decade of Arab Springs

Pág.

EXTRANJEROS, DERECHOS FORALES Y REGLEMANTOS EUROPEOS
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
*FOREIGNERS, FORAL LAWS AND EUROPEAN REGULATIONS
OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

GARDEÑES SANTIAGO, M., <i>Nota introductoria</i>	219
— Introductory note	
FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., <i>Los Reglamentos europeos y el Derecho interregional</i>	223
— European regulations and interregional law	
IRIARTE ÁNGEL, F. B., <i>¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho foral? ...</i>	233
— May a foreigner be subject to a foral law?	

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

PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO/
STUDIES ON SPANISH PUBLIC INTERNATIONAL LAW PRACTICE

CRESPO NAVARRO, E., <i>La Sentencia de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo en el caso Couso. Una interpretación errónea de la discrecionalidad estatal en el ejercicio de la protección diplomática</i>	241
— The Decision of 9th July 2021 adopted by the Supreme Court of Spain on the <i>Couso</i> Case. A wrongful interpretation of State discretion in the exercise of diplomatic protection	

PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO/
STUDIES ON SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW PRACTICE

PÉREZ MARTÍN, L. A., <i>Autoridades españolas ante las que iniciar el procedimiento de protección internacional a tenor de la jurisprudencia del TJUE y del TS de 2020</i>	253
— Spanish authorities to be addressed when initiating a procedure of international protection, according to the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court of Spain in 2020	

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

RECENSIONES/BOOK REVIEWS

BADIA MARTÍ, A. M. y HUICI SANCHO, L. (dirs.), y SÁNCHEZ COBALEDA, A. (ed.), <i>Las Organizaciones Internacionales en el siglo XXI</i> , Barcelona, Marcial Pons, 2021, 358 pp., por C. Jiménez Cortés	261
BORRÁS PENTINAT, S., <i>Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales</i> , Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 320 pp., por R. Giles Carnero	263

	Pág.
CAMPINS ERITJA, M. (ed.), <i>The European Union and Global Environmental Protection</i> , Londres, Routledge, 2021, 186 pp., por R. M. Fernández Egea	265
CAMPINS ERITJA, M. y FAJARDO DEL CASTILLO, T. (eds.), <i>Biological Diversity and International Law. Challenges for the Post 2020 Scenario</i> , Nueva York, Springer, 2021, 240 pp., por D. García Sanjosé	267
CARO GÁNDARA, R., <i>La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia en España</i> , Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, 167 pp., por M. Checa Martínez	269
CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <i>Derecho internacional privado y dogmática jurídica</i> , Granada, Comares, 2021, 280 pp., por M. Desantes Real	270
CASTELLANOS RUIZ, E., <i>La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional. Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111 y 4/2009</i> , Valencia, 2021, Tirant lo Blanch, 180 pp., por A. Font Segura	272
CONSEJO VASCO DEL MOVIMIENTO EUROPEO, EUROBASQUE (ed.), <i>La Unión de Seguridad y Defensa: el futuro ya está aquí</i> , Madrid, Dykinson, 2021, 259 pp., por V. Rodríguez Prieto	274
DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., <i>Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial. Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre</i> , Madrid, Kinnamon, 2020, 176 pp., por L. Movilla Pateiro	275
DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (dir.) y ELVIRA BENAYAS, M. J. (coord.), <i>Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 367 pp., por M. Á. Sánchez Jiménez	277
GARCÍA MARTÍN, L., <i>Transitional Justice, Corporate Accountability and Socio-Economic Rights. Lessons from Argentina</i> , Nueva York, Routledge, 2020, 232 pp., por J. Saura Estapà	279
GUTIÉRREZ ESPADA, C., <i>La responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio</i> , Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020, 172 pp., por J. M. Cortés Martín	280
ÍÑIGO ÁLVAREZ, L., <i>Towards a Regime of Responsibility of Armed Groups in International Law</i> , Cambridge, Intersentia, 2020, 247 pp., por R. A. Alija Fernández	282
JIMÉNEZ BLANCO, P., <i>Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) núm. 2016/1103</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 407 pp., por E. Rodríguez Pineau	283
LARA AGUADO, A. (dir.), <i>Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 837 pp., por J. M. Fontanellas Morell	285
MILANO, V., <i>The human rights-based approach to human trafficking in international law: an analysis from a victim protection perspective</i> , Madrid, Marcial Pons/AEPDIRI, 2020, 409 pp., por A. Salinas de Frías	287
MORGADES GIL, S., <i>De refugiados a rechazados. El Sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 494 pp., por N. Arenas Hidalgo	289
MOVILLA PATEIRO, L., <i>La dimensión normativa de la gobernanza internacional del agua dulce</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 425 pp., por X. Pons Ràfols	290
MOYA ESCUDERO, M. (dir.), <i>Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 659 pp., por R. Espinosa Calabuig	292

	Pág.
REGUART SEGARRA, N., <i>La libertad religiosa de los pueblos indígenas</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 327 pp., por M. Á. Iglesias Vázquez	294
RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., <i>Cuaderno de Prácticas de Derecho Internacional Humanitario</i> , Madrid, Cruz Roja Española y Dykinson, 2021, 246 pp., por M. Abad Castelos	295
RUEDA VALDIVIA, R. y LARA AGUADO, Á. (dirs.), <i>Normativas de nacionalidad en Derecho comparado</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 1.219 pp., por E. Cano Bazaga.....	297
SOROETA LICERAS, J., <i>La Corte Internacional de Justicia y la descolonización (1949-2019)</i> , Madrid, Reus Editorial, 2020, 226 pp., por A. Remiro Brotóns.	299
SQUILLACIOTI, C., <i>El matrimonio infantil: una cuestión de género. Causas subyacentes, consecuencias, configuraciones jurídicas y estrategias de erradicación</i> , Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, 407 pp., por E. Díez Peralta	300





EDITORIAL

LAS EPIDEMIAS, LAS PANDEMIAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL: A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL IDI DE SEPTIEMBRE DE 2021

EPIDEMICS, PANDEMICS, AND INTERNATIONAL LAW: CONCERNING THE IDI RESOLUTION OF SEPTEMBER 2021

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Oviedo

Miembro asociado del Institut de Droit International

1. Fiel a su objetivo de favorecer el progreso del Derecho internacional, el Bureau del Institut de Droit International (IDI) decidió el 27 de marzo de 2020 crear una nueva Comisión sobre las epidemias y el Derecho internacional, nombrando relator al Profesor Shinya Murase, quien unos días antes había propuesto el tema en respuesta a la carta enviada previamente por el secretario general a todos los miembros del Instituto, invitándoles a reflexionar sobre cómo podría contribuir esta asociación científica a afrontar la situación de pandemia, incluyendo el examen de problemas aún no contemplados o abordados de manera insuficiente. A la Comisión, que recibió el núm. 12 de las constituidas para preparar la 80.^a sesión del IDI celebrada telemáticamente entre el 23 de agosto y el 3 de septiembre de 2021, se incorporaron otros 15 miembros, entre ellos el Profesor Antonio Remiro Brotóns. Tras cinco informes previos, el resultado de su trabajo se plasmó en un informe y un proyecto de resolución que después de los correspondientes debates y enmiendas ha dado lugar a la Resolución sobre las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional¹.

¹ Su texto se encuentra en https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_12_en.pdf. La resolución se aprobó por 76 votos a favor, 3 en contra y 1 abstención. El informe se acabó de elaborar el 10 de diciembre de 2020 y se presentó al IDI el 30 de diciembre siguiente.



2. Aunque presentado como proyecto de resolución, el texto propuesto por la 12.^a Comisión se enfocaba como proyecto de artículos, en el entendimiento de que «*The IDI would be well-positioned to consider the topic from the perspective of general international law and to elaborate a set of draft articles on the topic. Naturally, it is up to the States to decide whether or not it is necessary and appropriate to conclude a framework convention on the proposed topic. Nonetheless, it is hoped that the set of draft articles elaborated by the IDI will have certain normative value, even if it does not become a binding convention*»². Sin embargo, en la sesión se optó por la fórmula tradicional de resolución, suprimiendo la calificación de proyecto de artículos, sin perjuicio de mantener la misma estructura y compartir el objetivo de promover el progreso del Derecho internacional mediante su codificación y su desarrollo progresivo³.

3. Por otra parte, la utilización del término «pandemia» no fue pacífico. El informe de la Comisión explicaba que «*The term “pandemic” is not a legal term or a formal declaration within the law of WHO except in relation to pandemic influenza, but rather a descriptive term to allow national and international public health agencies to respond to the situation at a higher degree. There is no systematic practice at WHO in the use of the term “pandemic”*»⁴, por lo que reconocía que «*It is therefore with some reluctance to include the term “pandemic” in the use of terms of the present draft articles, but the Commission has decided to do so since the term is now used widely in public statements and literature. It is hoped that WHO will elaborate in the future a precise legal definition of pandemic with necessary criteria for its application*»⁵.

En este sentido, el proyecto presentado definía por separado las expresiones «epidemia» y «pandemia», pero como consecuencia de algunas enmiendas ambos conceptos se fusionaron, de forma que partiendo de la definición de epidemia como «*an infectious disease that is likely to spread rapidly to a large number of people in one country or in different countries within a short period of time*», se añadió que a fines de la resolución «*the term “epidemic” includes “pandemic”, as meaning an extraordinary form of an epidemic, affecting a wider geographical area, often worldwide, infecting a much larger number of people, causing more deaths, and often creating more severe social disruption and economic loss*»⁶. En coherencia con este enfoque, el término «pandemia» se incluyó en el título del texto aprobado.

4. La Resolución gira en torno a unos principios rectores reflejados en el Preámbulo, siendo el principal la consideración de que las epidemias son una preocupación global, asumiendo así el concepto consolidado en el ámbito del Derecho del medio ambiente. Como explica el informe de la Comisión, en el

² *Epidemics and International Law*, p. 56.

³ Art. 2 de la Resolución.

⁴ *Epidemics and International Law*, p. 66.

⁵ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁶ Art. 3 (a).

contexto de las epidemias esta proyección supone el reconocimiento de que, de un lado, la salud pública constituye un bien público global que requiere la cooperación y solidaridad internacionales y, de otro, la noción de soberanía del Estado necesita ser reconceptualizada en términos funcionales con miras a proteger el interés general de la comunidad internacional de prevenir y reducir las epidemias⁷. De ello se deriva que todos los Estados tienen la obligación de prevenir y controlar las epidemias, siendo la protección de las personas el objetivo principal y, en consecuencia, el respeto y protección de los derechos humanos es otro principio básico, con particular atención a los grupos vulnerables. Por otra parte, se subraya el papel vital de la Organización Mundial de la Salud y su Reglamento Sanitario Internacional en la respuesta coordinada y eficaz a las epidemias, al tiempo que se recuerda que el Derecho internacional de la salud debe ser interpretado y aplicado de manera coherente con las demás normas pertinentes de Derecho internacional. Bajo la rúbrica de «Principios generales», el cuerpo de la Resolución desarrolla en sus arts. 4 a 7 estos postulados inspiradores que en el informe de la Comisión incluían asimismo una cláusula de salvaguardia de las obligaciones más específicas en materia de epidemias contraídas en virtud de un tratado internacional, el Reglamento Sanitario Internacional o de otro modo, cláusula que tras los debates mantenidos en la sesión fue desplazada al final del texto.

5. La dimensión de los derechos humanos se aborda en el art. 4 tanto para proclamar el derecho a la vida y a gozar plenamente del mejor nivel de salud posible —con las exigencias de prevención, reducción y control de las epidemias que de ellos se derivan— como para advertir de que las medidas que al respecto adopten los Estados deben ser las necesarias y proporcionadas para alcanzar este objetivo, evitando cualquier discriminación, y que en caso de epidemia aquellos no pueden derogar sus obligaciones de respeto de los derechos humanos más allá de los límites permitidos por el Derecho internacional.

6. La enumeración y descripción de los deberes de los Estados en caso de epidemia ocupan la mayor parte del articulado de la Resolución. Así, se formulan en primer lugar obligaciones detalladas de todos los Estados dirigidas a la reducción de los riesgos y creación de un estado de preparación⁸; en segundo lugar, se desarrollan las obligaciones tanto de los Estados afectados⁹ como de los demás durante la epidemia¹⁰, y finalmente se concretan las medidas en la fase posepidémica¹¹.

Como corolario, el art. 15.2 proclama que «*A breach of the obligation under international law of a State to prevent, reduce and control epidemics or to provide early information on the outbreak of epidemics to other States concerned*

⁷ *Ibid.*, pp. 57-58.

⁸ Art. 8.

⁹ Arts. 9-11.

¹⁰ Arts. 12-13.

¹¹ Art. 14.

or affected and to the competent international organizations shall entail the responsibility of that State». Lo hace pese a que el informe de la Comisión reconoce que «*In the context of the law relating to epidemics, however, it may be considered that seeking State responsibility for wrongful acts of a State under the current international law might face some difficulties*»¹², considerando que:

«*First, international law is concerned only with human activities and is not concerned with natural phenomena such as bacteria and viruses themselves. It is therefore necessary to prove that certain anthropogenic activities have been the causes of the outbreak and spread of epidemics. Second, international law is not yet well-developed in terms of State's obligations within the WHO law as well as outside. Third, even assuming that there were substantive rules in international law applicable to epidemics, the breach of which might entail State responsibility, there would be a problem of causality, namely, identifying the cause of the epidemic and responsible State organs or individuals. There has been no precedent of States invoking the responsibility of other States for the damage caused by epidemics, despite the fact that the world has experienced a number of serious events for centuries. This may be because any State could be an epidemic's "country of origin" of an epidemic, and therefore finds itself under the microscope one day. Fourth, determining whether the circumstances preclude wrongfulness, such as with force majeure, necessity and distress, may be fact-dependent inquiries in the context of epidemics. Fifth, even if the responsibility is established, a State may have little control over cessation and non-repetition, while reparation/compensation may also be difficult to assess*»¹³.

Esta cuestión de la responsabilidad internacional se conecta con la consideración recogida en el informe de la Comisión de que la obligación de todos los Estados de proteger a las personas de las epidemias, como preocupación común de la humanidad, es una obligación *erga omnes*¹⁴. No obstante, los inconvenientes antes apuntados explican que el informe acabe admitiendo que «*the responsibility of States for the breach of such an obligation may entail, under the future communitarian international law, not only that of a single State in the traditional bilateral relationship but rather that of plural States in the form of joint or shared responsibility*»¹⁵.

7. A su vez, las organizaciones internacionales son objeto de consideración en la Resolución desde una doble perspectiva. Por una parte, aparecen en varias ocasiones al enunciar las obligaciones de los Estados de notificación, información y cooperación como destinatarias de las mismas¹⁶; por otro, la Resolución las contempla también como sujetos de obligaciones; así, el art. 5.2 extiende sobre ellas las obligaciones de prevención, reducción y control de las epidemias enunciadas para los Estados en esa disposición en la medida en que se hayan confiado a aquellas competencias en materia de epidemias al tiempo que el art. 13 enuncia la obligación de las organizaciones

¹² *Ibid.*, p. 124.

¹³ *Ibid.*, pp. 124-125.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 73-74.

¹⁵ *Ibid.*, p. 126. La redonda es nuestra.

¹⁶ Arts. 9.1, 10.2, 11, 12.2.

de prestar asistencia al Estado que la haya solicitado y el art. 14.1 se refiere en particular al examen que la OMS debe hacer en la fase posepidemia. En coherencia, el art. 15.3 afirma también su responsabilidad internacional, en los mismos términos que para el Estado. No parece necesario explicar que las dificultades ya expresadas respecto a la puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados se proyectan y se amplían en lo que atañe a las organizaciones internacionales.

8. En general, el IDI es consciente de que vincular las obligaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales con la responsabilidad internacional es una opción de desarrollo progresivo. En la Resolución, lo hace por entender que *«if the IDI did not touch on this issue at all, it would be a significant omission, which may be considered unjustified»*¹⁷, pero al valorar el contenido del art. 15 confiesa en el informe que *«This is a compromise provision which largely states the obvious, but in the absence of the relevant State practice, it seems difficult to go any further»*¹⁸.

9. En cambio, la consideración de los procedimientos de arreglo pacífico de las controversias que puedan surgir entre los Estados no plantea problemas. El art. 16 enuncia los existentes y pone el énfasis en la negociación, seguida en su caso por la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial a través de la Corte Internacional de Justicia. Como particularidad, la disposición advierte de que habida cuenta de que las controversias relativas a las epidemias pueden tener un carácter altamente fáctico y tributario de la ciencia, conviene contemplar el recurso a expertos técnicos y científicos.

10. El análisis de la Resolución debe pasar también por valorar el papel atribuido en ella a las Naciones Unidas. El resultado no es del todo positivo. Si bien son citadas en el art. 6.1 para decir que para proteger a las personas contra las epidemias los Estados deben cooperar entre ellos, así como en el marco de las Naciones Unidas, de la OMS y de otras organizaciones interesadas implicadas, el texto no se hace eco del papel central que la organización mundial viene reclamando para sí en diversas resoluciones de la Asamblea General, comenzando por la A/RES/74/270, en la que afirma que la pandemia de la covid-19 exige una respuesta mundial basada en la unidad, la solidaridad y una cooperación multilateral renovada, por lo que reafirma «su adhesión a la cooperación internacional y al multilateralismo y su firme apoyo al papel central del sistema de las Naciones Unidas en la respuesta mundial a la pandemia». Estos principios son reiterados en las resoluciones posteriores sobre el tema¹⁹.

Refiriéndose a las dos primeras resoluciones adoptadas, se ha dicho que carecen del liderazgo y del impulso político que debería esperarse de la máxi-

¹⁷ *Epidemics and International Law*, p. 125.

¹⁸ *Ibid.*, p. 127.

¹⁹ A/RES/74/274, A/RES/74/306, A/RES/74/307, A/RES/75/156, A/RES/75/157. La Declaración sobre la conmemoración del 75.º aniversario de las Naciones Unidas (A/RES/75/1) se ocupa también de la covid-19.

ma organización intergubernamental internacional en un momento en el que la magnitud de la crisis sanitaria, económica y social exigía mayor altura de miras, mayores compromisos efectivos y mayor liderazgo político transformador²⁰. Es cierto, pero también lo es que las Naciones Unidas están proporcionando una importante colaboración material y técnica, prestando atención a los Estados y colectivos más necesitados, destacando el papel impulsor ejercido por el secretario general. En todo caso, ya fuera por sus acciones o por sus omisiones, la única organización de ámbito universal y fines generales bien merecía una consideración singularizada.

11. Otro tanto cabe decir de la relación entre las epidemias y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Al referirse a los demás ámbitos del Derecho internacional con los que se interrelacionan las normas internacionales sobre epidemias, la Resolución alude entre otros al Derecho internacional de la paz y de la seguridad y al Derecho humanitario²¹; respecto de este último, especifica que debe ser estrictamente respetado si surge un conflicto armado²². Sin embargo, apenas toma en consideración elementos proporcionados por la práctica del Consejo de Seguridad. Al respecto, el informe de la Comisión señalaba que «*the Security Council, as a political organ of the UN, has not demonstrated consistency in addressing epidemics of international concern that had the impacts similar to HIV/AIDS and Ebola*»²³, concluyendo que «*the linkage between international public health law and the international law on peace and security needs to be further explored*»²⁴.

Es cierto que el Consejo de Seguridad ha recibido reproches, en la medida en que se esperaba de este órgano que respaldara con prontitud el llamamiento que hizo el 23 de marzo de 2020 el secretario general para un alto el fuego mundial, lo que asumieron la mayoría de los Estados. Con esa expectativa se pretendía reforzar la relación entre la salud global y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que el Consejo ya había empezado a esbozar en ocasiones anteriores. En efecto, con motivo de la crisis del VIH/SIDA, el Consejo de Seguridad señaló en su S/RES/1308 (2000) «la importancia de una respuesta internacional coordinada a la pandemia del VIH/SIDA, dado que esta podría generar mayor inestabilidad social y situaciones de emergencia» y vinculó la acción frente al problema a su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Años más tarde, la S/RES/2177 (2014) reconoció que «el alcance sin precedentes del brote del ébola en África constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales», recordó que «el control de los brotes de enfermedades infecciosas

²⁰ X. PONS RÀFOLS, «La COVID-19, la salud global y el Derecho internacional: una primera aproximación de carácter institucional», *REEI*, 2020, núm. 39, p. 10 (disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num39/articulos/covid-19-salud-global-derecho-internacional-una-primer-a-proximacion-caracter-institucional>).

²¹ Art. 7.1.

²² Art. 7.2.

²³ *Epidemics and International Law*, p. 98.

²⁴ *Ibid.*, p. 99.

graves exige una acción urgente y una mayor colaboración a nivel nacional, regional e internacional y destacó «la crucial e inmediata necesidad de una respuesta internacional coordinada».

En cambio, en esta ocasión, las tensiones entre Estados Unidos y China retrasaron tres meses la acción del Consejo. El proyecto de resolución presentado por Francia y Túnez tuvo que sufrir unas complicadas negociaciones que finalmente condujeron a la aprobación unánime de la S/RES/2532 (2020). En su preámbulo, el Consejo recuerda su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y considera que «es probable que el alcance sin precedentes de la pandemia de covid-19 ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», mientras que en la parte dispositiva asume por fin el llamamiento del secretario general y exige el cese general e inmediato de las hostilidades en todas las situaciones de las que se ocupa, exhortando a todas las partes en los conflictos armados a que realicen de inmediato una pausa humanitaria duradera de al menos noventa días consecutivos. El texto aclara que el cese de las hostilidades y la pausa humanitaria no se aplicarán a las operaciones militares dirigidas contra el Daesh, Al-Qaida y el Frente Al-Nusra (FAN) y otros grupos terroristas designados por el Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad también solicita al secretario general que ayude a garantizar que todas las entidades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, incluidos los equipos de las Naciones Unidas en los países, de conformidad con sus respectivos mandatos, aceleren su respuesta a la pandemia de covid-19 haciendo especial hincapié en los países necesitados. Además, el Consejo muestra un interés específico en el impacto de la pandemia en los países que se encuentran en situaciones de conflicto armado o están afectados por crisis humanitarias, así como sobre las repercusiones de la covid-19 en la capacidad de las operaciones de mantenimiento de la paz y las misiones políticas especiales, al tiempo que menciona expresamente a los colectivos especialmente vulnerables, como son las mujeres y las niñas, la infancia, los refugiados, los desplazados internos, las personas de edad y las personas con discapacidad.

Si dejamos a un lado la lentitud en la respuesta, en una valoración de conjunto la Resolución merece una valoración positiva, en particular por el reconocimiento de la conexión entre la pandemia y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tal como se venía demandando. Con posterioridad, la S/RES/2565 (2021) reitera en el preámbulo la afirmación sobre la probable relación entre la pandemia de covid-19 y el peligro para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y reconoce en su parte dispositiva «el papel de la inmunización generalizada contra la covid-19 como bien público mundial en materia de salud»²⁵.

Todo ello avala la consideración de que la nueva dimensión de la paz y seguridad vinculada a la salud se está fortaleciendo, pese a que la Resolución

²⁵ Apartado 1 de la Resolución.

del IDI no lo refleja. En cambio, este texto se hace eco de una petición del Secretario General que el Consejo de Seguridad no ha atendido hasta el presente: la renuncia a la aplicación de medidas y sanciones unilaterales dada su negativa incidencia en la capacidad de los países afectados para disponer de los recursos sanitarios necesarios. En efecto, el art. 12.4 de la Resolución, al referirse a las obligaciones de otros Estados durante la epidemia, señala que *«States shall abstain from including in economic sanctions directed against affected States any measure that prevents such States from preventing, reducing or controlling an epidemic, such as receiving delivery and service of vaccines and other medical assistance. States shall also take appropriate measures in lifting or suspending any measures already in place as part of economic sanctions imposed on one or more affected States to enable them to perform the task of preventing, reducing or controlling an epidemic and seek all necessary assistance in accordance with international law»*.

12. Desde otra perspectiva, tiene también interés apuntar la consideración que la Resolución presta a aspectos tan relevantes en la lucha contra las pandemias como son el suministro de las vacunas y las patentes. Respecto al primer tema, la Resolución lo aborda al referirse a los derechos humanos, apuntando que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar un acceso equitativo a las vacunas²⁶, e incluyendo esta cuestión en el deber de cooperación²⁷. En cuanto al segundo, la Resolución se limita a indicar que el deber de cooperar comprende asimismo el acceso a las patentes y a las tecnologías relativas a las vacunas²⁸, precisión cuyo alcance queda circunscrito por el recordatorio de los principios de armonización e integración sistémica para evitar conflictos con otras reglas pertinentes de Derecho internacional, entre las que el Derecho internacional de propiedad intelectual es citado expresamente²⁹. Conviene señalar que estas cuestiones no figuraban en el proyecto de resolución y se incorporaron en la sesión.

Contrastan estas discretas propuestas con las iniciativas más específicas formuladas desde otros ámbitos, como la dirigida por la Unión Europea a los miembros de la Organización Mundial del Comercio en junio de 2021 con el fin de establecer un plan de acción multilateral en materia de comercio para ampliar la producción de vacunas y de tratamientos contra la covid-19 y garantizar un acceso universal y justo a los mismos³⁰.

²⁶ Art. 4.1.

²⁷ Art. 6.4.

²⁸ Art. 6.3.

²⁹ Art. 7.1.

³⁰ La propuesta se desglosa en dos Comunicaciones, dirigidas al Consejo General de la OMC y al Consejo de los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), disponibles en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/june/tradoc_159605.pdf y en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/june/tradoc_159606.pdf. La Declaración de Roma de la Cumbre Mundial de la Salud, celebrada el 21 de mayo de 2021 bajo los auspicios del G20 y la Comisión Europea, se refiere también a la necesidad de *«Promoting increased efficiency in the use of capacities and global distribution by cooperation and expansion of existing capacities, including by working consistently within the TRIPS agreement and the 2001 Doha Declaration on the TRIPS agreement and Public Health»*.

13. En su informe, la Comisión del IDI reconoce que «*Despite the far-reaching importance of the topic, regrettably, international health law has never been recognized as a topic of mainstream international law. It is indeed puzzling that, even though epidemics have claimed many more deaths than world wars, international law has not played a major role*»³¹. También asume que los esfuerzos normativos del Instituto no pueden solucionar los problemas inmediatos a los que la humanidad se está enfrentando en la actualidad, pero pueden ayudar a la comunidad internacional a afrontar los desafíos de futuras epidemias³². Esta Resolución tiene la virtud de proporcionar un marco jurídico general que constituye una base sólida para impulsar el desarrollo de lo que ya es un sector imprescindible en el Derecho internacional.

and Promoting the use of tools such as voluntary licencing agreements of intellectual property, voluntary technology and know-how transfers, and patent pooling on mutually-agreed terms» (disponible en https://global-health-summit.europa.eu/rome-declaration_en).

³¹ *Epidemics and International Law*, p. 56.

³² *Ibid.*, p. 44.



**MIGRACIONES Y ASILO: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS/
MIGRATIONS AND ASYLUM: ANALYSIS
AND PERSPECTIVES**

**EL PACTO MUNDIAL SOBRE LOS REFUGIADOS Y EL NUEVO
PACTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MIGRACIÓN
Y ASILO: DERECHO INFORMAL Y JURISPRUDENCIA
EUROPEA EN MATERIA DE ACCESO A LA PROTECCIÓN**

Silvia MORGADES GIL*

RESUMEN

**EL PACTO MUNDIAL SOBRE REFUGIADOS Y EL NUEVO PACTO
DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO: DERECHO INFORMAL
Y JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE ACCESO A LA PROTECCIÓN**

Desde 2016 el régimen internacional y europeo de las migraciones forzosas se encuentra inmerso en procesos de renovación normativa con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes; el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y el Nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo. Este trabajo examina en la primera parte si y en qué modo estos procesos permiten vislumbrar avances en relación con el acceso al asilo, y el reparto equitativo de las responsabilidades de los Estados y la solidaridad en la protección. En la segunda parte se examina la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en relación con distintas situaciones relacionadas con el acceso a la protección comparando los planteamientos y resultados de ambos tribunales. El trabajo concluye con unas reflexiones finales sobre: 1) los resultados matizados de los dos procesos de renovación del régimen normativo de las migraciones forzosas a través de normas de Derecho internacional informal y de propuestas de Derecho institucional europeo, y 2) el balance más positivo de la jurisprudencia reciente del TJUE en relación con la del TEDH, desde la perspectiva del acceso a la protección de los demandantes de asilo en Europa.

Palabras clave: refugiados, asilo, Derecho informal internacional, TEDH, TJUE.

* Profesora agregada Serra Hunter de Derecho Internacional Público de la Universitat Pompeu Fabra (silvia.morgades@upf.edu), miembro de los grupos de investigación *Orbis*-UPF y *GRITIM*-UPF. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 15 de noviembre de 2021. Se agradecen los comentarios constructivos de los dos revisores anónimos que con su labor han contribuido a mejorar la versión inicial del trabajo.

ABSTRACT**THE GLOBAL COMPACT ON REFUGEES AND THE EU NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM: INFORMAL LAW AND EUROPEAN JURISPRUDENCE CONCERNING ACCESS TO PROTECTION**

Since 2016, the international and European regime on forced migrations has undergone a process of normative renewal with the New York Declaration on Refugees and Migrants, the Global Compact on Refugees, and the New Pact on Migration and Asylum. The first part of this paper examines whether and how these processes offer a glimpse of progress in relation to access to asylum and the equitable sharing of state responsibilities and solidarity in protection. The second part examines the case law of the ECtHR and the CJEU in relation to different situations related to access to protection, comparing the approaches and outcomes of both courts. The paper concludes with some final reflections on: 1) the nuanced outcomes of the two processes of renewing the normative regime of forced migration through informal international law norms and European institutional law proposals, and 2) the more positive balance of the ECJ recent case law in relation to that of the ECtHR, from the perspective of access to protection for asylum seekers in Europe.

Keywords: refugees, asylum, informal international law, ECtHR, CJEU.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS PACTOS: EL NUEVO DERECHO INFORMAL INTERNACIONAL Y EUROPEO SOBRE MIGRACIONES FORZOSAS Y ASILO.—2.1. La Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial sobre los Refugiados.—2.2. El Nuevo Pacto europeo sobre Migración y Asilo.—3. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO MOTOR DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.—3.1. Acceso a la protección internacional y medidas de detención: *FMS-FNZ, SA-SA junior (TJUE) versus Ilias y Ahmed c. Hungría (TEDH)*.—3.2. Retorno automático tras entrada irregular y principio de *non-refoulement*: *Comisión Europea c. Hungría (TJUE) versus N. D. y N. T. c. España (TEDH)*.—3.3. El pre-acceso a la protección o el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y del Convenio Europeo: *X. y X. c. Bélgica (TJUE)* y *M. N. y otros c. Bélgica (TEDH)*.—4. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se están desplegando procesos de renovación de los regímenes internacional y europeo de protección de los migrantes forzosos. Por una parte, el que se inicia con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes de 2016¹, los Pactos Mundiales de 2018², y continúa con el Foro Global de los refugiados celebrado por primera vez en 2019. Por otra, la Agenda Europea de Migraciones de 2015³ y su versión renovada en

¹ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. A/RES/71/1*, 3 de octubre de 2016.

² Pacto Mundial sobre los Refugiados, Resolución sobre el ACNUR de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2018, A/RES/73/151, que afirma el pacto tal y como figura en A/73/12 (Part II)*; y Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Resolución de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2018, A/RES/73/195.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones. Una Agenda europea de migración, Bruselas, 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

forma de Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de 2020⁴ que marcan los pasos hacia una tercera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Los dos procesos parten de instrumentos con naturalezas jurídicas diferentes pero coinciden en la búsqueda de nuevos marcos reguladores. Plantean cambios para conseguir, bien instituciones más eficientes en la protección de derechos y más equitativas para los Estados (principalmente, los Pactos mundiales), bien para controlar las afectaciones de las migraciones forzosas en la consecución de otros objetivos, como la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (principalmente, el Nuevo Pacto).

Este trabajo estudiará el impacto de estos procesos, principalmente, en uno de los dos mayores aspectos no resueltos por el Derecho internacional del asilo y el refugio que es el acceso a un asilo provisional tras el ejercicio del Derecho a huir de las personas necesitadas de protección, es decir, las vías para una entrada segura en un país en el que tramitar la solicitud de asilo. También se revisará si estos procesos suponen avances en relación al segundo aspecto, es decir, respecto del reparto equitativo de las responsabilidades comunes en la protección de los migrantes forzosos. El principio de *non-refoulement* hace recaer en los Estados de primera llegada la carga de proteger a quienes llegan como demandantes de asilo o refugiados, tramitar sus solicitudes, y asumir su integración en caso de obtener protección. En la Unión Europea, esta deficiencia del régimen internacional se agrava con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que excluye a los demandantes de asilo y refugiados de la libre circulación y atribuye la responsabilidad de su protección (salvo excepciones por razón de la protección del derecho a la unidad familiar) al país de primera llegada⁵. Los itinerarios y la concentración de las rutas migratorias hace que algunos países del sur de Europa con fronteras más vulnerables a la migración irregular (Grecia, Malta, Italia, España) sean más propensos a recibir un número de migrantes forzosos en relación con su población muy superior a otros países de la región, sin que existan mecanismos de solidaridad eficientes y de reparto de las responsabilidades en la gestión de los controles fronterizos y en relación con la protección internacional.

En la primera parte, el trabajo analizará hasta qué punto el Derecho internacional informal más reciente sobre protección internacional, es decir: *a)* la Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y *b)* las propuestas para una tercera fase del SECA se enfrentan a estos dos desafíos. La segunda parte del trabajo se dedicará a examinar la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones relativa al *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final.

⁵ Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), *DOUE* de 29 de junio de 2013, L 180/31-59.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el primer aspecto, es decir, el acceso a una protección de los migrantes forzados. Esta jurisprudencia parece revelar un cambio de tendencia en el diálogo entre estos dos tribunales, en el que el TEDH era quien marcaba el umbral de protección de las personas necesitadas de protección. El estudio finalizará con algunas reflexiones acerca de las razones que explican por qué la evolución del régimen de la protección internacional está en la actualidad más vinculada a esta jurisprudencia que a los recientes compromisos políticos difusos de escasa densidad normativa.

2. LOS PACTOS: EL NUEVO DERECHO INFORMAL INTERNACIONAL Y EUROPEO SOBRE MIGRACIONES FORZOSAS Y ASILO

En las dos primeras décadas del siglo XXI se están desarrollando tanto en el Derecho internacional universal como regional europeo procesos que han derivado en normas de Derecho informal renovadoras del régimen de la protección internacional. Es el caso de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, el Pacto Mundial sobre los Refugiados, y el Nuevo Pacto europeo. De los tres, este último no es en realidad un *pacto* entre Estados europeos (como sí lo era el Pacto europeo de 2008⁶ adoptado en el Consejo), sino más bien un plan de acción de la Comisión a corto y medio plazo para adoptar normas de Derecho derivado en materia de controles fronterizos, migración y asilo orientadas a superar las deficiencias del marco actual. En esta primera parte se analizará hasta qué punto este nuevo Derecho internacional informal más reciente se enfrenta a estos desafíos y propone estrategias para completar el régimen de la protección internacional.

2.1. La Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial sobre los Refugiados

El número de migrantes forzados en el mundo ya llevaba años aumentando cuando en 2015 se produjo la llamada *crisis de refugiados*, en que se registraron más de un 1.800.000 entradas irregulares a través de las fronteras exteriores de la Unión Europea⁷ y más de 4.000 muertes en el Mediterráneo⁸.

⁶ Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 septiembre de 2008, 13440/08 ASIM 72.

⁷ FRONTEx, *Risk Analysis for 2016*, Luxemburgo, OPOCE, 2016, p. 16. Irregulares en el sentido de no amparadas por las leyes de extranjería.

⁸ OIM, *Missing Migrants. Tracking deaths along migratory routes*, <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>. Se calcula que más de 20.000 personas podrían haber muerto en las diferentes rutas del Mediterráneo desde 2014, año en que por primera vez el mayor número de entradas irregulares se producía por mar, lo que mostraba el «éxito» de las estrategias de extraterritorialización (y externalización) del control, DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Refugee Crisis and Migrations at the Gates of

Con 82,4 millones de migrantes forzados en 2020, de los cuales, 26,4 millones de refugiados, las dos cifras se han duplicado en los últimos diez años⁹. Además del fracaso de la comunidad internacional a la hora de evitar, contener o resolver las crisis para que la huida y la búsqueda de protección internacional no sean una necesidad para millones de personas, el régimen internacional del asilo y el refugio revelaba ya en 2015 grandes desequilibrios en relación con las responsabilidades en la acogida y protección¹⁰ y en relación con las contribuciones financieras y materiales¹¹.

De forma coherente con el planteamiento de que «el desafío [...] es ante todo moral y humanitario», los representantes de los Estados reconocieron compartir «la responsabilidad de gestionar los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes de manera humana, respetuosa, compasiva y centrada en las personas» en la Declaración de Nueva York¹². Es decir, sesenta y cinco años después de la Conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y los apátridas, se reconocían las responsabilidades colectivas de los Estados en la gestión de esta movilidad¹³. En relación con el acceso a la protección internacional se afirmó: «Tenemos la intención de aumentar el número y la variedad de las vías legales disponibles para la admisión o el reasentamiento de los refugiados en terceros países»¹⁴. No obstante, ninguna brecha se abría en el poder de los Estados de decidir acerca de la admisión de los extranjeros: «Reafirmamos que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país. Recordamos, al mismo tiempo, que cada Estado tiene el derecho soberano de decidir a quien admite en su territorio, con sujeción a las obligaciones internacionales que le correspondan»¹⁵. El Pacto Mundial ni tan solo se refiere a la cuestión del acceso a la protección, lo que resulta coherente con una aproximación bastante tibia al reparto de cargas. Las políticas de no entrada dejarían de tener buena parte de su sentido si el lugar de acceso al sistema internacional del refugio no tuviese consecuencias gravosas a corto plazo para el Estado de primera llegada¹⁶.

El Anexo I de la Declaración de Nueva York establece un «Marco de respuesta integral para los refugiados» sobre la participación más equitativa de los Estados en las cargas y responsabilidades y se establecen compromisos

Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls», *Paix et Sécurité Internationales*, 2019, núm. 7, pp. 117-160.

⁹ ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento Forzado 2020*, Ginebra, 2021, p. 6.

¹⁰ Diez países acogen el 56 por 100 de personas desplazadas a través de las fronteras en el mundo: *ibid.*, p. 19.

¹¹ ACNUR, *Pacto Mundial sobre los Refugiados. Guía rápida*, septiembre de 2018, p. 2.

¹² Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párrs. 10-11.

¹³ En esta conferencia ya se «Recomienda a los Gobiernos que [...] actúen de común acuerdo, con verdadero espíritu de solidaridad internacional, a fin de que los refugiados puedan hallar asilo y posibilidades de reasentamiento». Recomendación D, UN Doc.A/CONF.2/108, 8.

¹⁴ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 77.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 42.

¹⁶ HATHAWAY, J. C., «The Global Cop-Out on Refugees», *International Journal of Refugee Law (IJRL)*, vol. 30, 2019, núm. 4, doi:10.1093/ijrl/ey062, pp. 591-604, esp. p. 597.

«en cooperación con donantes multilaterales y asociados del sector privado» para movilizar recursos financieros; prestar asistencia, etc. Este marco debía analizarse y perfeccionarse basándose en la práctica hasta la adopción de un Pacto Mundial sobre los Refugiados en 2018 que concretaría estos mecanismos para «aliviar las presiones sobre los países de acogida de los afectados»¹⁷. El Pacto Mundial sobre los Refugiados incorporó un Programa de acción con un apartado principal dedicado a los «Mecanismos de distribución de la carga y la responsabilidad». En primer lugar, se establece un instrumento de cooperación internacional universal, el Foro Mundial sobre refugiados a nivel ministerial con reuniones cuatrienales en donde todos los actores implicados puedan analizar la situación, hacer balance, discutir los desafíos y llegar a compromisos de asistencia financiera, material y técnica. En segundo lugar, se proponen: mecanismos nacionales para apoyar la respuesta a las situaciones de refugiados; la posibilidad de que ACNUR active una «plataforma de apoyo» a petición de los países de acogida o de origen (aunque sería dirigida por grupos de Estados que movilizarían contribuciones y asistencia); y la conveniencia de incorporar los enfoques regionales o subregionales a las «respuestas integrales»¹⁸.

El primer Foro Mundial sobre los Refugiados tuvo lugar en Ginebra en diciembre de 2019 con una amplia participación de representantes de Estados, organizaciones internacionales, empresas, fundaciones, organizaciones de la sociedad civil, académicos y refugiados. Se alcanzaron 840 compromisos, entre los cuales, 160 compromisos de retorno o reasentamientos y unos 250 compromisos de tipo financiero por más de 8.000 millones de dólares. A pesar de todos estos esfuerzos, los enormes desequilibrios entre Estados en materia de protección internacional, marcados por «accidentes geográficos más que por su riqueza o capacidades» han llevado a considerar que las estrategias del Pacto Mundial tienen el riesgo de generar «expectativas no realistas» acerca del número de refugiados que pueden beneficiarse de ellas¹⁹. Y es que, como ya ha apuntado la doctrina, el Pacto carece de una *estrategia* claramente definida respecto del reparto de responsabilidades global²⁰, y los compromisos que se incluyen son difusos y no están acompañados de «medidas efectivas»²¹ ni de «obligaciones detalladas»²².

¹⁷ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Anexo I, párr. 18

¹⁸ Pacto Mundial sobre los Refugiados, A/73/12 (Part II)*, párrs. 14-48.

¹⁹ HANSEN, R., «The Comprehensive refugee Response Framework: A Commentary», *Journal of Refugee Studies*, vol. 31-2, 2018, doi:10.1093/jrs/fev020, pp. 131-151, esp. pp. 135 y 144-145. En el mismo sentido, y proponiendo estrategias concretas, INELI-CIGER, M., «The Global Compact on Refugees and Burden Sharing: Will the Compact Address the Normative gap Concerning Burden Sharing?», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 38, 2019, pp. 115-138.

²⁰ ALEINIKOFF, T. A., «The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees», *IJRL*, vol. 30, 2018, núm. 4, doi.org/10.1093/ijrl/eev057, pp. 611-617, esp. p. 612.

²¹ CHIMNI, B. S., «Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back», *IJRL*, 2019, doi:10.1093/ijrl/eev067, pp. 630-634, esp. p. 3.

²² GILBERT, G., «Indicators for the Global Compact on Refugees», *IJRL*, vol. 30, 2018, núm. 4, doi:10.1093/ijrl/eev053, pp. 635-639, esp. p. 637.

2.2. El Nuevo Pacto europeo sobre Migración y Asilo

El programa de acción del Pacto Mundial sobre los Refugiados establecía la conveniencia de incorporar enfoques regionales a la respuesta *integral*. El enfoque regional europeo a las migraciones forzadas empezó, por lo menos, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la atribución de competencia en materia de migraciones y asilo a la Unión Europea (entre 1999 y 2009, a la Comunidad Europea), y el programa de Tampere, que establecía las prioridades para el primer quinquenio de las políticas que se derivarían de estas competencias. Tras los pactos mundiales, este enfoque europeo se renovaba y actualizaba en el marco de un proceso de revisión de las políticas de inmigración y asilo iniciado en 2015, en plena crisis migratoria en el Mediterráneo.

La Agenda Europea de Migraciones²³ proponía tanto acciones *inmediatas* como prioridades para la gestión de las migraciones, que incluían la revisión de la política de asilo y la construcción de una nueva política de migración legal. Aunque en 2016 se presentaron dos paquetes de medidas para reformar el SECA (destacaba la propuesta de revisión del *sistema Dublín*, con un instrumento de reubicación permanente y de activación automática cuando se hubiesen superado ciertos parámetros objetivos de presión sobre los sistemas de asilo), lo cierto es que el principal avance de esos años fue la transformación de FRONTEX en una Guardia Europea de Fronteras y Costas²⁴, y las perspectivas para replicar el modelo con EASO, para convertirla en una agencia operativa en procedimientos de asilo²⁵. Teniendo en cuenta el relativo fracaso de las negociaciones sobre la tercera fase del SECA, la nueva Comisión elegida tras los comicios del Parlamento Europeo de 2019 presentó el 23 de septiembre de 2020 un *Nuevo Pacto* sobre Migración y Asilo para relanzar el proceso con propuestas más tibias respecto de la solidaridad²⁶. El nuevo pacto fue anunciado en julio 2019, pero durante todo el tiempo transcurrido hasta su presentación, elementos de política interna europea y de geopolítica internacional fueron contribuyendo a la dilución de las expectativas²⁷. El *nuevo pacto* no contiene ninguna referencia expresa al Pacto

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones. Una Agenda europea de migración, Bruselas, 13 de mayo de 2015, COM (2015) 240 final.

²⁴ Reglamento (UE) 2019/1896, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 1052/2013 y (UE) 2016/1624, *DOUE* de 14 de noviembre de 2019, L 295/1-131.

²⁵ Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 439/2010, *DOUE* de 30 de diciembre de 2021, L 468/1-54.

²⁶ El *Nuevo Pacto* se presentó junto con otras cinco propuestas normativas para: 1) establecer un «marco europeo común para la gestión de la migración y el asilo» que incluía una aproximación a la solidaridad interestatal europea; 2) un procedimiento común aplicable a las demandas de protección internacional; 3) reglas acerca del control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores; 4) reglas sobre gestión de situaciones de crisis, y 5) revisar Eurodac. En relación con todo este proceso de revisión del SECA tras la crisis de 2015, véase MORGAGES GIL, S., *De refugiados a rechazados. El sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 108-121.

²⁷ Se trata con detalle esta cuestión en ABRISKETA URIARTE, J., *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 176-181.

Mundial, aunque sí se refiere al Foro Global de 2019²⁸, lo que parece dar más cuenta de posicionamientos de algunos Estados en contra del mismo que de una voz propia que exprese una reflexión profunda y sincera sobre los retos migratorios actuales en el espacio europeo²⁹. En el nuevo pacto continúan presentes estrategias que ya han mostrado sus límites en el pasado reciente: *a)* el vínculo entre los controles migratorios y la protección internacional³⁰; *b)* la búsqueda de la externalización de los controles y la protección, y *c)* una aproximación a la solidaridad como interestatal y basada en la gestión de crisis más que en el reparto de responsabilidades que se ejercen de forma constante y continuada en el tiempo por cuenta de todos, alejada de la «cultura de la bienvenida» (*welcome culture*) europea expresada por buena parte de la sociedad civil durante los acontecimientos de 2015³¹.

En relación con la solidaridad y la equidad en la distribución de responsabilidades, el Nuevo Pacto alude a la necesidad de trazar un «enfoque global que reconozca las responsabilidades colectivas» e introducir un «marco europeo común y una mejor gobernanza de la gestión de la migración y el asilo, así como un nuevo mecanismo de solidaridad»³². Además, reconoce que «ningún Estado miembro debe asumir una responsabilidad desproporcionada y que todos [...] deben contribuir a la solidaridad *de forma constante*»³³. Todo ello resulta significativo ya que el nuevo pacto se propone superar las diferencias insoslayables que impidieron adoptar entre 2016 y 2020 la tercera fase del SECA debido a la oposición de algunos Estados a aceptar un mecanismo de reubicación permanente y automático. La nueva propuesta supone una claudicación en la defensa del respeto del principio de solidaridad porque ni prevé una aplicación automática (dependería de actos de ejecución de la Comisión) ni implica la asunción de compromisos equivalentes por parte de los Estados³⁴. La forma de la solidaridad no está prevista como un acuerdo entre Estados sino más bien como una opción entre reubicación y patrocini-

²⁸ «Como se reiteró en diciembre de 2019 en el Foro Mundial sobre los Refugiados, la UE está decidida a mantener su firme compromiso de prestar un apoyo vital a millones de refugiados y desplazados, así como a auspiciar soluciones sostenibles orientadas al desarrollo», *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final, parág 6.2, p. 22.

²⁹ PINYOL, G., «The New Pact on migration and asylum: A proposal on (maritime) border control», *The new EU Pact and its impact on Mediterranean Migration Governance: Continuity or rupture? EuroMedMig Policy Paper Series*, 2021, núm. 3, pp. 10-12.

³⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Controles migratorios y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

³¹ «What hope might still have been left for a more Cosmopolitan European mainstream, is being destroyed by the European political establishment», en palabras de ANDERSEN, D. J. y SANDBERG, M., «How to Hatch the Wings of a Mockingbird: A Comment on the EU's New Migration and Asylum Pact and the Risk of Destroying Civil Society Engagement in Refugee Relief Work Internally to the EU Member states», *Journal of Borderlands Studies*, 2021, doi: 10.1080/08865655.2021.1985587, pp. 5-6.

³² *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, p. 3.

³³ *Ibid.*, p. 2 (cursivas añadidas).

³⁴ De aprobarse, se podrá aceptar reubicar a demandantes de asilo o bien patrocinar retornos, o incluso contribuir con «otras formas de solidaridad»: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración], Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 610 final.

nio de retorno que, como señala Philippe de Bruycker, son al fin y al cabo contradictorias «lo que no contribuye a construir un nuevo consenso sobre la política de asilo en la Unión Europea (UE), sino al contrario a ratificar a todos los Estados miembros en su opinión»³⁵. La Comisión podría obligar a satisfacer hasta la mitad de la cuota de solidaridad de un Estado, pero la combinación entre compromiso y flexibilidad resulta «demasiado poco fiable y confusa como para generar confianza»³⁶ y, además, ni este mecanismo de solidaridad por etapas³⁷ ni las otras propuestas ligadas al pacto van a lograr frenar los problemas de aplicación del conjunto normativo actual, los rechazos en frontera sin acceso a una protección provisional tras una solicitud de asilo, y los impedimentos a la reubicación³⁸. Los instrumentos de solidaridad del mal llamado *nuevo y pacto*, como apunta Joana Abrisketa, «difícilmente brindan una respuesta realista y asumible frente a los problemas presentes» y, además, la que ofrece, no está ni tan solo admitida como válida colectivamente por parte de los Estados participantes³⁹.

En relación con el desarrollo de vías legales de entrada hacia Europa, la aproximación del *Nuevo Pacto* es aún más limitada. Se reconoce retóricamente que «(d)isponer de canales seguros que ofrezcan protección a quienes lo necesiten elimina el incentivo que estas personas puedan tener para acometer viajes arriesgados hacia Europa y es una prueba de solidaridad con los terceros países que acogen refugiados»⁴⁰. Pero en el apartado 6.6 de pacto, titulado «Desarrollo de las vías legales hacia Europa», solo se mencionan algunas propuestas en relación con la estrategia de reasentamiento y la

³⁵ DE BRUYCKER, P., «The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been», *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 15 de diciembre de 2020, <https://eumigration-lawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>.

³⁶ MAIANI, F., «A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact», *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 20 de octubre de 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-fresh-start-or-one-more-clunker-dublin-and-solidarity-in-the-new-pact/>. La disparidad de aproximaciones al pacto entre detractores por tibio e insuficiente o por atrevido y mal planteado se refleja, por ejemplo, en FRANCE TERRE D’ASILE, «À peine présenté, le nouveau Pacte Migratoire Européen ne fait pas consensus», *Veille Europe*, 28 de septiembre de 2020, <https://www.france-terre-asile.org/veille-europe-articles-archives/du-16-au-30-septembre-2020/a-peine-presente-le-nouveau-pacte-migratoire-europeen-ne-fait-pas-consensus>.

³⁷ Estas etapas son, de forma resumida: 1) identificación de las necesidades debido a una presión o crisis migratoria por parte de la Comisión; 2) puesta a disposición de contribuciones de diverso tipo por parte de los Estados; 3) en su caso, ajuste obligatorio de las contribuciones hasta el 50 por 100 de las cuotas atribuidas, y 4) finalmente, ejecución. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración [...], COM (2020) 610 final, arts. 45-56.

³⁸ PEERS, S., «First analysis of the EU’s new asylum proposals», *EU Law Analysis*, 25 de septiembre de 2020, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html>.

³⁹ ABRISKETA URIARTE, J., «El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo: hacia un marco jurídico aún más complejo», en ABRISKETA URIARTE, J. (coord.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 307-335, esp. p. 332. En este trabajo se desarrolla con gran precisión las razones del rechazo por parte del «bloque del Mediterráneo» (España, Italia, Chipre, Malta y Grecia) a la propuesta de control en frontera y examen de las solicitudes; y la posición del grupo *Visegrad* (Hungría, Polonia, Chequia y Eslovaquia) en relación con las propuestas que evoquen la solidaridad en materia de protección internacional (pp. 313-318).

⁴⁰ *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, Bruselas, párr. 6.6.

posible futura financiación de vías complementarias basadas en patrocinios comunitarios o privados. Ni tan solo se menciona la posibilidad de regular a escala europea la emisión de visados humanitarios, aunque la facilitación de visados sea una de las medidas que se proponen para «fomentar la movilidad de los viajeros de buena fe, incluidos los intercambios de estudiantes»⁴¹, y a pesar de las propuestas del Parlamento en este sentido⁴². La mayor parte del apartado se dedica a fomentar las vías legales en el marco de asociaciones de migración laboral legal y asociaciones de talento. Acompañando al pacto, una Recomendación de la Comisión concretaba sus propuestas «sobre las vías legales para obtener protección en la Unión Europea: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias» con la pretensión de reactivar los compromisos de los Estados especialmente en materia de reasentamiento, estancados en buena parte por las consecuencias a la movilidad de la pandemia covid-19⁴³.

3. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO MOTOR DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

A pesar de las dificultades para avanzar en la reformulación de un Derecho internacional de asilo y refugio convencional, informal o institucional, en el entorno regional europeo va desarrollándose este régimen a partir de la jurisprudencia de dos tribunales internacionales: TEDH y TJUE. A partir de los años noventa del siglo xx, el TEDH ha ido interpretando ciertos artículos del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de un modo que suponían una garantía específica para los demandantes de asilo y refugiados en Europa; en cambio, la jurisprudencia del TJUE sobre protección internacional se ha desarrollado en paralelo a la evolución del SECA, así que no ha sido hasta bien entrado el siglo XXI cuando se han ido interpretando sus instrumentos.

Progresivamente y tras procesos de diálogo jurisdiccional, en general, el TJUE iba asumiendo en su jurisprudencia estándares de protección del TEDH, a pesar de que ciertos principios de la integración europea pasaran por ello a un segundo plano (p. ej., el principio de la confianza mutua)⁴⁴. El

⁴¹ *Ibid.*, párr. 6.6. final.

⁴² Se desarrolla la posibilidad de esta aproximación europea a los visados humanitarios en MORGADES GIL, S., «Entre visado y humanitario: A vueltas con los conceptos de competencia y jurisdicción en el Derecho de la Unión Europea y europeo de los Derechos Humanos», en ABRISKETA URIARTE, J. (coord.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 251-274.

⁴³ Recomendación (UE) 2020/1364, de la Comisión, de 23 de septiembre, sobre las vías legales para obtener protección en la Unión Europea: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias, *DOUE* de 1 de octubre de 2020, L 317/13-22.

⁴⁴ Así, este principio acaba cediendo el paso a la necesidad de preservar el estándar de protección del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes marcado por el TEDH, en casos de transferencia de demandantes de asilo entre Estados miembros basados en la aplicación del sistema *Dublín*. El

TJUE solía aproximarse a los temas de extranjería desde perspectivas más estatocéntricas, basadas en consideraciones difusas de seguridad y poderes del Estado y, en cambio, el TEDH, por definición, resuelve las demandas de un modo más centrado en las personas y sus derechos. Ello no obstante, recientemente el Tribunal de Justicia ha incluso superado al TEDH en cuando al nivel de protección de los demandantes de asilo en una especie de *sorpasso* que aún es pronto para saber si obedece a motivos circunstanciales o contextuales concretos o bien tiende a consolidarse. Algunos autores han planteado que quizá el TEDH haya llegado a un «punto de inflexión» que marque un «punto final provisional» tras un largo periodo de jurisprudencia «dinámica», evolutiva, y configuradora de un estatuto informal de protección basado en los derechos humanos de las personas extranjeras⁴⁵.

En este apartado se estudiará la jurisprudencia reciente de los dos tribunales acerca del *pre-acceso* y el acceso a la protección a partir de algunas sentencias sobre vías de entrada, detención, y retornos automáticos de inmigrantes tras un cruce irregular de las fronteras. En relación con los mecanismos de solidaridad y reparto de cargas o responsabilidades, es decir, la segunda laguna del régimen internacional y europeo, solo el TJUE ha aludido directamente a esta cuestión ya que en el entorno de la Unión Europea la solidaridad es tanto un valor como un principio que informa expresamente las políticas de control de fronteras, inmigración y asilo⁴⁶. Así, por ejemplo, en una Sentencia de 2 de abril de 2020, declaró el incumplimiento de Polonia, de Hungría y la República Checa en relación con las medidas *ad hoc* de reubicación adoptadas en 2015 para hacer frente a la crisis de gestión migratoria de ese año en el Mediterráneo, aunque el argumento principal no fuese directamente referido al principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades⁴⁷.

Aunque el Pacto Mundial sobre los Refugiados no se refiera a la cuestión del acceso a la protección, la Asamblea General de las Naciones Unidas sí lo ha hecho en repetidas ocasiones, en resoluciones sobre la Oficina del ACNUR. Así, la Asamblea General:

TEDH establece este estándar basado en el riesgo real personal en las sentencias *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* de 2011 y *Tarakhel c. Suiza* de 2014, y el TJUE lo acepta tras una cierta vacilación basada en el principio de confianza mutua entre Estados. Se ha desarrollado esta cuestión en MORGADÉS-GIL, S., «The “internal” dimension of the *safe country* concept: The interpretation of the *safe third country* concept in the Dublin system by International and internal Courts», *European Journal of Migration and Law*, vol. 22, 2020, pp. 82-113.

⁴⁵ THYM, D., «The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on “Hot Returns” and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy», *IJRL*, 2020, doi:10.1093/ijrl/eeab004, pp. 1-28, esp. p. 21.

⁴⁶ Además de en el preámbulo y en el art. 2 TUE, se menciona expresamente en los arts. 67 y 80 TFUE, en el capítulo en el que se encuentran las bases jurídicas de las políticas comunes de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores.

⁴⁷ Que «de conformidad con el art. 80 TFUE, (es) el principio rector de la política de asilo de la Unión», SSTJUE de 2 de abril de 2020, *Comisión Europea c. República de Polonia; Comisión Europea c. Hungría; Comisión Europea c. República Checa*; C-715/17; C-718/17; C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257, párr. 181. La referencia al principio contenido en el art. 80 también es importante en el razonamiento del TJUE en la Sentencia de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría c. Consejo*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, párrs. 253 y 304.

«(o)bserva con grave preocupación los considerables riesgos a que se exponen muchos refugiados y personas en busca de asilo en su intento de buscar seguridad y alienta la cooperación internacional para asegurar el establecimiento de mecanismos de respuesta adecuados, incluidas medidas para salvar vidas y servicios de recepción, registro y asistencia, así como para asegurar que el acceso seguro y regular al asilo esté siempre abierto a las personas que necesitan protección internacional»⁴⁸.

El acceso a una protección provisional en el marco de la política europea de asilo está especialmente en riesgo debido a la aproximación de la Comisión expresada en el Nuevo Pacto sobre Migración Asilo. Así, la propuesta de Reglamento por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores que lo acompaña tiene precisamente por objeto «el control en las fronteras exteriores de los Estados miembros de todos los nacionales de terceros países que hayan cruzado la frontera exterior de forma no autorizada, de aquellos que hayan solicitado protección internacional durante las inspecciones fronterizas sin cumplir las condiciones de entrada, así como de aquellos que hayan desembarcado tras una operación de búsqueda y salvamento»⁴⁹. Este control «se aplicará a dichas personas independientemente de si han solicitado protección internacional»⁵⁰, lo que en cierto modo reduce el ámbito de aplicación temporal y espacial del régimen internacional de la protección internacional cuyo pilar es el principio de *non-refoulement*, aplicable incluso en frontera a todos los demandantes de protección tanto si cumplen como si no las condiciones de entrada de la política migratoria europea. En la aproximación del Nuevo Pacto, las políticas migratorias y de control de fronteras claramente se imponen a la aplicación del régimen de protección internacional fundamentado en la protección de los derechos humanos.

3.1. Acceso a la protección internacional y medidas de detención: *FMS-FNZ, SA-SA junior (TJUE) versus Ilias y Ahmed* *c. Hungría (TEDH)*

En *Ilias y Ahmed c. Hungría*, la Gran Sala del TEDH no consideró aplicable el artículo relativo a la prohibición de detenciones arbitrarias por la posibilidad *fáctica* de los demandantes de salir de la zona de tránsito en Röszke y volver hacia el país desde el que habían entrado a la Unión Europea⁵¹. La si-

⁴⁸ Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020, 75/163. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, A/RES/75/163, párr. 34; y también Resolución de 18 de diciembre de 2019, A/RES/74/130, párr. 40; Resolución de 17 de diciembre de 2018, A/RES/73/151, párr. 35; Resolución de 19 de diciembre de 2017, A/RES/72/150, párr. 30.

⁴⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 612 final, art. 1.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 3.

⁵¹ STEDH *Ilias and Ahmed c. Hungary* (GC), núm. 47287/15, de 21 de noviembre de 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

tuación en esta zona se mantuvo por un tiempo indefinido puesto que Serbia rechazaba readmitir a inmigrantes que, según su interpretación, no habían entrado *ilegalmente* en Hungría (que era a lo que se comprometía según un acuerdo de readmisión entre los dos países)⁵².

En cambio, el TJUE, en un caso muy similar resuelto unos meses más tarde, *FMS-FNZ, SA-SA junior*, consideró que la situación de los demandantes alojados en la zona de tránsito de Röszke no podía distinguirse de un *régimen de retención* y descartó el argumento de las autoridades húngaras de que eran libres de irse. Según el Tribunal ello «no podría cuestionar la apreciación de que la ubicación de estos demandantes en la zona de tránsito no es distinta de un régimen de retención» puesto que su entrada en Serbia sería considerada como ilegal y susceptible de ser sancionada, por lo que los demandantes no tenían una «posibilidad *efectiva* de irse de la zona de tránsito»⁵³.

3.2. Retorno automático tras entrada irregular y principio de *non-refoulement*: *Comisión Europea c. Hungría* (TJUE) *versus N. D. y N. T. c. España* (TEDH)

El TJUE consideró en la sentencia *Comisión Europea c. Hungría* que los traslados coactivos colectivos de nacionales de terceros países a zonas fronterizas sin que existiese posibilidad efectiva de ingresar en una zona de tránsito equivalían a expulsiones contrarias a las garantías de la Directiva de retorno (2008/115), es decir, eran contrarios al Derecho de la Unión Europea por no respetar los procedimientos y garantías establecidos⁵⁴. En cambio, el TEDH había considerado unos meses antes en una situación similar, pero esta vez contra España (*N. D. y N. T.*), que los retornos automáticos de personas extranjeras no habían constituido una expulsión colectiva teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, aunque ningún procedimiento formalmente establecido hubiese precedido al retorno⁵⁵. La sentencia del TJUE declara el incumplimiento de Hungría por violación de normas del SECA y de la Directiva de retorno interpretadas a la luz de los arts. 6, 18 y 47 de la Carta de derechos fundamentales. La Comisión (y luego el Tribunal) consideraba que la argumentación húngara sobre que existía una situación de crisis provocada por una *inmigración masiva* no podía seguir justificando prácticas por las que inmigrantes en situación ilegal fuesen sistemáticamente traslada-

⁵² Sobre esta ficción, NAGY, B., «A —pyrrhic— victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake», *EU Immigration and Asylum Law and Policy. Blog*, 15 de junio de 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/a-pyrrhic-victory-concerning-detention-in-transit-zones-and-procedural-rights-fms-fnz-and-the-legislation-adopted-by-hungary-in-its-wake/>.

⁵³ STJUE de 14 de mayo de 2020, *FMS-FNZ, SA-SA junior*, C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, párrs. 227-229 (cursivas añadidas).

⁵⁴ STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Comisión c. Hungría*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

⁵⁵ STEDH *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8575/15, 8697/15 (traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos), de 13 de febrero de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515.

dos a una franja del país entre una valla y la frontera con Serbia, sin apenas posibilidad fáctica de llegar a dos zonas de tránsito en Rösztke y Tompa o a lugares aptos para vivir, lo que les llevaba a salir de Hungría y entrar en territorio serbio. Estos traslados forzados fueron interpretados como formas de expulsión contrarias a la directiva de retorno que exige que se siga un «procedimiento de retorno» para la ejecución de la «decisión de retorno» con un pleno respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona⁵⁶. El TJUE tuvo en cuenta los principios de humanidad y de protección de la dignidad de las personas, así como también el principio de no devolución para interpretar las disposiciones de la directiva europea y sus efectos ante prácticas generales y sostenidas en el tiempo de Hungría. Por ello, no solo el resultado final, sino la aproximación al caso difiere de otras sentencias en las que la situación fáctica tiene ciertas analogías con la situación húngara.

Así, por ejemplo, contrasta con sentencias del TEDH sobre situaciones en las que existe una práctica de las autoridades de devolución sumaria sin que se sigan los procedimientos establecidos en la Directiva de retorno. En la sentencia de Gran Sala del caso *N. D. y N. T. c. España* de 13 de febrero del 2020⁵⁷, la respuesta del TEDH es mucho más borrosa en relación con el principio de *non-refoulement* y respecto de las garantías procedimentales básicas para (como decía el TJUE) preservar la humanidad en el retorno y «los derechos fundamentales y (la) dignidad» de los retornados⁵⁸. La situación en *N. D. y N. T.* también se produjo en el contexto de una práctica continuada y general, pero el TEDH: por una parte, descartó tener en cuenta el principio de *non-refoulement*, ya que consideró que no existía ningún riesgo de violación del art. 3 CEDH (la demanda a este respecto había sido considerada inadmisibile en un estadio anterior del procedimiento); y, por otra parte, estableció que el retorno sin identificación ni procedimiento alguno hacia Marruecos de extranjeros que habían atravesado las demarcaciones fronterizas (las vallas) irregularmente no era contrario a la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo 4 del Convenio. En este segundo caso, el argumento de *humanidad* y de *dignidad* de los retornados cede el paso ante su pretendida «conducta culpable»⁵⁹. Al no haber optado por aprovechar las vías de entrada supuestamente existentes hacia España, la ausencia de un mínimo procedimiento e identificación resulta asumible para el TEDH y, con ello, desde nuestro punto de vista, consiente indirectamente la *deshumanización e indignidad* para con los demandantes⁶⁰.

⁵⁶ STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Comisión c. Hungría*, C-808/18, párrs. 248-250. Para un análisis pormenorizado y contextualizado de esa sentencia, véase FERRER LLORET, J., «La Unión Europea ante el Derecho de asilo: A propósito de la sentencia Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional)», *RDCE*, vol. 68, 2021, pp. 25-66.

⁵⁷ Esta sentencia se emitió tras el recurso presentado por las autoridades españolas contra la sentencia de la Sección 3.ª de 3 de octubre de 2017: TEDH, *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8575/15, 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515.

⁵⁸ STJUE de 17 de diciembre de 2017, *Comisión c. Hungría*, C-808/18, párr. 248.

⁵⁹ STEDH *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8575/15, 8697/15, de 13 de febrero de 2020, párrs. 200 y 208.

⁶⁰ El TEDH ha reiterado esta jurisprudencia, si bien, en el caso concreto, se consideró que los demandantes habían actuado correctamente, por lo que condenó al Estado defensor: *M. K. and others c. Poland*,

3.3. El *pre-acceso a la protección o el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y del Convenio Europeo: X. y X. c. Bélgica (TJUE) y M. N. y otros c. Bélgica (TEDH)*

El argumento del TEDH en la sentencia *N. D. y N. T. c. España* de febrero de 2020 se desvaneció, en parte, en la decisión *M. N. y otros c. Bélgica* del mes siguiente, en la que el Tribunal consideró que los visados humanitarios no están cubiertos por el ámbito de protección del Convenio⁶¹. La supuesta existencia de vías de entrada legales en España operaba como justificación del argumento de la *conducta culpable* de los inmigrantes que no las utilizan y tensionan las fronteras europeas, pero resulta que las decisiones sobre la emisión de visados humanitarios no podrían ser controladas en función del Convenio Europeo. Tanto el TEDH como el TJUE se han pronunciado sobre este tipo de casos, es decir, relativos a lo que podría llamarse el *pre-acceso a la protección o la entrada en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, o personal del Convenio Europeo*. En esta cuestión los dos tribunales han mantenido en 2020 posiciones especialmente apocadas y marcadas por contextos en que la aproximación política a las migraciones es securitaria, intergubernamentalista, y disuasoria. En la primera de las dos resoluciones (*X. y X. c. Bélgica*) la situación era extraterritorial, puesto que se trataba de resolver el alcance del margen de discrecionalidad de un Estado europeo en la emisión de un visado humanitario de validez territorial limitada en la embajada belga en Beirut a una familia siria en virtud del Código de Visados Schengen. El TJUE consideró que no eran aplicables de forma estricta las normas de Derecho derivado (ni el Código de Visados —entendiendo que solo regulaba visados de corta duración y que la *intención* de los demandantes era permanecer por más tiempo en territorio europeo—, ni las normas del SECA), aunque el caso planteara cuestiones tanto de política de visados como de política de asilo, es decir, ámbitos del Derecho de la Unión Europea. El TJUE no tuvo en cuenta el principio de *non-refoulement*, el riesgo de violación de derechos consagrados en la Carta, ni los principios de humanidad o de efecto útil, como sí lo hizo en la sentencia contra Hungría, en la que el *non-refoulement* alcanzaba una dimensión práctica concreta⁶². Para el Tribunal, las decisiones sobre los visados no entraban dentro del ámbito material del Derecho de la Unión Europea, por lo que la Carta no jugaba ningún papel como parámetro de control.

La decisión de inadmisibilidad del TEDH en el caso *M. N. y otros c. Bélgica*, de 5 de marzo de 2020, también supuso la inhibición del control del respeto de los derechos humanos de la medida estatal, pero esta vez porque los demandantes no se encontraron bajo la jurisdicción belga y, con ello, es-

núms. 40503/17, 42902/17, 43643/17, 23 de julio de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0723JUD004050317, párr. 207.

⁶¹ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, núm. 3599/18 (GS), de 5 de marzo de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC00359918.

⁶² STJUE de 7 de marzo de 2017, *X. y X. c. Estado belga*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

tuvieron fuera del ámbito de aplicación personal del Convenio europeo⁶³. La situación de hecho era prácticamente idéntica a la de la sentencia del TJUE. En la primera parte de su razonamiento el TEDH hizo una recapitulación de su propia jurisprudencia, reiterando el carácter excepcional del ejercicio de *jurisdicción* en el sentido del art. 1 por actos realizados o que producen efectos fuera de su territorio. *M. N. y otros* no encajaba en ninguno de los dos grandes grupos de casos: A) aquellos en los que circunstancias específicas de naturaleza procedimental justifican la aplicación del Convenio, como cuando se ejerce jurisdicción sobre las partes en procedimientos que tienen lugar ante órganos judiciales aunque los hechos encausados hubiesen ocurrido fuera del territorio⁶⁴. Y B) casos en los que se ejerce: a) un control efectivo en una zona situada fuera del territorio nacional directamente o a través de una administración local subordinada; b) poder público en forma de autoridad y responsabilidad en el mantenimiento de la seguridad; c) uso de la fuerza o custodia por parte de agentes del Estado que actúan en el exterior siempre que las personas afectadas estén bajo su *control* o bajo su *poder y control físico*, y d) o bien acciones u omisiones de agentes diplomáticos o consulares que, actuando en función de su capacidad oficial, ejercen su autoridad sobre personas o bienes en el exterior⁶⁵.

A partir de esta recapitulación, el TEDH desgranó las razones por las cuales los demandantes no habrían estado bajo la *jurisdicción* de Bélgica por más que hubiesen tenido relación con «agentes diplomáticos actuando en función de su capacidad oficial ejerciendo su autoridad sobre personas en el exterior»⁶⁶. El Tribunal consideró que al no tratarse de nacionales belgas ni haber sido sometidos a un control ineludible por parte de las autoridades diplomáticas (pudieron entrar y salir libremente de las dependencias de la embajada) no se había ejercido de forma efectiva «autoridad o control sobre los demandantes»⁶⁷. Además, mantuvo que, a diferencia de otros casos, no cabía analizar el riesgo de sufrir tratos contrarios al Convenio en caso de expulsión debido a que los demandantes no se habían encontrado nunca en territorio belga o en sus fronteras⁶⁸, y ello por bien que las autoridades belgas hubiesen ejercido poder público, es decir, «*funciones* gubernamentales

⁶³ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, núm. 3599/18 (GS), de 5 de marzo de 2020, párrs. 8-42.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 109.

⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 103-106.

⁶⁶ En palabras del Comité de Derechos Humanos, podría decirse que se «ejerció jurisdicción [...] en una forma que [...] expuso (a los demandantes) a un riesgo auténtico de ser víctima de violaciones de sus derechos [...] que cabía razonablemente prever» o que las actuaciones de las autoridades belgas en la embajada constituía «un vínculo en la cadena causal que haría posible las violaciones en otra jurisdicción»: Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 30 de julio de 2019 sobre la Comunicación núm. 1539/2006, *Mohammad Munaf c. Rumanía*, CCPR/C/96/D/1539/2006, párr. 14.2.

⁶⁷ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, párrs. 113 y 118.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 120. Desde *Hirsi Jamaa* parecía que no era necesaria la ubicación física en el territorio del Estado, ni en sus fronteras, para considerar la posibilidad de un ejercicio de jurisdicción extraterritorial [sentencia *Hirsi Jamaa* (GS), núm. 27765/09, de 23 de diciembre de 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509].

a través de las cuales el poder del Estado encuentra una expresión concreta en un caso determinado»⁶⁹. El Tribunal también consideró que no bastaba el haber presentado una solicitud que comportara la adopción de una decisión oficial para que se activara la jurisdicción de un Estado porque ello: *a)* supondría generar «una obligación ilimitada para los Estados partes de autorizar la entrada en su territorio de cualquier persona que se encontrara en riesgo de sufrir tratos contrarios al Convenio fuera de su jurisdicción»⁷⁰, y *b)* iría en contra del principio de Derecho internacional que otorga a los Estados la potestad de controlar la entrada y presencia de los extranjeros en su territorio⁷¹. Tampoco fue considerado suficiente que las decisiones denegatorias de los visados hubiesen sido sometidas a impugnaciones y procedimientos judiciales que, en el contexto del examen de posibles violaciones del art. 2 del Convenio, sí habían sido considerados en otros casos como generadores de un *vínculo jurisdiccional* por parte del TEDH⁷².

La lectura de la decisión del Tribunal suscita diversas consideraciones: en primer lugar, parece como si, por primera vez (y en mala hora), el Tribunal fuese consecuente con una concepción algo clásica del Derecho internacional de que las restricciones a la soberanía entendida como poder absoluto sobre el territorio de los Estados son de interpretación restrictiva. La protección internacional de los derechos humanos a lo largo del siglo XX ha servido precisamente para afianzar la idea de que existen valores públicos globales como la dignidad humana que modulan esta soberanía o su ejercicio, es decir, que la definen. Si bien el Estado continúa siendo soberano sobre su territorio en el Derecho de extranjería, el ejercicio de esta competencia de control sobre la entrada, la estancia y la salida de las personas extranjeras debe ser compatible con la protección de los derechos humanos y de los demandantes de asilo, lo que supone el cumplimiento de deberes positivos de prevenir violaciones estos derechos. En ningún momento se pone en duda la cuestión material de fondo que planea sobre todo el caso: que los solicitantes eran refugiados o personas con necesidad de protección internacional puesto que se encontraban fuera del Estado de su nacionalidad y tenían temor de ser perseguidos o un riesgo real de ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes derivados de la violencia generalizada en el país de origen. La cuestión que se trataba de resolver es si, ya que estas personas habían logrado establecer una conexión con el Estado en cuyas dependencias diplomáticas en Beirut estuvieron, Bélgica estaba obligada a emitir los visados humanitarios para acceder en condi-

⁶⁹ Es decir, que se ejerció «jurisdicción funcional», es decir, que entre el Estado y el individuo se estableció un «*sovereign-authority nexus*» en una situación específica, con el ejercicio de «poderes públicos»: MORENO-LAX, V., «The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control-On Public Powers, *S. S. and others c. Italy*, and the “Operational Model”», *German Law Journal*, vol. 21, 2020, núm. 3, pp. 385-416, esp. pp. 402-403.

⁷⁰ Decisión del TEDH, *M. N. and others c. Belgium*, párr. 123.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 124.

⁷² Así, por ejemplo, en las sentencias *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* (GS), núm. 36925/07, de 29 de enero de 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, párr. 188; y *Hanan c. Alemania* (GS), núm. 4871/16, de 16 de febrero de 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116, párr. 142.

ciones seguras al territorio europeo. En nuestra opinión, el vínculo conector no tiene que buscarse ni en las decisiones que toma la Oficina de Extranjeros en Bélgica, ni en los procedimientos posteriores de impugnación, sino precisamente en la presencia de los demandantes ante las autoridades diplomáticas que, actuando en el ámbito de sus funciones oficiales, ejercieron su autoridad sobre los demandantes. El estar bajo la jurisdicción de un Estado no proviene de la entidad ni de la intensidad de las funciones que se ejercen, sino de que existan agentes con autoridad estatal a través de quienes se ejerce soberanía que la ejerzan efectivamente sobre las personas o deban hacerlo de acuerdo con sus funciones. Los actos de autoridad no causan la jurisdicción, si bien su impacto en la situación jurídica de una persona puede constituir una prueba de que esta estuvo bajo la jurisdicción de un Estado. Además, el hecho de que alguien haya podido escoger voluntariamente situarse en una jurisdicción e incluso pueda salir de ella no ha sido un criterio tomado en consideración en muchos otros casos en los que personas logran alcanzar espacios que están bajo la jurisdicción territorial de un Estado, como el caso de los inmigrantes que atravesaron ilegalmente las fronteras españolas desde Marruecos en *N. D. y N. T.*⁷³.

4. REFLEXIONES FINALES

Primera. Uno de los méritos principales del Pacto Mundial sobre los Refugiados es su propia existencia porque supone una movilización global en favor de los refugiados y «un paso adelante significativo en la retórica de la responsabilidad compartida» para con ellos⁷⁴. Como apunta Alexander Betts, el «Pacto sobre los refugiados tiene el potencial de marcar la diferencia» y puede llegar a ser un primer paso de una «visión estratégica a largo plazo» aunque falte un largo camino por recorrer hasta su traducción en la práctica⁷⁵. La Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial suponen una cierta renovación del discurso jurídico de la movilidad humana y, por tanto, de la búsqueda de un equilibrio entre la libertad individual de salir del país de origen y el derecho de las sociedades organizadas en Estados de ejercer un control sobre su territorio y población. En el caso de las migraciones forzadas, el principio de *non-refoulement* y derechos humanos como el que protege a las personas ante riesgos graves para la vida, la integridad o la libertad hacen que el equilibrio entre una y otro se incline más a favor de los derechos individuales relacionados con el acceso a una protección. La jurisprudencia internacional europea, con matices, ha ido confirmando durante años esta interpretación. Con todo, la sostenibilidad mundial y regional de esta situación

⁷³ Sentencia *N. D. y N. T. c. España* (GS), de 13 de febrero de 2020, párr. 190.

⁷⁴ DOYLE, M. W., «Responsibility Sharing: From Principle to Policy», *IJRL*, 2018, doi:10.1093/ijrl/eeey046, p. 2.

⁷⁵ BETTS, A., «The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change?», *IJRL*, vol. 30.4, 2018, doi:10.1093/ijrl/eeey056, p. 626. También CANTOR, D. J., «Fairness, Failure, and Future in the Refugee Regime», *IJRL*, 2019, doi:10.1093/ijrl/eeey069.

únicamente depende de que la mayor carga que soportan unos Estados por su situación geográfica quede compensada de forma previsible y duradera por formas de solidaridad y cooperación internacional que aseguren un reparto equitativo de las responsabilidades comunes. El Pacto y el Foro Mundial sobre los Refugiados son buenos instrumentos para canalizar progresivamente los esfuerzos, compromisos y diferencias sobre la gestión equitativa y solidaria de las migraciones forzosas. Las dificultades intrínsecas para un desarrollo adecuado de los principios que los integran (divergentes intereses estatales, utilización geoestratégica de las migraciones, etc.), así como dificultades extrínsecas más o menos sobrevenidas (crisis migratorias u otras con afectación sobre las migraciones y sobre las capacidades de cooperación —como la pandemia covid-19—), pueden haber frenado su potencialidad a corto y medio plazo. La evolución de la jurisprudencia del TEDH parece reflejar estos límites. Aunque los dos fenómenos no estén directamente interrelacionados, apuntan en direcciones semejantes. El mayor peso de los derechos humanos subjetivos en la interpretación del equilibrio entre control migratorio y derecho de acceso a la protección está llegando a sus límites sin un contrapeso basado en: *a*) una solidaridad interestatal basada en el reparto de cargas y responsabilidades comunes de la comunidad internacional, y *b*) una solidaridad interpersonal, humana y cosmopolita de las sociedades de acogida respecto de las personas necesitadas de protección.

Segunda. Que el TEDH infiriera un deber implícito del art. 3 de no trasladar por expulsión, extradición o rechazo a ningún extranjero bajo la jurisdicción de un Estado parte hacia lugares en que pudiera sufrir los tratos prohibidos por el Convenio comportó la creación de obligaciones positivas de protección que tenían consecuencias indistinguibles de un supuesto derecho de acceso y admisión en el territorio (de personas situadas en las fronteras, interceptadas en zonas marítimas no sometidas a jurisdicción estatal, etc.). En los últimos años, no obstante, se han producido dos tipos de situaciones que todavía es pronto para predecir si apuntan tendencias emergentes o bien se trata de fenómenos más o menos aislados. Por una parte, el TEDH está suavizando una jurisprudencia expansiva de la protección, con resoluciones con un sesgo político-contextual marcado por la securitización de las migraciones, la «hiperterritorialización del acceso a los derechos»⁷⁶, y la ilusión de que es fácticamente posible controlar los flujos migratorios forzados. La sentencia *N. D. y N. T. c. España* o la decisión *M. N. y otros c. Bélgica* son muestras de este cambio. Tras años de construcción de un régimen europeo de protección internacional que parte de principios universales, pero en el que el ámbito material y personal se había ido modulando por vía interpretativa de un modo favorable a los derechos subjetivos de las personas, han empezado a aparecer límites. En algunas ocasiones, las argumentaciones que sustentan ciertas resoluciones judiciales pueden aparecer

⁷⁶ FITZGERALD, D. S., «Remote control of migration: theorising territoriality, shared coercion, and deterrence», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, doi:10.1080/1369183X.2020.1680115, pp. 3-4.

como algo frágiles en la medida en que se apartan de una jurisprudencia que parecía asegurada: Así, la teoría de la *conducta culpable* de los demandantes en el caso *N. D. y N. T. c. España*, o de la *autogeneración voluntaria del vínculo* como excluyente de la jurisdicción en el caso *M. N. y otros c. Bélgica*, suponen excepciones a la protección frente a expulsiones colectivas y frente a violaciones de derechos de personas respecto de las que se ha ejercido directamente poder público en el extranjero. La opción contraria a la defendida por el TEDH suponía el ejercicio de obligaciones positivas de protección y, en los dos casos, la extraterritorialidad (embajada en Beirut) o la situación fronteriza (frontera entre Melilla y Marruecos) operan como facilitadores del límite de la protección. Es por este motivo que estos dos factores, ejercicio de obligaciones positivas por parte de los Estados y extraterritorialidad (o territorialidad menguada en fronteras securitizadas), son factores que aparecen como límites a la protección de los derechos de personas que de otro modo estarían protegidas.

Esta jurisprudencia es coherente con los postulados de fortaleza europea que impiden avances normativos en las dos áreas en las que los regímenes internacional y europeo de la protección internacional muestran deficiencias, que son el acceso al asilo y los instrumentos de solidaridad y reparto equitativo de cargas y responsabilidades. Las estrategias interpretativas pueden operar como acompañamiento de tendencias que se vayan consolidando en el plano normativo, pero, como se ha visto, tanto a escala mundial como regional europea este desarrollo normativo es inconsistente, informal y algo retórico. Por otra parte, no obstante, el TJUE está emergiendo como agente de protección al emitir sentencias que se basan en la interpretación de las normas del SECA y sobre retorno teniendo en cuenta los derechos de la Carta de derechos fundamentales. Como ya se había apuntado hace algunos años, el TJUE tiene un importante potencial en la configuración del régimen internacional de la protección internacional, al ser el primer tribunal internacional que se pronuncia acerca de la interpretación del Convenio de Ginebra de 1951 en relación con la política de asilo europea y su aplicación por parte de los Estados miembros⁷⁷. Por lo menos dos factores ayudan a explicar que con el tiempo se esté produciendo esta evolución afianzadora de la protección internacional en el entorno europeo por parte del TJUE: en primer lugar, que desde 2009 la aplicación del SECA debe respetar los estándares de protección de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el mandato del art. 18; y, en segundo lugar, el hecho de que la mayoría de sentencias del TJUE se emitan en el marco de cuestiones prejudiciales, lo que comporta interpretaciones generales de las normas aplicables y no tanto decisiones de violación o no de derechos individuales *in concreto*. La jurisprudencia del TJUE tiene alcance general, lo que supone que cada pequeño avance en la protección tenga un efecto potencialmente exponencial. El contraste entre algunas sentencias de los dos tribunales en supuestos de hecho

⁷⁷ BANK, R., «The Potential and limitations of the Court of justice of the European Union in Shaping International Refugee Law», *IJRL*, vol. 27, 2015, núm. 2, pp. 213-244, esp. p. 241.

análogos ofrece un panorama favorable al TJUE en términos de protección, si bien el *sorpasso* podría ser únicamente circunstancial y temporal. En todo caso, la combinación de ambos instrumentos continúa siendo el mejor medio para la consolidación de un entorno regional europeo de protección que actualice los compromisos adquiridos tanto en el Pacto Mundial sobre los Refugiados como en el Nuevo Pacto europeo de Migración y Asilo.





Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Migraciones y asilo: análisis y perspectivas/
Migrations and asylum: analysis and perspectives
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 47-63
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.1a.02>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 24/05/2021. Aceptación: 30/11/2021

LA UNIÓN EUROPEA, ¿UN GENDARME EN EL MEDITERRÁNEO CENTRAL?: LAS OPERACIONES *EUNAVFOR MED SOPHIA* E *IRINI*

Carolina SOLER GARCÍA*

RESUMEN

LA UNIÓN EUROPEA, ¿UN GENDARME EN EL MEDITERRÁNEO CENTRAL?:
LAS OPERACIONES *EUNAVFOR MED SOPHIA* E *IRINI*

En marzo de 2015 la Unión Europea puso en marcha la operación Sophia, en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa, con el fin de contribuir a desarticular el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y la trata de personas que operan en Libia. Además de ofrecer formación a la guardia costera y la armada libia, y hacer efectivo el embargo de armas a Libia decidido por el Consejo de Seguridad. En marzo de 2020, se pone fin a Sophia y nace la operación Irini. Su objetivo principal es aplicar el embargo de armas a Libia y, de forma secundaria, luchar contra las redes de tráfico y trata de migrantes, y formar a los guardacostas libios. La actuación de estas dos operaciones ha estado muy condicionada, en primer lugar, por la falta de autorización tanto del Consejo de Seguridad como de las autoridades libias para desarrollar sus respectivos mandatos en Libia, un Estado fracasado. En segundo lugar, por la ausencia de acuerdo entre los Estados miembros sobre el lugar de desembarco de los inmigrantes rescatados en el mar. Además, en el contexto de la actuación de estas operaciones se han planteado críticas relativas al respeto de los derechos humanos. No obstante estas evidentes limitaciones, con estas dos operaciones la Unión Europea ha asumido un protagonismo de cierta relevancia en la ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el Mediterráneo central.

Palabras clave: Unión Europea, Política Común de Seguridad y Defensa, Mediterráneo central, Libia, Sophia, Irini, derechos humanos.

* Profesora Ayudante Doctora (acreditada a Contratada Doctora) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alicante (carolina.soler@ua.es). Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto de investigación, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, «El respeto de los derechos humanos y la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el Derecho internacional» (PID2019-107311RB-I00); y en las actividades del Centro de Excelencia Jean Monnet «Inter-University for European Studies of the University of Alicante: The European Union and the Mediterranean» (619838-EPP-1-2020-ES-EPPJMO-CoE). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 4 de octubre de 2021. La autora agradece las observaciones que los dos evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo.



ABSTRACT**THE EUROPEAN UNION, A GENDARME IN THE CENTRAL MEDITERRANEAN?:
OPERATIONS *EUNAVFOR MED SOPHIA* AND *IRINI***

The EU launched Operation Sophia in March 2015, under the Common Security and Defence Policy, to help disrupt the business model of smuggling and human trafficking networks operating in Libya. In addition, the training of the Libyan Coast Guard and Navy was supported, and the arms embargo on Libya decided by the Security Council was implemented. In March 2020, Sophia was terminated and Operation Irini was launched. Its main objective is to enforce the arms embargo on Libya and, secondarily, to fight migrant smuggling and trafficking networks, as well as to train Libyan coastguards. The development of these operations has been heavily conditioned, firstly, by the lack of authorization from both the Security Council and the Libyan authorities to carry out their respective mandates on Libyan territory. Secondly, because of the absence of an agreement between Member States on the place of disembarkation of migrants rescued at sea. Moreover some controversy has arisen in the course of these operations over respect for human rights. Despite these obvious limitations, the EU has become the main international actor responsible for the implementation of Security Council resolutions in the Central Mediterranean.

Keywords: European Union, Common Security and Defence Policy, Central Mediterranean, Libya, Sophia, Irini, human rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LUCHA CONTRA LAS MAFIAS DE LA INMIGRACIÓN Y EL SALVAMENTO EN EL MEDITERRÁNEO CENTRAL.—2.1. La lucha contra el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas.—2.2. El salvamento de personas en peligro en el mar.—2.3. El desembarco de inmigrantes y las posibles vulneraciones de sus derechos humanos.—3. LA FORMACIÓN DE LA GUARDIA COSTERA Y DE LA ARMADA LIBIAS.—4. LA APLICACIÓN DEL EMBARGO DE ARMAS DE NACIONES UNIDAS A LIBIA.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2015 el Consejo de la Unión Europea (UE) decidió el despliegue de la operación *EUNAVFOR MED*¹ —rebautizada como *Sophia*—, como respuesta, entre otros acontecimientos, al naufragio de más de 700 migrantes en el Mediterráneo. El propósito inicial de esta operación consistía en desarticular el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas en el Mediterráneo central meridional. Posteriormente se le asignaron dos funciones adicionales: por un lado, apoyar la capacitación y la formación de la guardia costera y la armada libia; y, por otro lado, hacer efectivo el embargo de armas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a Libia, un Estado fracasado². Tras

¹ Decisión (PESC) 2015/778, del Consejo de 18 de mayo, *DOUE* L 122/31, de 19 de mayo de 2015.

² Tras el estallido de la guerra civil libia en 2011 y la caída de Gadafi, Libia se convierte en un Estado fracasado, sin un gobierno que controle la totalidad del territorio y en el que varias facciones y milicias se disputan el poder del país. Por un lado, el Gobierno de Acuerdo Nacional (GNA) encabezado por Favez al Serraj, quien controla territorialmente la capital, Trípoli, y sus alrededores. Por otro lado, el Ejército Nacional de Libia, comandado por el antiguo aliado de Gadafi, Jalifa Hafter, quien está asentado en el este de Libia y controla la mayor parte del país. Además, Libia se ve sometida a la influencia extranjera de Estados como Rusia y Turquía, debido a los intereses económicos y políticos de estos

sucesivas prórrogas, en marzo de 2020 se pone fin a esta operación, debido a la falta de acuerdo entre los Estados miembros sobre el lugar de desembarco de los migrantes rescatados en el mar.

El Consejo despliega el 31 de marzo de 2020 la operación militar EUNAVFOR MED Irini —que significa «paz» en griego—, frente a las costas del este de Libia; esto es, en una zona distinta en la que operaba Sophia. Debido a la zona geográfica en la que actúa Irini, esta operación, a diferencia de Sophia, no se ocupa del rescate de migrantes en el mar, ya que ejecuta su mandato en una zona geográfica alejada de las principales rutas migratorias. La tarea principal de Irini es supervisar la aplicación del embargo de armas decretado por el Consejo de Seguridad de la ONU (CS)³. Además, lleva a cabo tres tipos de tareas secundarias. En primer lugar, el control de las exportaciones ilícitas de petróleo de Libia de conformidad con las Resoluciones del CS. En segundo lugar, el desarrollo de las capacidades y la formación de la guardia costera y de la armada libia. En tercer lugar, la desarticulación del modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas.

La operación Sophia ha contado con la participación de casi todos los Estados miembros de la UE, excepto de Dinamarca. De entre ellos, Bélgica, junto con Italia, Alemania, España, Reino Unido, Francia, Grecia, Luxemburgo y Eslovaquia, han sido los mayores contribuyentes, aportando buques y aeronaves⁴. El resto de Estados miembros solo ha aportado personal. En concreto, España ha contribuido tanto con medios navales como humanos, además de formar a agentes de la armada libia en la Escuela de Infantería de la Marina General de Albacete y Fuster de Cartagena⁵.

En la operación Irini han participado 24 Estados miembros de la UE. Además de Dinamarca, Malta tampoco participa en Irini, ya que considera que esta no resuelve el problema de la migración. Asimismo, según las declaraciones de la ministra de Defensa española, España no participa en Irini debido a la «indefinición del marco jurídico de la operación»⁶.

En términos económicos, el presupuesto de Sophia fue de 11,82 millones de euros durante el primer año de mandato, para sufragar los costes comu-

países en Libia. Mientras que Rusia apoya al comandante Hafter con el fin de recuperar su influencia en el norte de África, Turquía respalda al GNA, a quien le suministra armas. A este respecto, véase *El País*, «Quién apoya a quién en el tablero libio», 19 de enero de 2020. Disponible en https://elpais.com/internacional/2020/01/17/actualidad/1579267039_864764.html.

³ Decisión (PESC) 2020/472, del Consejo, de 31 de marzo, *DOUE* L 101/4, de 1 de abril de 2020.

⁴ No obstante, a principios de 2019 Bélgica decide retirar su apoyo a Sophia argumentando la ineficacia de la operación; GROS-VERHEYDE, N., «La Belgique pourrait cesser toute contribution à l'opération Sophia en 2019», *Bruxelles 2*, 2018. Disponible en <https://www.bruxelles2.eu/2018/10/la-belgique-cessera-toute-contribution-a-loperation-sophia-en-2019/>; LENS BLANCO, A. J., «Operación Sophia. La PCSD puesta a prueba en el Mediterráneo Central», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2019, núm. 13, pp. 1-82, esp. pp. 24-25.

⁵ *Ibid.*, p. 80.

⁶ *ABCblogs*, «España no participará por ahora en la misión naval de la UE en Libia», 13 de julio de 2020. Disponible en <https://abcblogs.abc.es/tierra-mar-aire/espana/espana-no-participara-por-ahora-en-la-mision-naval-de-la-ue-en-libia.html>.

nes de la operación. En la última prórroga del mandato de la operación cuyo periodo de tiempo comprendía del 1 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020, el presupuesto era de unos 3 millones de euros⁷. Por su parte, el presupuesto inicial de Irini ascendía a 9.837.800 euros durante su primer año, mientras que para los dos años siguientes es de 16.900.000 euros⁸. En la operación Sophia, el presupuesto se establecía en un fondo común gestionado por el Comité Athena⁹, mecanismo que se ocupaba de la financiación de los costes comunes relativos a las operaciones militares de la UE en virtud de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). En la operación Irini, desde marzo de 2021, los fondos se administran a través del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz, que sustituye al mecanismo Athena¹⁰.

En cuanto a los medios, hasta marzo de 2019 Sophia ha dispuesto de tres barcos y ocho aeronaves¹¹. Posteriormente, debido a la suspensión del despliegue de activos navales (epígrafe 2.2), únicamente ha contado con siete aviones. Los medios de la operación Irini se reducen, por el momento, a dos barcos y seis aviones¹².

El presente trabajo se estructura del siguiente modo. En el siguiente epígrafe se estudia cómo Sophia ha tratado de luchar contra el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y la trata de personas (epígrafe 2). A continuación, se aborda cómo Sophia ha contribuido a la formación de la guardia costera y la armada libias (epígrafe 3). Seguidamente, se estudia la supervisión del embargo de armas por parte de Sophia e Irini (epígrafe 4). Para finalizar, se hace una valoración de conjunto de los resultados obtenidos con estas dos operaciones (epígrafe 5).

2. LA LUCHA CONTRA LAS MAFIAS DE LA INMIGRACIÓN Y EL SALVAMENTO EN EL MEDITERRÁNEO CENTRAL

2.1. La lucha contra el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas

El art. 2 de la Decisión 2015/778 desarrollaba la actuación de Sophia en tres fases consecutivas. La primera consistía en el apoyo a la detección y el seguimiento de las redes de migración a través de la recopilación de informa-

⁷ Cfr. la citada Decisión 2015/778 con la Decisión (PESC) 2019/1595, del Consejo, de 26 de septiembre, *DOUE* L 248/73, de 27 de septiembre de 2019.

⁸ Decisión (PESC) 2021/542, del Consejo, de 26 de marzo, *DOUE* L 108/57, de 29 de marzo de 2021.

⁹ Decisión 2011/871/PESC, del Consejo, de 19 de diciembre, *DOUE* L 343/35, de 23 de diciembre de 2011.

¹⁰ Decisión (PESC) 2021/509, del Consejo, de 22 de marzo, *DOUE* L 108/57, de 29 de marzo de 2021.

¹¹ Datos obtenidos en <https://www.operationssophia.eu/mission-at-a-glance/>.

¹² Los dos barcos desplegados en la operación Irini han sido proporcionados por Italia y Grecia. Mientras que los seis aviones han sido aportados por Italia, Grecia, Francia, Alemania, Polonia y Luxemburgo. Pueden consultarse sus características técnicas en https://www.operationirini.eu/media_category/assets/.

ción y el patrullaje en alta mar. La segunda fase se proponía en dos etapas: la primera radicaba en la visita, registro, apresamiento y desvío en alta mar de los buques sospechosos de ser utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos; mientras que la segunda etapa se basaba en estas mismas acciones, pero en aguas territoriales libias. Para ello era necesario, o bien una resolución aplicable del CS, o bien el consentimiento de Libia. La tercera fase también requería de tales autorizaciones para poder adoptar las medidas necesarias contra los buques sospechosos en territorio libio, lo que incluye su destrucción o inutilización.

La primera fase arrancaba en junio de 2015¹³ y, a los pocos meses, el Comité Político y de Seguridad de la UE autorizaba su transición a la segunda fase¹⁴. La Resolución 2240 (2015) del CS establecía la base jurídica que permitía el paso a la segunda fase de esta operación¹⁵. Esto es, autorizaba a Sophia a visitar, registrar, apresar y desviar en alta mar los buques sospechosos de estar siendo utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos¹⁶. Sin embargo, la Resolución 2240 no autorizaba realizar tales acciones en aguas territoriales libias. Por tanto, la única alternativa era contar con la autorización de Libia, un Estado fracasado que carece de gobierno estable. Además, la situación de conflicto en Libia se ha recrudecido desde que se produjo la ofensiva de abril de 2019¹⁷.

Durante su mandato, la operación Sophia ha destruido 545 embarcaciones destinadas al tráfico y la trata de personas y ha detenido a 143 presuntos traficantes de migrantes en alta mar¹⁸. Si bien, las mafias que controlan las redes de tráfico de migrantes han sustituido rápidamente las embarcaciones incautadas por botes inflables, con el consecuente aumento del riesgo en las travesías. Por tanto, la actuación de Sophia no ha afectado de forma significativa al negocio de los traficantes¹⁹. Además, debido a que Sophia únicamente ejecutaba su mandato en alta mar, entre los detenidos no hay altos mandos de las mafias que operan en el Mediterráneo central. Los detenidos son los denominados «chacales», quienes colaboran con las mafias para dirigir a las embarcaciones a aguas internacionales, hacia las inmediaciones de algún barco que los socorra²⁰. De esta manera, los sujetos detenidos por la operación

¹³ Decisión (PESC) 2015/972, del Consejo, de 22 de junio, *DOUE* L 122/31, de 19 de mayo de 2015.

¹⁴ Decisión (PESC) 2015/1772, del Comité Político y de Seguridad, de 28 de septiembre, *DOUE* L 258/5, de 3 de octubre de 2015.

¹⁵ Resolución 2240 (2015) del CS, de 9 de octubre de 2015, *S/RES/2240* (2015).

¹⁶ Decisión (PESC) 2016/118, del Comité Político y de Seguridad, de 20 de enero, *DOUE* L 23/63, de 29 de enero de 2016.

¹⁷ Informe del Secretario General, Consejo de Seguridad, *Aplicación de la Resolución 2437(2018)*, de 5 de septiembre de 2019, *S/2019/711*, p. 3.

¹⁸ Véanse los datos en <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/migratory-pressures/saving-lives-at-sea/>.

¹⁹ PI LLORENS, M., «La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia», *REEI*, 2020, núm. 40, pp. 1-35, esp. p. 12.

²⁰ PONCELA SANCHO, A., «EUNAVFOR MED Operación SOPHIA: un instrumento de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2019, núm. 5, pp. 1-14, esp. p. 10.

Sophia son «actores menores», que se limitan a transportar a los migrantes, pero no forman parte de las redes criminales de trata y tráfico de personas²¹.

Una cuestión que no se aborda ni en las decisiones del Consejo de la UE por las que se crean Sophia e Irini, ni las resoluciones del CS, es el tipo de acciones que los Estados miembros pueden adoptar con respecto a los contrabandistas que se encuentran en los buques inspeccionados. Se debe poner de manifiesto que los contingentes humanos de las operaciones EUNAVFOR son grupos de trabajo militar; por tanto, no pueden llevar a cabo tareas de investigación. Son las autoridades competentes de los Estados miembros quienes tienen jurisdicción, de conformidad con el art. 4 de la Decisión marco 2002/946/JAI²², para investigar y, en su caso, enjuiciar a los presuntos traficantes de migrantes. En este sentido, las investigaciones sobre tráfico de migrantes, al tratarse de un delito transnacional, requieren la cooperación en materia de investigación con los países de origen y tránsito, quienes, en muchas ocasiones, no están dispuestos a contribuir en las investigaciones; como es el caso de Libia²³. A este respecto, no se tiene noticia de que las autoridades libias hayan detenido ni iniciado un procedimiento judicial contra ningún traficante de migrantes.

El Grupo de Expertos sobre Libia del CS ha sostenido en 2019 que el comercio basado en el tráfico de migrantes y la trata de personas hacia Europa y a través de Libia, a pesar de seguir siendo rentable, prácticamente se ha desplomado en comparación con el periodo anterior en 2018. Son varios los motivos que pueden explicar estos datos. Por un lado, el cambio en las legislaciones de los países vecinos y los enfrentamientos localizados a lo largo de las rutas migratorias donde se lleva a cabo el tráfico y la trata han podido obligar a los traficantes a modificar las rutas establecidas para evitar tales obstáculos. En consecuencia, la migración a Libia resulta «más larga, más costosa y más peligrosa»²⁴. Por otro lado, según el Secretario General de la ONU, la disminución del número de personas que son objeto de tráfico en Libia podría estar relacionada con el hecho de que quienes anteriormente estaban involucrados en el tráfico de migrantes y la trata de personas, probablemente ahora están participando en el actual conflicto libio²⁵.

Según un demoledor informe de la Cámara de los Lores, Sophia no ha disuadido de forma significativa el flujo de inmigrantes ni ha interrumpido las redes de tráfico de personas. Más bien, de forma involuntaria, ha provocado

²¹ COCCHINI, A., «Tráfico ilícito de migrantes y operación Sophia: ¿podría aplicarse de nuevo la responsabilidad de proteger en Libia?», *REEI*, 2018, núm. 35, pp. 1-26, esp. p. 9.

²² Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, *DOUE* L 328/1, de 5 de diciembre de 2002.

²³ VENTRELLA, M., «The impact of Operation Sophia on the exercise of criminal jurisdiction against migrant smugglers and human traffickers», *Questions of International Law*, vol. 30, 2016, pp. 3-18, esp. pp. 10 y 14.

²⁴ «Carta de fecha 29 de noviembre de 2019 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Grupo de Expertos sobre Libia establecido en virtud de la resolución 1973 (2011)», 9 de diciembre de 2019, S/2019/914, párrs. 46 y ss.

²⁵ Secretario General, S/2019/711, p. 3.

un aumento de muertes, puesto que los contrabandistas han sustituido las embarcaciones requisadas por otras más precarias²⁶. Por tanto, la reducción de las redes de tráfico ilícito y trata de personas puede obedecer a un cambio estructural en el modelo de negocio de los traficantes, quienes han adaptado sus procedimientos aprovechando el escenario de conflicto y caos de Libia.

Si bien la acción de Sophia permitió, mediante acuerdos de cooperación, el intercambio de información con otros organismos y entidades internacionales, regionales y nacionales. En este sentido sus principales socios han sido, entre otros, la Organización Internacional para las Migraciones, la Corte Penal Internacional, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la INTERPOL, la OTAN, o la Fiscalía Nacional Antimafia y Antiterrorista de Italia. Esta cooperación ha tenido como fin evaluar y tratar de dar respuesta al modelo de negocio de los traficantes de migrantes, así como los factores que afectan a sus operaciones. Estos acuerdos han sido prorrogados, posteriormente, con Irini²⁷.

2.2. El salvamento de personas en peligro en el mar

El salvamento de personas en peligro en el mar no es un objetivo declarado ni de Sophia ni de Irini. Pero se trata, en cualquier caso, de una obligación impuesta por el Derecho internacional²⁸. En la gran mayoría de casos, las embarcaciones de las mafias que parten de las costas libias únicamente disponen del combustible necesario para llegar más allá del límite de las aguas territoriales libias. De este modo, dejan a los inmigrantes solos y con instrucciones de que, una vez en alta mar, utilicen un teléfono por satélite para llamar al Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo de Roma a la espera de ser rescatados²⁹.

Se estima que Sophia ha rescatado a unos 49.000 migrantes en peligro en el Mediterráneo central meridional³⁰. Aunque se trata de una cifra nada despreciable teniendo en consideración que no es una operación destinada a tal fin, se ha criticado su escaso papel en las operaciones SAR (en inglés, *Search and Rescue*). Debido a que los activos de la operación Sophia eran embarcaciones militares, su posición no era pública por razones de seguridad. En consecuencia, los barcos EUNAVFOR MED no eran visibles en el sistema de geolocalización utilizado por el Centro de Control de Rescate Marítimo italiano, quien identifica el barco más cercano al que asignar una operación

²⁶ HOUSE OF LORDS, *Operation Sophia: a failed mission*, 12 de julio de 2017, párr. 45. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldeucom/5/502.htm>.

²⁷ Informe del Secretario General, Consejo de Seguridad, *Aplicación de la Resolución 2491(2019)*, 2 de septiembre de 2020, S/2020/876, pp. 11-12.

²⁸ En concreto, por el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) de 1974 (BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980); y el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos (SAR) de 1979 (BOE núm. 144, de 27 de abril de 1979).

²⁹ Informe del Secretario General, S/2020/876, p. 3.

³⁰ Informe del Secretario General, S/2019/711, pp. 3-5.

de rescate. Todo ello reduce considerablemente la participación de esta operación en las operaciones SAR³¹. Además, no hay informes claros sobre las actividades y resultados de Sophia, por lo que se puede reprobar la falta de transparencia que caracteriza a esta operación³².

En marzo de 2019, el Consejo prorrogó el mandato de la operación Sophia seis meses, pero suspendió temporalmente el despliegue de sus activos navales. Por tanto, *la operación se convierte en una operación naval sin barcos [sic]*, a causa de la falta de acuerdo entre los Estados miembros sobre el lugar de desembarco de los inmigrantes rescatados. En concreto, por la política de puertos cerrados de Estados como Italia para aquellos barcos que llegan con migrantes rescatados, en los casos en los que no hay un acuerdo previo para su reubicación en otros países. Como se ha señalado, «nadie en la UE quería la imagen de un barco de la operación con migrantes a bordo al que se le prohibiera el desembarco, así que la solución fue suspender la parte naval de Sophia»³³. Esto supone, entre otras cosas, una continua reducción de la capacidad de búsqueda y salvamento, por lo que la operación quedó relegada a funciones de formación y vigilancia. En concreto, Sophia utilizó cuatro aviones —pertenecientes a España, Luxemburgo, Polonia, Italia y Francia— para labores de vigilancia. Estos se encargaron de notificar a los Centros de Coordinación de Salvamento Marítimo pertinentes de aquellas circunstancias que necesiten de una respuesta de búsqueda y salvamento³⁴.

El Consejo pone fin a la operación Sophia en marzo de 2020³⁵, tras seis meses sin barcos. Por su parte, el mandato de Irini no hace referencia alguna a las labores de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar. No obstante, como ya se ha señalado, se trata de una obligación impuesta por el Derecho internacional. Si bien no se tiene noticia de que Irini haya realizado ninguna operación de rescate hasta el momento. El radio de operaciones de Irini se centra en la parte oriental de la región SAR de Libia y otras partes de la alta mar entre Grecia y Egipto. Por tanto, opera en un área alejada de las rutas migratorias habituales y se aproxima a las del contrabando de armas, lo que reduce la probabilidad de encontrar migrantes en peligro en el mar. En este sentido, llama la atención que el Consejo, en la Decisión 2020/472, supedita la prolongación de la operación a que esta no provoque un «efecto llamada sobre la migración»³⁶. Algunos Estados miembros, como Austria y Hungría, han mostrado su preocupación por el hecho de que esta operación

³¹ CUSUMANO, E., «Migrant rescue as organized hypocrisy: EU maritime missions offshore Libya between humanitarianism and border control», *Cooperation and Conflict*, vol. 54, 2018, núm. 1, pp. 3-24, esp. p. 13.

³² CARRERA, S. y GUILD, E., «Migrant Smuggling in the EU: what do the facts tell us?», en CARRERA, S. y GUILD, E. (eds.), *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings*, Centre for European Policy Studies, Bruselas, 2016, pp. 11-16, esp. p. 16.

³³ *El País*, «La misión naval de la UE se quedó sin barcos», 31 de julio de 2019. Disponible en https://elpais.com/internacional/2019/07/31/actualidad/1564570425_572810.html.

³⁴ Informe del Secretario General, S/2019/711, p. 5.

³⁵ Decisión (PESC) 2020/471, del Consejo, de 31 de marzo, DOUE L 101/3, de 1 de abril de 2020.

³⁶ Decisión del Consejo (PESC) 2020/472, preámbulo 8 y art. 8.3.

se pueda convertir en un factor de «atracción» para la inmigración irregular, como había ocurrido con su antecesora, Sophia³⁷.

Algunas ONG han acusado a la UE de descuidar las acciones coordinadas de búsqueda y rescate con el fin de que los migrantes no traten de cruzar el Mediterráneo desde Libia³⁸. En este sentido, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que la falta de protección de los derechos humanos de los migrantes en el mar es una consecuencia directa de las políticas y decisiones concretas adoptadas «por parte de las autoridades libias y los Estados miembros e instituciones de la UE, así como de otros actores que han contribuido a poner en riesgo los derechos y dignidad de los migrantes»³⁹.

Todo indica que la UE ha decidido que Irini no lleve a cabo operaciones de salvamento de personas en peligro en el mar con, al parecer, la finalidad de que las mafias no se aprovechen del despliegue de sus efectivos para enviar a migrantes hacia Europa. Además, como se ha señalado en la introducción, Irini no se ocupa de la inmigración por la zona geográfica en la que se encuentra desplegada. Con esta limitación en su mandato, la operación ha sido prorrogada hasta marzo de 2023⁴⁰.

Cuestión distinta es si Irini brinda información a la guardia costera libia sobre las embarcaciones de migrantes que tratan de alcanzar territorio europeo desde sus costas, permitiéndoles devolverlos a centros de detención en Libia⁴¹. En caso de demostrarse tal participación, cabría plantear la responsabilidad internacional de la UE de conformidad con el art. 14 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales⁴². En este contexto, ACNUR ha señalado que, si la participación en una operación de búsqueda y rescate puede determinar el curso de los acontecimientos, se deberían considerar las obligaciones positivas de los Estados, y en este caso de la UE, de conformidad

³⁷ MORAN, J., «Operation Irini in Libya. Part of the solution, or part of the problem?», *CEPS*, 2 de abril de 2020. Disponible en <https://www.ceps.eu/operation-irini-in-libya/>.

³⁸ «El *Ocean Viking* rescata a casi 200 migrantes en la costa de Libia», 1 de agosto de 2021. Disponible en <https://www.informacion.es/internacional/2021/08/01/ocean-viking-rescata-200-migrantes-55746370.html>.

³⁹ ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA, «El Alto Comisionado para los DD. HH. urge a Libia y la UE proteger los migrantes en el Mediterráneo», 28 de mayo de 2021. Disponible en <https://anue.org/es/2021/05/28/el-alto-comisionado-para-los-derechos-humanos-urge-a-libia-y-la-ue-para-que-protejan-los-migrantes-en-el-mediterraneo/>.

⁴⁰ Decisión (PESC) 2021/542, del Consejo, de 26 de marzo.

⁴¹ JONES, C., «EU military mission aids pull-backs to Libya, with no avenues for legal accountability», *Statewatch*, octubre de 2020. Disponible en <https://www.statewatch.org/analyses/2020/eu-military-mission-aids-pull-backs-to-libya-with-no-avenues-for-legal-accountability/>.

⁴² Este precepto establece que: «La organización internacional que presta ayuda o asistencia a un Estado o a otra organización internacional en la comisión por ese Estado o por esta última organización de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar ayuda o asistencia si: a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito, y b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que presta la ayuda o asistencia».

con las normas aplicables del Derecho internacional de los refugiados y los derechos humanos aplicables; como el principio de no devolución⁴³.

2.3. El desembarco de inmigrantes y las posibles vulneraciones de sus derechos humanos

Los efectivos de Sophia e Irini han llevado a cabo operaciones de detección de embarcaciones en peligro en el mar. No obstante, como se ha señalado en el epígrafe anterior, únicamente Sophia ha realizado labores de rescate, con unos 49.000 salvamentos. Según la propuesta del Servicio Europeo de Acción Exterior, todos los migrantes rescatados debían ser trasladados a Italia⁴⁴. Este hecho fue rechazado por el gobierno de Salvini, lo que motivó que la operación continuara su mandato, pero sin barcos. Pero en el caso de que alguno de estos migrantes haya sido trasladado por parte de los operativos de Sophia a territorio libio, o puesto a disposición de las autoridades de este país, se produciría una vulneración del principio de *non-refoulement*⁴⁵. Las personas interceptadas por las autoridades libias o entregadas a estas son enviadas a centros de detención libio, en condiciones lamentables. Se ha constatado que la guardia costera libia, en febrero de 2021, ha trasladado a 3.400 personas a Libia. Solo en el centro de detención de Al-Mabani de Trípoli se han recibido a más de 1.000 personas en febrero de 2021, donde se han denunciado graves vulneraciones de derechos humanos⁴⁶.

Por tanto, las operaciones de rescate y desembarco llevadas a cabo en el marco de estas operaciones pueden dar lugar a posibles vulneraciones de los derechos humanos. Por ello, de *lege ferenda*, es conveniente que el mandato de las operaciones EUNAVFOR MED establezca, al menos, un mecanismo de control administrativo por parte de la UE que registre y controle las posibles vulneraciones de derechos humanos. Teniendo en consideración, además, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no tiene competencia para supervisar el cumplimiento de los derechos humanos en las operaciones llevadas a cabo por la UE, tal y como se explica en el siguiente epígrafe. El mecanismo propuesto podría seguir, *mutatis mutandis*, el modelo establecido en el Reglamento de Frontex, donde se prevé un mecanismo de

⁴³ ACNUR, «Posición de ACNUR sobre la designación de Libia como tercer país seguro y lugar seguro a los efectos del desembarco de personas rescatadas en el mar», septiembre de 2020. Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/610d8d744.html>.

⁴⁴ SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR, *Strategic Review on EUNAVFOR MED Operation Sophia, EUBAM Libya & EU Liaison and Planning Cell*, 27 de julio de 2018, Doc. 11471/18, párr. 195.

⁴⁵ Cabe recordar que Libia no es signataria del Estatuto de los Refugiados de 1951 y las autoridades no reconocen el mandato de ACNUR en materia de protección internacional. La legislación libia típica como delito toda entrada, estancia o salida irregular, por lo que los migrantes, cuando son desembarcados, son objeto de detenciones arbitrarias e indefinidas por parte de la Dirección de Lucha contra la Migración Ilegal de Libia; Informe del Secretario General, S/2020/876, p. 4.

⁴⁶ Preguntas parlamentarias, *Aumento de los retornos de migrantes a Libia desde principios de 2021 y seguimiento por el SEAE de los migrantes retornados en los centros de detención libios*, 26 de marzo de 2021, Ref. E-001700/2021.

denuncia que trata de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en todas las actividades de la Agencia⁴⁷.

3. LA FORMACIÓN DE LA GUARDIA COSTERA Y DE LA ARMADA LIBIAS

Tras la aprobación de la Resolución 2292 (2016) sobre el embargo de armas a Libia, la operación Sophia se centró en dos nuevos objetivos. En concreto, se le encomendaron nuevas tareas de apoyo consistentes en el desarrollo de las capacidades y la formación de la guardia costera y la armada libias⁴⁸. La guardia costera libia ha sido reconocida por el Comité de Sanciones de la ONU como una estructura legítima que rinde cuentas al Gobierno de Acuerdo Nacional (GNA), el único reconocido por el CS, así como por la UE. Esta ampliación de las labores de Sophia obedece a que la ejecución del mandato de esta operación se ha visto muy condicionado por la falta de autorización por parte del CS y de Libia para poder luchar contra las mafias de migrantes en territorio libio⁴⁹.

Desde junio de 2017 hasta marzo de 2020, Sophia ha desarrollado labores de formación y capacitación de la guardia costera y la marina libias. Según información del Secretario General de la ONU, a 15 de enero de 2020, la operación había instruido a 477 militares libios, incluidos 265 guardacostas y 212 oficiales de la Marina⁵⁰. La formación incluye materias que van desde nociones básicas de náutica, hasta la formación operativa en el mar, pasando por temas relativos a derechos humanos, género, protección de refugiados, procedimientos de asilo, tráfico de migrantes y trata de personas, derechos del niño, etc.⁵¹. La formación se ha llevado a cabo tanto a bordo de los buques de Sophia, como en las instalaciones de Estados miembros, como Italia, Grecia, Malta, España y Croacia. Ha ido dirigida a guardacostas de la armada, quienes están bajo la responsabilidad del Ministerio de Defensa de Libia del GNA⁵². Si bien se ha centrado fundamentalmente en los mandos de mayor rango, quienes no ejecutan labores sobre el terreno, ni guardan relación directa con los agentes que sí realizan labores de control fronterizo y gestión de inmigrantes⁵³.

En esta formación, colaboran la Organización Internacional para las Migraciones, el ACNUR y la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito. Me-

⁴⁷ Art. 111 del Reglamento (UE) 2019/1896, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, *DOUE* L 295/1, de 14 de noviembre de 2019.

⁴⁸ Decisión (PESC) 2016/993, del Consejo, de 20 de junio, *DOUE* L 162/18, de 21 de junio de 2016.

⁴⁹ COCCHINI A., *op. cit.*, p. 5; PI LLORENS, M., *op. cit.*, p. 11.

⁵⁰ Informe del Secretario General, Consejo de Seguridad. *Aplicación de la Resolución 2491 (2019)*, 6 de abril de 2020, S/2020/275, párr. 19.

⁵¹ Informe del Secretario General, S/2019/711, p. 5.

⁵² Servicio Europeo de Acción Exterior, Doc. 11471/18, párr. 116.

⁵³ ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas», *RDCE*, 2019, núm. 64, pp. 859-895, esp. p. 879.

diante la Decisión del Consejo (PESC) 2016/1314, se autorizó a Sophia a cooperar con INTERPOL, la Corte Penal Internacional y Estados Unidos, para investigar los antecedentes del personal libio, con miras a seleccionarlos para su formación⁵⁴.

Esta formación tiene como objetivo que las autoridades libias ejerzan las funciones propias de la guardia costera en las aguas territoriales de Libia, así como en la región SAR de Libia. Según la información proporcionada por la UE al Secretario General de la ONU, «la guardia costera y la marina libias han demostrado ser capaces de coordinar varios buques y eventos al mismo tiempo y realizado tareas de aplicación de la ley y de guardia»⁵⁵. La operación Sophia ha notificado que, de septiembre de 2019 a 29 de febrero de 2020, las autoridades libias se han ocupado de aproximadamente el 65 por 100 de las operaciones de salvamento e interceptación realizadas en la región SAR de Libia⁵⁶.

La propia Agencia Frontex ha denunciado que oficiales de alto rango libios —precisamente el perfil que en mayor medida es seleccionado para su formación— están involucrados en el tráfico ilícito de migrantes irregulares desde la costa oeste de Libia hacia Italia⁵⁷. Asimismo, se han evidenciado comportamientos agresivos y peligrosos llevados a cabo por la guardia costera libia, que han puesto en peligro tanto la vida de inmigrantes como de las ONG de rescate⁵⁸.

El Consejo de la UE, en 2017, modificó el mandato de Sophia para, entre otras cuestiones, crear un mecanismo de supervisión de las personas en formación⁵⁹. Si bien no se dispone de información acerca del funcionamiento de dicho mecanismo, ni de su aplicación práctica. Asimismo, se le atribuyeron a Sophia nuevas actividades de vigilancia y recopilación de información sobre el tráfico ilegal de las exportaciones de petróleo procedentes de Libia, de conformidad con las Resoluciones 2146 (2014) y 2362 (2017) del CS de la ONU. No obstante, no se tiene noticia de que la operación Sophia haya controlado efectivamente el contrabando de petróleo. Además, la Decisión 2017/1385 aumentó las posibilidades de intercambiar información sobre la trata de seres humanos con los organismos policiales de los Estados miembros, Frontex y Europol.

No obstante la existencia de este mecanismo de supervisión, según ACNUR, se han documentado graves y reiteradas vulneraciones de derechos

⁵⁴ La finalidad es asegurar que los participantes no cuentan con antecedentes penales y no son sospechosos de realizar actividades ilegales; Servicio Europeo de Acción Exterior, *Strategic Review on EUBAM Libya, EUNAVFOR MED Op Sophia & EU Liaison and Planning Cell*, 15 de mayo de 2017, Doc. 9202/17, párrs. 124-125.

⁵⁵ Informe del Secretario General, S/2020/876, p. 11.

⁵⁶ Informe del Secretario General, S/2020/275, párr. 18.

⁵⁷ FRONTEx, *Africa-Frontex Intelligence Community Joint Report 2016*, abril de 2017, p. 18. Disponible en http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/AFIC/AFIC_2016.pdf.

⁵⁸ HELLER, C. y PEZZANI, L., *Mare Clausum. Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean*, Forensic Oceanography, mayo de 2018, pp. 40 y ss.

⁵⁹ Decisión (PESC) 2017/1385, del Consejo, de 25 de julio, DOUE L 194/61, de 26 de julio de 2017.

humanos por parte de las autoridades libias en el ejercicio de sus funciones de gestión de fronteras⁶⁰. En este sentido, se ha dicho que el aumento de las capacidades y la formación proporcionada por la UE a las autoridades libias «está deteriorando la imagen del continente europeo»⁶¹.

Por todo ello, sería conveniente que los programas de formación que suscriba Irini con las autoridades libias incluyan una cláusula de condicionalidad, que supedita la formación de sus guardacostas a que este tercer Estado cumpla con los valores europeos⁶²; lo que incluye la garantía y el respeto de los derechos humanos⁶³.

Además, si la detección de embarcaciones y la formación de las autoridades libias se considerara una colaboración o ayuda que permitiera a tales autoridades vulnerar los derechos humanos de los migrantes, la responsabilidad internacional por estos hechos podría atribuirse a la UE, o a sus Estados miembros. Si esto se demostrara, en la primera hipótesis, como ya se ha apuntado en el epígrafe 2.2, sería de aplicación el art. 14 del ya citado proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales⁶⁴. En el segundo supuesto, si la asistencia a las autoridades libias se atribuyera a los Estados miembros, el marco jurídico aplicable sería el art. 16 de proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos⁶⁵. En este último caso, el TEDH podría levantar el velo y atribuir las actividades de cooperación o asistencia a las autoridades libias a los Estados miembros de la UE. Para ello, el TEDH debería modificar su jurisprudencia establecida en el caso *Bankovic*⁶⁶.

⁶⁰ Véase ACNUR, *Desperate Journeys. Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders. January - December 2018*. Disponible en <https://www.unhcr.org/desperatejourneys/>.

⁶¹ ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *op. cit.*, p. 856.

⁶² PI LLORENS, M., *op. cit.*, p. 34.

⁶³ El Comité contra la Tortura de la ONU señala que numerosos informes han dado a conocer casos en que hombres armados, aparentemente miembros de la guardia costera de Libia, han realizado peligrosas intercepciones que amenazaron la vida de seres humanos, así como las espantosas condiciones de los centros de detención bajo el control del Departamento de Lucha contra la Inmigración Ilegal de Libia; Comité contra la Tortura, «Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Italia», CAT/C/ITA/CO/5-6, 18 de diciembre de 2017.

⁶⁴ Como señala PI LLORENS, «la clave radica en poder determinar la existencia de un control efectivo *de facto* o *de iure* sobre las actuaciones de las autoridades libias», PI LLORENS, M., *op. cit.*, p. 29.

⁶⁵ Según este artículo, titulado «Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito»: «El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito, y b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia».

⁶⁶ Ante el TEDH se encuentra pendiente un caso planteado por diecisiete supervivientes de un naufragio que se saldó con la vida de varias personas, y en el que se acusa a Italia de vulnerar los arts. 2, 3, 13 y el art. 4 del Protocolo 4 al CEDH por permitir que las autoridades libias participaran en las operaciones de rescate. Según los demandantes, este hecho los había expuesto ante un riesgo para su vida y su integridad física; Comunicado TEDH, S. S. y *otros c. Italia*, demanda núm. 21660/18, de 26 de junio de 2019.

4. LA APLICACIÓN DEL EMBARGO DE ARMAS DE NACIONES UNIDAS A LIBIA

Tras la aprobación de la Resolución 2292 (2016) se incorpora al mandato de Sophia la aplicación del embargo de armas en alta mar, frente a las costas de Libia⁶⁷. Entre el 6 de septiembre de 2016 y el 5 de marzo de 2020, Sophia ha realizado en total 2.642 interceptaciones de reconocimiento, 161 acercamientos amistosos, 7 controles del pabellón y 6 inspecciones de buques que han dado lugar a dos operaciones de incautación de armas. A partir de la Conferencia sobre Libia celebrada en Berlín el 19 de enero de 2020, Sophia ha intensificado sus actividades de vigilancia aérea por satélite para contribuir a aplicar la Resolución 2473 (2019), lo que ha dado lugar a un aumento de las patrullas marítimas frente a la costa oriental del país⁶⁸. Ello, a su vez, ha permitido reunir información e interceptar a buques sospechosos de participar en actividades de tráfico ilícito de armas⁶⁹. Desde que en abril de 2019 Sophia suspendió el despliegue de sus barcos, el control del embargo de armas en Libia se ha realizado únicamente por aire.

Para supervisar el embargo de armas a Libia, Sophia ha colaborado estrechamente y ha compartido información con organismos y Agencias de la UE, como la Agencia Europea de Seguridad Marítima, Frontex, Europol, EUBAM Libya, el Mando Marítimo Aliado de la OTAN, el Grupo de Expertos sobre Libia y el Centro de Satélites de la UE. Por ejemplo, la célula de información sobre delincuencia —creada para facilitar el intercambio de información entre Sophia y las citadas agencias y organismos— ha dado aviso de buques sospechosos de tráfico de armas a los servicios de policía competentes. También ha contribuido a recopilar y transferir información sobre la exportación ilegal de petróleo desde Libia, de acuerdo con las resoluciones del CS. Además, ha presentado seis recomendaciones de inspecciones portuarias, una de ellas sobre un buque que estaba siendo investigado por presunto tráfico de armas⁷⁰.

Como se ha explicado en la introducción, el mandato de Irini se centra en la detección e interceptación de las transferencias de armas a o desde Libia. Durante el primer año de su mandato, Irini ha realizado 174 aproximaciones amistosas, ha monitoreado 25 aeropuertos y pistas de aterrizaje, ha investigado a 3.789 embarcaciones, ha realizado 18 abordajes e inspecciones a embarcaciones y 1 desvío⁷¹.

El control del embargo de armas a Libia llevado a cabo por Irini se ve obstaculizado, entre otras cosas, por la oposición de países vecinos como Tur-

⁶⁷ Decisión (PESC) 2016/993, del Consejo, de 20 de junio, *DOUE* L 162/18, de 21 de junio de 2016.

⁶⁸ Anteriormente, la zona de patrullaje se había centrado sobre todo en el oeste de Libia y cubría la principal ruta utilizada por los migrantes para llegar a Europa.

⁶⁹ Informe del Secretario General, Consejo de Seguridad. Aplicación de la Resolución 2473 (2019), 15 de mayo de 2020, S/2020/393, párr. 6.

⁷⁰ Informe del Secretario General, S/2020/393, párr. 10.

⁷¹ Datos obtenidos de la web de la operación: <https://www.operationirini.eu/>.

quía. Este Estado ha impedido las inspecciones que han tratado de realizar los buques de Irini a embarcaciones con pabellón turco sospechosas de transportar armas a Libia⁷². De conformidad con la Resolución 2292 (2016), la UE está autorizada para tomar «todas las medidas acordes con las circunstancias específicas para llevar a cabo dichas inspecciones». Si bien parece poco razonable que una operación que cuenta con dos barcos —uno proporcionado por Italia y otro por Grecia—⁷³ lleve a cabo una inspección por la fuerza. Ello pone de manifiesto los limitados medios de los que dispone la operación Irini, debido a la falta de acuerdo de los Estados miembros de la UE para dotar de más medios a esta operación y así ejecutar, de manera eficaz, el mandato del CS⁷⁴.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En los últimos años, la UE ha desplegado dos operaciones militares en el Mediterráneo central; Sophia e Irini. Sophia se ha dedicado a luchar contra el modelo de negocio de las redes de tráfico y trata de inmigrantes. Mientras que Irini se viene ocupando de hacer efectivo el embargo de armas a Libia decidido por el CS.

La flexibilidad que caracteriza el modelo de negocio de las mafias de migrantes ha dificultado que Sophia pueda luchar contra las mafias de la inmigración desde alta mar. Aunque el mandato de Sophia preveía actuar contra las mafias en territorio libio, finalmente no ha contado con las pertinentes autorizaciones. Además, las embarcaciones incautadas por Sophia destinadas a este negocio han sido sustituidas por las mafias por otras más inestables, aumentando la peligrosidad de esta ruta migratoria.

En cualquier caso, la operación Sophia ha conseguido salvar a un buen número de personas en peligro en el mar —alrededor de 49.000 migrantes— durante su mandato. Por su parte, no se tienen noticias de que Irini haya realizado ningún rescate hasta el momento. El principal problema que ha planteado el salvamento de personas en peligro en el mar es el lugar

⁷² *Europa Press*, «Turquía vuelve a bloquear la supervisión de la UE del embargo de armas impuesto por Naciones Unidas a Libia», 4 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-turquia-vuelve-bloquear-supervision-ue-embargo-armas-impuesto-naciones-unidas-libia-20210304054936.html>.

⁷³ Por un lado, el buque *San Giorgio*, de la armada italiana, es desde abril de 2021 el buque insignia de la EUNAVFOR MED Irini. Este buque no solo está diseñado para operaciones militares, sino también de apoyo logístico y fines sanitarios. Tiene capacidad para 508 personas y ha participado en diversas operaciones en Somalia; operaciones de ayuda humanitaria después de la crisis Israel-Líbano; operaciones militares en Libia; en la operación «Mare Nostrum» de Italia; así como en la operación Sophia. Por otro lado, el *HS Themistoklis*, aportado por Grecia, tiene una longitud de 130 metros y puede alcanzar una velocidad máxima de 30 nudos. Véase en https://www.operationirini.eu/media_category/assets/.

⁷⁴ A este respecto véase *ElDiario.es*, «La UE pide más medios para la misión que apoya el embargo de armas a Libia», 16 de junio de 2020. Disponible en https://www.eldiario.es/internacional/ue-medios-mision-embargo-libia_1_6014436.html.

de desembarco. Por tanto, es necesario que los Estados miembros se pongan de acuerdo sobre el lugar de desembarco de los migrantes rescatados en el marco de las operaciones PCSD⁷⁵; asunto que se plantea en el nuevo Pacto europeo de Migración y Asilo, sin que hasta ahora se haya podido dar una solución⁷⁶.

Asimismo, los contingentes de Sophia han llevado a cabo actividades de formación de la guardia costera y la armada libia, con la finalidad de que las autoridades libias gestionen eficazmente sus fronteras. Con ello se trata de evitar, al menos en parte, que los migrantes alcancen territorio europeo desde donde, de conformidad con el principio de *non-refoulement*, no pueden ser devueltos a Libia. Se trata de una clara estrategia de la UE dirigida a la externalización del control migratorio, dejándolo en manos de las autoridades de terceros Estados; aun cuando esta se base en la colaboración con un Estado fracasado, como Libia.

Tras Sophia, la UE ha decidido desplegar Irini para centrar sus esfuerzos y medios en el control del embargo de armas decidido por el CS a Libia. Todavía es pronto para valorar los resultados obtenidos por esta operación, dado que acaba de cumplirse un año y medio de su mandato. En cualquier caso, con su puesta en marcha, la UE trata de ejecutar el mandato del CS, quien autoriza a los Estados miembros a actuar por medio de organizaciones regionales a fin de asegurar la estricta aplicación del embargo de armas contra Libia. En consecuencia, la UE asume cierto protagonismo en la supervisión del embargo de armas a Libia, actuando como una suerte de gendarme en el Mediterráneo central. Todo ello a pesar de los obstáculos interpuestos por Turquía, y los limitados medios de los que dispone la operación —seis aviones y dos barcos—.

No obstante, se debe destacar la falta de control jurisdiccional sobre las actuaciones que desarrollan estas dos operaciones, tanto por parte del Tribunal de Justicia de la UE como del TEDH; sobre todo, con relación a las posibles vulneraciones de derechos humanos que pueden darse en el marco de estas dos operaciones. Asimismo, estas adolecen de cierto déficit democrático, puesto que se crean a través de un procedimiento decisorio intergubernamental, en el que el Consejo asume el principal protagonismo. Se debe tener en cuenta que el control político por parte del Parlamento Europeo es muy débil⁷⁷. Sin perjuicio de la posibilidad de cierto control político por parte de

⁷⁵ Como manifiesta el Secretario General de la ONU, «los actuales acuerdos *ad hoc* en virtud de los cuales la reubicación de las personas rescatadas dentro de la Unión Europea se negocia embarcación por embarcación son insostenibles», Secretario General, S/2019/711.

⁷⁶ En concreto, se prevé que el nuevo Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración preste ayuda, basada en la reubicación de migrantes cuando se hayan producido desembarcos en el marco de operaciones de búsqueda y salvamento. Por tanto, se tratará de evitar soluciones *ad hoc*; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Bruselas, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final.

⁷⁷ MITSILEGAS, V., «Cartografía de la externalización del control migratorio. Ideas a partir del régimen de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes», *REDE*, 2020, núms. 73-74, pp. 22-64, esp. p. 51.

los parlamentos nacionales, como es obvio ya que se trata de operaciones en las que participan los Estados miembros.

En suma, con la puesta en práctica de estas dos operaciones, la finalidad principal de la acción exterior de la UE en esta latitud del Mediterráneo se centra en contener los flujos migratorios procedentes de Libia con dirección a Europa, así como contribuir a la aplicación del embargo de armas decretado por el CS. A lo largo de estas líneas se han puesto de manifiesto algunas de las dificultades que entrañan las operaciones Sophia e Irini para la consecución de su mandato con relación a un Estado fracasado, como es Libia. En cualquier caso, para el éxito de estas operaciones la UE necesita contar con más medios y financiación por parte de sus Estados miembros. Además del desarrollo y la consolidación de una PCSD que esté basada en el efectivo respeto de los derechos humanos.



ESPAÑA ANTE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

Carlos VILLÁN DURÁN* y Carmelo FALEH PÉREZ**

RESUMEN

ESPAÑA ANTE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

Treinta años después de su adopción, se evalúa la CTMF en su contenido sustantivo y procesal, resaltando el principio de no discriminación y las aportaciones de su órgano de control. Se exponen los factores que explican la persistente hostilidad de los países desarrollados a ratificar la CTMF, así como los argumentos para la ratificación española.

Palabras clave: trabajadores migratorios, migrantes irregulares, no discriminación, igualdad, derecho internacional de los derechos humanos.

ABSTRACT

SPAIN BEFORE THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES

Thirty years after its adoption, an assessment of the ICMW is made in both its substantive and procedural content, paying particular attention to the principle of non-discrimination and the contribution of its monitoring body. Factors presiding the persistent hostility of developed countries against the ICMW are reviewed, as well as the arguments for Spanish ratification.

Keywords: migrant workers, irregular migrants, non-discrimination, equality, international human rights law.

* Codirector del Máster sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá. Presidente de la *Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, AEDIDH (cvillan@aetidh.org).

** Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Asesor jurídico de la AEDIDH (carmelo.faleh@ulpgc.es). Páginas web consultadas por última vez el 3 de septiembre de 2021.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EVALUACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LA CONVENCIÓN.—2.1. El principio de no discriminación.—2.2. Los derechos reconocidos.—2.3. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.—3. LA ACEPTACIÓN ESTATAL DE LA CONVENCIÓN Y LA POSICIÓN ESPAÑOLA.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Se entiende por «trabajador migratorio» toda persona que realiza una actividad remunerada en un país distinto del de su nacionalidad¹. Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), entre 2000 y 2019 los migrantes en el mundo ascendieron de 150 a 272 millones de personas (3,5 por 100 de la población mundial)². Procedentes de países en vías de desarrollo, huyen de situaciones políticas, medioambientales o económicas adversas. Aunque la mayoría se queda en países limítrofes, algunos llegan a países desarrollados del Norte, buscando seguridad política (demandantes de asilo y refugiados) o económica (trabajadores migrantes en sentido estricto).

Los flujos migratorios son estructurales en un mundo caracterizado por la extrema pobreza y las desigualdades económico-sociales crecientes entre el Norte y el Sur. Además, son frecuentes en países de origen las violaciones masivas de los derechos humanos producidas por conflictos armados; inseguridad o persecución derivadas de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas; y la corrupción generalizada. En cambio, en los países de acogida, el *efecto llamada* de la economía sumergida y la escasa cooperación al desarrollo propician los flujos migratorios.

Otros factores económico-sociales están presentes: los flujos migratorios nutren el negocio de las mafias dedicadas al tráfico ilegal de emigrantes. Además, desprovisto de condición jurídica o social alguna, el trabajador migratorio irregular es objeto de explotación, a merced de empleadores que les imponen condiciones laborales o de vida cercanas a la esclavitud, la trata³ o el trabajo forzoso. Su indefensión es total y raramente acude a los tribunales, porque teme ser descubierto y expulsado del país donde se encuentra ilegalmente⁴. Los trabajadores migratorios producen grandes beneficios económicos en los Estados que les emplean, realizan trabajos poco cualificados que

¹ Art. 2.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTMF).

² IOM, *World Migration Report 2020*, Ginebra, IOM, 2019, 477 pp., at 22. Disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf.

³ CHUECA SANCHO, A. G., «Protección internacional frente a la trata de personas», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo: el Derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2006, pp. 132-157, *passim*.

⁴ OACNUDH, *Los derechos de los trabajadores migratorios*, Ginebra, 2003, p. 8; igualmente, MILANO, V., *The human rights-based approach to human trafficking in international law: an analysis from a victim protection perspective*, Madrid, Marcial Pons, 2020, 409 pp.

los nacionales rechazan (agricultura, trabajo doméstico, cuidado de niños, mayores y enfermos, construcción, hostelería); y en 2018 enviaron a sus países de origen remesas por 689 miles de millones de dólares⁵.

España es a la vez Estado de acogida y emisor de migrantes. A finales de 2020, el Gobierno reconocía 5,8 millones de extranjeros residentes, el 61 por 100 sujetos al régimen de libre circulación de la Unión Europea⁶. A ellos se deben sumar los extranjeros en situación irregular, un numeroso colectivo que se estima en unas 600.000 personas⁷, sin acceso a prestaciones sociales como el ingreso mínimo vital, ni a la vacuna contra la covid-19⁸. En la misma fecha, los españoles residentes en el extranjero eran 2,6 millones, la mayor parte fuera de la Unión Europea⁹.

El Relator Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos visitó España en 2020, constatando que había seis millones de migrantes, de los que el 56 por 100 procedía de fuera de la Unión Europea, corriendo estos un mayor riesgo de pobreza y exclusión social¹⁰. En Huelva visitó un poblado de chabolas «sin agua corriente, electricidad ni saneamiento, cuyos habitantes (trabajadoras y trabajadores migrantes) han vivido en él durante años»¹¹. En 2018 se derogó el Real Decreto ley 16/2012¹², que limitaba la cobertura sanitaria universal a la población migrante, aunque se excluye a determinadas personas migrantes durante sus noventa primeros días en España; la ONG Red de Denuncia y Resistencia al Real Decreto ley documentó 4.755 casos de exclusión de la sanidad pública desde 2014¹³. El Relator concluyó que es urgente «promover unas condiciones de trabajo decentes», en particular para los migrantes¹⁴; y recomendó proporcionar «un camino hacia la residencia legal que no requiera años de espera y una oferta de trabajo a tiempo completo»¹⁵.

⁵ IOM, *op. cit.*, pp. 3, 10 y 35.

⁶ Observatorio permanente de la inmigración, «Estadísticas de residentes extranjeros en España», 2020, p. 3. Disponible en https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/estadisticas/operaciones/con-certificado/202012/Principales_resultados_residentes.pdf.

⁷ Movimiento estatal «Regularización ya». Disponible en <https://regularizacionya.com/>.

⁸ A pesar del derecho de todos los migrantes a ser vacunados contra la covid-19, como ha recordado oportunamente una pluralidad de expertos internacionales. Véase UN COMMITTEE ON MIGRANT WORKERS, «Joint Guidance Note on Equitable Access to covid-19 Vaccines for All Migrants». Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/JointGuidanceNoteCOVID-19-Vaccines-for-Migrants.pdf>.

⁹ Instituto Nacional de Estadística, Estadística del Padrón de españoles residentes en el extranjero, 1 de enero de 2021. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177014&menu=ultiDatos&idp=1254734710990.

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/HRC/44/40/Add.2, 21 de abril de 2020, párr. 70. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/44/40/Add.2>.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 10 y 74.

¹² Real Decreto ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018.

¹³ *Ibid.*, párr. 33.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 6.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 85.f).

España respondió que «el empadronamiento es la clave para acceder a los servicios sociales»¹⁶. Respecto a la asistencia sanitaria, se garantiza gratuitamente «durante el periodo que existe entre la entrega de la documentación provisional y la emisión de la tarjeta sanitaria»¹⁷. En cuanto a los menores extranjeros no acompañados, corresponde al Ministerio Fiscal decidir «sobre la pertinencia o no de realizar pruebas de determinación de edad para decidir, con carácter cautelar y urgente, su condición de menor de edad»¹⁸.

El actual Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, junto a otros seis procedimientos especiales, instó en 2020 a mejorar las pésimas condiciones en asentamientos superpoblados de trabajadores migrantes estacionales que recogen fresas en Huelva durante la pandemia de covid-19¹⁹. El Relator reiteró poco después la necesidad de regularizar las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes y, por tanto, de garantizarles unas condiciones de trabajo y de vivienda decentes²⁰.

También en 2020 nueve procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos pidieron a España restablecer el fluido eléctrico en el asentamiento de la Cañada Real Galiana de Madrid, donde malviven 4.500 personas afectadas, muchas de ellas migrantes²¹.

La Unión Europea y sus Estados miembros han respondido a los crecientes flujos migratorios con medidas de seguridad en el control de fronteras (muros, vallas, despliegues policiales y militares) o externalizando el control migratorio a terceros Estados en los que son frecuentes las violaciones a los derechos humanos (Libia, Turquía, Marruecos). Pese a ello, los migrantes siguen llegando a los Estados del Sur de Europa (Grecia, Italia o España), que reclaman sin éxito la solidaridad europea para atender equitativamente las necesidades humanitarias urgentes de los recién llegados.

En España, la alarma social ha aumentado en paralelo a las llegadas masivas de migrantes africanos a Canarias. El Defensor del Pueblo²², ACNUR, OIM y numerosas ONG informan que en 2020 llegaron en pateras y cayucos 23.023 personas africanas (incluidos 2.666 menores no acompañados)²³ y al

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España, A/HRC/44/40/Add.4, 2 de julio de 2020, párr. 6. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/44/40/Add.4>.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 10.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 46.

¹⁹ OACNUDH, «España: Pasarse la pelota en el tema de los trabajadores migrantes víctimas de explotación debe terminar, dice el experto de la ONU», nota de prensa, 2020. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26007&LangID=S>.

²⁰ OACNUDH, «Sus vidas corren peligro a menos que las condiciones de los trabajadores migrantes estacionales de España mejoren rápidamente, advierte un experto de la ONU», nota de prensa, 2020. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26122&LangID=S>.

²¹ OACNUDH, «España: Los cortes de electricidad ponen en peligro la vida de los niños y niñas en la Cañada Real - Expertos de la ONU», nota de prensa, 2020. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26624&LangID=S>.

²² DEFENSOR DEL PUEBLO, *La migración en Canarias*, Madrid, 2021, p. 82. Disponible en *La migración en Canarias (defensordelpueblo.es)*.

²³ *Ibid.*, pp. 6, 8, 23 y 44.

menos 480 más fallecieron en el mar²⁴. Sufren condiciones de acogida y asistencia inhumanas en centros improvisados, se impide su traslado a la península y se violan frecuentemente sus derechos humanos.

En este estudio evaluamos la CTMF, su aceptación por los Estados, la posición española, y abogamos por la urgente ratificación o adhesión de la misma por España y todos los Estados miembros de la Unión Europea, para asegurar la eliminación de todas las medidas discriminatorias que afectan a los trabajadores migrantes en España y en la Unión Europea²⁵.

2. EVALUACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LA CONVENCION

Adoptada por la Asamblea General en 1990²⁶, la CTMF cuenta con 56 Estados parte, pero ninguno es miembro de la Unión Europea²⁷. Su objetivo es armonizar la práctica de los Estados mediante la aceptación de principios fundamentales relativos a los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familiares, considerando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, particularmente los irregulares.

La CTMF comprende los derechos de los trabajadores migratorios antes de partir, en tránsito y en el Estado de empleo, con sus obligaciones correspondientes²⁸. También establece cinco medidas de carácter general²⁹: en primer lugar, los Estados de empleo deben eliminar la contratación de trabajadores migratorios en situación irregular (art. 68.2). En segundo lugar, los Estados deben asegurar que no persistan los trabajadores en situación irregular, por lo que se potencia la regularización de esas personas (art. 69). En tercer lugar, el art. 81.1 establece la cláusula de la norma más favorable al individuo que el derecho interno u otro tratado puedan disponer³⁰. En

²⁴ *Ibid.*, p. 51.

²⁵ No es objeto de este estudio determinar si es posible que España ratifique unilateralmente la CTMF o si, a la vista de lo dispuesto en el art. 3.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y considerando los arts. 2, 3.5 y 21 [1 y 2.b)] del Tratado de la Unión Europea, la opción más plausible es que el Consejo de la Unión Europea invite o solicite a todos los Estados miembros que se incorporen a la CTMF mediante ratificación o adhesión. En este sentido, convendría que nuestro país tomara la iniciativa e instase a la Unión Europea a proceder de esta forma sin dilación.

²⁶ Res. AG 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003.

²⁷ Véase BONET PÉREZ, J., «La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares», en GÓMEZ ISA, F. (dir.), y PUREZA, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 309-349.

²⁸ ALBA, F., «La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios: Algunas implicaciones», en GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. C. (coord.), *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 36.

²⁹ Véanse CANO, M. A., «Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios», *Persona y Derecho*, 2010, núm. 63, pp. 137-162; VILLÁN DURÁN, C., «La protección internacional de los trabajadores migrantes y de sus familiares», en FUNDACIÓN P. TORRAS DOMENECH (ed.), *Derecho, inmigración y empresa*, Barcelona, Itinera, 2010, pp. 449-512.

³⁰ Cfr. BONET PÉREZ, J., «La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *op. cit.*, pp. 101-102.

cuarto lugar, los derechos reconocidos no podrán ser objeto de renuncia en ningún caso (art. 82). Y, en quinto lugar, las víctimas tienen derecho a obtener una reparación efectiva y a obtener reparación por vía judicial (art. 83).

2.1. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación es la auténtica piedra de bóveda del DIDH. La Convención lo recoge en dos normas específicas: de un lado, el art. 1.1 indica que la CTMF será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, «a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición». Aunque la lista de los motivos de distinción prohibidos es ilustrativa y no exhaustiva, es más amplia que la recogida en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos³¹. De otro, el art. 7 impone a los Estados la obligación de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención, sin distinción alguna por los motivos ya señalados en el art. 1.1.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación es estructural del DIDH, pues es consecuencia de la dignidad de la persona y se consagra en numerosas normas imperativas de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos³², por lo que su transversalidad abarca a todas las personas, con independencia de su condición social o nacionalidad³³.

El Comité de Derechos Humanos precisó que el término «discriminación» alude a «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos» y que tengan por objeto o por resultado «anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas»³⁴. En cuanto al art. 26 PIDCP, establece en sí «un derecho *autónomo*» porque «prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas»³⁵. En sentido contrario, no toda diferenciación de trato equivale a discriminación

³¹ KARIYAWASAM, P., «La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en MARINO MENÉNDEZ, F. M., *op. cit.*, p. 19.

³² Véanse arts. 2 DUDH; 2.1, 3, 4.1 y 2, 20.2, 23.4, 24.1 y 26 PIDCP; 2.2 PIDESC; 1 CEDR; 1 CEDCM; 2 CDN; 2, 3, 5 y 12 CDPC.

³³ Cf. VILLÁN DURÁN, C., «Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA», en GÓMEZ ISA, F. (dir.), y PUREZA, *op. cit.*, pp. 765-800.

³⁴ Observación general núm. 18 (No discriminación, 1989), párr. 7. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6622&Lang=es.

³⁵ *Ibid.*, párr. 12.

«si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto»³⁶.

El art. 3 CTMF excluye de su aplicación a los funcionarios de organizaciones internacionales, diplomáticos, cooperantes internacionales, inversionistas en el extranjero, refugiados, apátridas, estudiantes, marinos y trabajadores en estructuras marinas, al estar cubiertos por otras normas internacionales.

2.2. Los derechos reconocidos

La Parte III (arts. 8-35) establece el régimen general aplicable a todo trabajador migratorio y sus familiares, estén documentados o no. Comprende los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales ya reconocidos en los PIDH, con un enfoque en las necesidades de los migrantes. Así, se presta atención a la libertad religiosa; el derecho a la libertad personal; acceso a la autoridad consular y otras garantías procesales; prohibición de expulsiones colectivas; derechos laborales y sindicales; seguridad social, incluida la atención médica urgente, y derecho a la educación.

La Parte IV (arts. 36-56) regula el régimen específico aplicable únicamente a los trabajadores migratorios en situación regular, incluyendo la libertad de movimiento; libertad sindical; participación en la vida pública; orientación y formación profesional; vivienda; reagrupación familiar; libertad de elección del trabajo; y prohibición de expulsión individual.

2.3. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

La Parte VII establece el Comité TMF, cuyas funciones son «observar la aplicación de la presente Convención» (art. 72.1). Se compone de 14 personas expertas «de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia» en la materia [art. 72.1.b)]. Aunque elegidos en votación por la Asamblea de Estados parte, «ejercerán sus funciones a título personal» [art. 72.2.b)]. La independencia de los miembros ha sido considerablemente reforzada en el art. 12 del Reglamento³⁷. El Comité ya ha celebrado 32 periodos de sesiones, a lo largo de los cuales ha desarrollado sus competencias³⁸, que son de triple naturaleza. En primer lugar, examina los *informes periódicos* que presentan cada cinco años los Estados parte «sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones» de la Convención (art. 73.1). También indicarán los factores y las

³⁶ *Ibid.*, párr. 13.

³⁷ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Doc. CMW/C/2, 8 de febrero de 2019. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW/C/2&Lang=es.

³⁸ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CMW/Pages/CMWIndex.aspx>.

dificultades que afecten a su aplicación y proporcionarán información sobre las corrientes de migración que se produzcan en el Estado parte (art. 73.2). Igualmente, se solicitará información pertinente de cada Estado a la OIT, otros organismos especializados y órganos de las Naciones Unidas, así como a las organizaciones intergubernamentales, que podrán también participar en los debates del Comité a la hora de examinar los informes periódicos en sesión pública (art. 74). Aunque la CTMF guarda silencio, el art. 30 del Reglamento prevé que las ONG puedan presentarle informes escritos sobre la aplicación de la CTMF en Estados determinados.

Al final del examen de cada informe periódico, el Comité TMF presenta al Estado interesado sus *observaciones finales* (OF) y este podrá, a su vez, formular comentarios, de lo que se dará cuenta en el informe anual que el Comité TMF dirigirá a la AG, ECOSOC, Consejo DH, Oficina IT y otras organizaciones pertinentes.

Frente a la doctrina tradicional, que consideraba las OF de los comités como simples recomendaciones desprovistas de valor jurídico³⁹, la Corte Internacional de Justicia reconoció en 2004 el valor jurídico y la interpretación autorizada tanto del Comité DH como del Comité DESC por medio de sus OF a los informes periódicos de Israel ante esos comités. En el caso, habían establecido que ambos Pactos se aplican al conjunto de los territorios y poblaciones bajo control efectivo de Israel⁴⁰.

En segundo lugar, el Comité TMF podrá recibir *quejas interestatales* en las que un Estado parte alegue que otro Estado no cumple sus obligaciones convencionales (art. 76). Esta competencia entrará en vigor cuando 10 Estados hayan formulado la declaración prevista en el art. 76.1⁴¹.

En tercer lugar, el art. 77 CTMF autoriza al Comité a recibir y examinar *quejas individuales*, es decir, las presentadas por personas sometidas a la jurisdicción del Estado contra el que se reclama, o en su nombre, alegando que ese Estado ha violado alguno de los derechos que reconoce la CTMF. Se requiere la aceptación expresa de 10 Estados para que esta competencia entre en vigor (art. 77.8)⁴².

³⁹ Sobre el valor jurídico de las OF, véanse VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., *El sistema universal de protección de los derechos humanos: su aplicación en España*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 72-80; VILLÁN DURÁN, C., «El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (COORD.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 99-123.

⁴⁰ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, CIJ *Recueil* 2004, párrs. 107-113. Israel pretendía la aplicación exclusiva del DIH a los territorios palestinos ocupados, en detrimento de las normas de DIDH contenidas en tratados ratificados por Israel. Por el contrario, la CIJ determinó que tanto el DIH como el DIDH son aplicables en los territorios palestinos ocupados (*ibid.*, párr. 114).

⁴¹ Han aceptado el art. 76 Ecuador, El Salvador, Guatemala y Guinea-Bissau. Turquía expresó su intención de hacerlo en una fecha ulterior. Cfr. *UNTC*.

⁴² Cinco Estados han aceptado el art. 77: Ecuador, El Salvador, Guatemala, México y Uruguay. Turquía anunció su intención de hacerlo en una fecha ulterior. Cfr. *UNTC*.

Como otros comités, el Comité TMF ha desarrollado *observaciones generales* (OG) para interpretar el contenido y alcance de determinadas disposiciones de la CTMF, que deben ser seguidas de buena fe por los Estados parte⁴³. Así, la OG 1 sobre trabajadores domésticos migratorios (2011)⁴⁴; la OG 2 sobre derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares (2013)⁴⁵; la OG 3 conjunta con la OG 22 del Comité de los Derechos del Niño (DN) sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional (2017)⁴⁶; y la OG 4 conjunta con la OG 23 del Comité DN sobre las obligaciones de los Estados en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (2017)⁴⁷. La OG 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad, a la protección contra la detención arbitraria y su conexión con otros derechos humanos (2021)⁴⁸, ya había recibido, entre otras, la contribución del Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria del Consejo DH, que en 2015 adoptó los *Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal*⁴⁹ y en 2017 la *deliberación 5* revisada⁵⁰. Ambos textos abordan la detención de migrantes, que debe ser siempre decidida como último recurso y constituir una medida necesaria, razonable y proporcional, después de haber evaluado medidas alternativas a la detención.

⁴³ Véase VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 100.

⁴⁴ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «Observación general núm. 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios», CMW/C/GC/1, 23 de febrero de 2011. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f1&Lang=en.

⁴⁵ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «Observación general núm. 2, sobre los trabajadores domésticos migratorios», CMW/C/GC/2, 28 de agosto de 2013. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f2&Lang=en.

⁴⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional», CMW/C/GC/3 - CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f3&Lang=en.

⁴⁷ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno», CMW/C/GC/4 - CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f4&Lang=en.

Véase VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., «La labor del Comité de los Derechos del Niño y la práctica española: los procedimientos de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados», en VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B. (coord.), *30 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño: logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 254-255.

⁴⁸ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, CMW/C/GC/5, 23 September 2021, 19 p. (inglés). Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCMW%2fGC%2f5&Lang=en.

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/30/37, 6 de julio de 2015, Anexo, pp. 6-30.

⁵⁰ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/39/45, 2 de julio de 2018, Anexo, pp. 29-35.

Estas normas no son compatibles con el régimen jurídico aplicable en España a los Centros de Internamiento de Extranjeros, en los que los migrantes sufren detención hasta por sesenta días, por el mero hecho de ser irregulares.

3. LA ACEPTACIÓN ESTATAL DE LA CONVENCION Y LA POSICIÓN ESPAÑOLA

La CTMF tiene 56 Estados parte y 12 signatarios. Su distribución por grupos regionales es ciertamente significativa:

Participación en la CTMF por grupos regionales de Naciones Unidas ^a			
Grupo regional (Estados integrantes)	Número de Estados parte	Porcentaje por grupo	Número de Estados signatarios
África (54)	25 ^b	46,29	6
América Latina y el Caribe (33)	18 ^c	54,54	1
Asia y el Pacífico (55)	10 ^d	18,18	2
Europa Oriental (23)	3 ^e	13,04	3
Europa Occidental y otros Estados (29)	—	—	—

^a International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en.

^b Son parte Argelia, Benín, Burkina-Faso, Cabo Verde, Congo, Egipto, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Lesoto, Libia, Madagascar, Malí, Mauritania, Marruecos, Mozambique, Níger, Nigeria, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Togo y Uganda. Son signatarios (Camerún, Chad, Comoras, Gabón, Liberia y Sierra Leona).

^c Son parte Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y Granadinas, Uruguay y Venezuela. Haití es signatario.

^d Son parte Bangladesh, Fiji, Indonesia, Filipinas, Kirguistán, Siria, Sri Lanka, Tayikistán, Timor Leste y Turquía. Son signatarios Camboya y Palau.

^e Son parte Albania, Azerbaiyán y Bosnia-Herzegovina. Son signatarios Armenia, Montenegro y Serbia.

Es notorio el compromiso convencional entre los Estados de América Latina y el Caribe y África, en contraste con la ausencia de Estados de Europa Occidental y otros, pese a tratarse de uno de los nueve tratados principales de derechos humanos de Naciones Unidas⁵¹. Ninguno de estos la ha firmado siquiera, lo que muestra su determinación treinta años después de la adopción de la CTMF por consenso en la Asamblea General⁵².

⁵¹ Véase OHCHR, *Behind closed doors: Protecting and promoting the human rights of migrant domestic workers in an irregular situation*, HR/PUB/15/4, 2015, 38 pp.

⁵² Asamblea General, «Acta taquigráfica provisional de la 69.ª sesión», A/45/PV.69, 14 de enero de 1991, p. 46.

Un estudio reveló en 2007 los obstáculos a la aceptación de la Convención entre los países desarrollados, que se manifiestan en los terrenos jurídico, financiero-administrativo y político⁵³. En el plano *jurídico*, los Estados son temerosos de que la CTMF restrinja su derecho a decidir quién puede permanecer en su territorio, pues se prohíbe al Estado retirar la autorización de residencia a trabajadores migratorios que cesaron su actividad remunerada antes de vencer su permiso de trabajo, reconociéndoles a la par, entre otros, el derecho a buscar otros empleos durante el período restante de su permiso. Esto no afecta a los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados (art. 51), ni tampoco al derecho del Estado a establecer criterios para la admisión de los trabajadores migratorios y sus familiares (art. 79).

En segundo término, los Estados son reacios a aceptar la obligación de adoptar medidas para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges y otros familiares, de conformidad con el art. 44.2 y 3 CTMF.

En tercer lugar, los Estados consideran la CTMF muy ambiciosa vistas las obligaciones impuestas. Sin embargo, no son pocas las disposiciones que reconocen a los Estados margen para modular y suavizar su alcance⁵⁴. Además, los Estados pueden formular reservas compatibles con el objeto y propósito de la CTMF (art. 91.2).

Ahora bien, el Comité TMF puede apreciar la validez de las reservas conforme al criterio de su compatibilidad con el objeto y fin⁵⁵. Así, por ejemplo, ya ha declarado que el art. 79 «establece un equilibrio entre la facultad soberana de los Estados parte para controlar sus fronteras y regular la entrada y la permanencia de los trabajadores migratorios y sus familiares, por una parte, y, por otra, la protección de los derechos, enunciados en la Parte III de la Convención, de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, incluidos los que se encuentran en situación irregular»⁵⁶. Además, el Comité recomendó a distintos Estados parte (Chile⁵⁷, Colombia⁵⁸, Argelia⁵⁹ Nicara-

⁵³ MACDONALD, E. y CHOLEWINSKI, R., *The Migrant Workers Convention in Europe. Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*, UNESCO Migration Studies 1, París, 2007, pp. 51-65. Véanse también FALEH PÉREZ, C., «La Convención sobre los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias», en OLLÉ SESÉ, M., ACEBAL MONFORT, L. y GARCÍA SANZ, N. (coords.), *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, APDHE-Anthropos, 2009, pp. 103-112; DE GUCHTENEIRE, P. y PECOUD, A., «Les obstacles à la ratification de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des Travailleurs Migrants», *Droit et Société*, 2010/2, pp. 431-451.

⁵⁴ Véanse arts. 17, 22.8, 27.2, 31.2, 32, 37, 42, 44.2, 52, 58.2, 59.2, 63.2 y 69.2 CTMF.

⁵⁵ Competencia confirmada por la CDI, A/66/10 (2011), p. 38. También se corresponde con la recomendación 6 del Grupo de trabajo de siete comités (incluido el Comité TMF) encargado de examinar su práctica respecto de las reservas. HRI/MC/2007/5, 9 de febrero de 2007, p. 7.

⁵⁶ OG 2, *op. cit.*, CMW/C/GC/2, 28 de agosto de 2013, párr. 13, p. 6.

⁵⁷ Reservas a los arts. 22.5 y 48.2. CMW/C/CHL/CO/2, 11 de mayo de 2021, párrs. 12-13; CMW/C/CHL/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrs. 10-11.

⁵⁸ Reservas a los arts. 15, 46 y 47. CMW/C/COL/CO/3, 27 de enero de 2020, párrs. 13-14.

⁵⁹ Reserva al art. 92.1. CMW/C/DZA/CO/2, 25 de mayo de 2018, párrs. 11-12.

gua⁶⁰, Turquía⁶¹ y Egipto)⁶² la retirada de reservas a disposiciones sustantivas de la CTMF. Ha pedido incluso a Argelia el retiro de la reserva al art. 92 CTMF, que se ocupa del arreglo de controversias relativas a su interpretación o aplicación que las Partes no pudieran resolver mediante negociaciones. Resulta llamativo porque ese tipo de reservas está expresamente previsto en el art. 92.2 como cláusula que avala la decisión de *opting out*. De otro lado, el Comité acogió favorablemente la retirada de algunas reservas y ha felicitado a los Estados por ello, como México⁶³ o Sri Lanka⁶⁴.

En el plano *administrativo y financiero*, los problemas radicarían en la complejidad de adaptar a la CTMF las leyes internas en materia migratoria, unida a la falta de infraestructura institucional adecuada, problemas de distribución interna de competencias entre distintas instituciones estatales y elevado coste de aplicar las disposiciones de la CTMF en cuestiones tales como seguridad social (art. 27) y reducción del coste de remesas (art. 47).

Finalmente, en el plano *político*, se argumenta primero que es innecesario ratificar la CTMF porque los derechos que reconoce ya están garantizados por otros instrumentos internacionales e incluso leyes internas⁶⁵. Es un contrasentido cercano al cinismo porque, si así fuera, ¿qué impide la ratificación? Además, un tratado específico como la CTMF responde a la voluntad de la comunidad internacional de adaptar y completar las normas internacionales ya existentes a una categoría de personas en situación de vulnerabilidad especial frente a la discriminación y los abusos que les victimizan en las sociedades y Estados de empleo⁶⁶. Y, sin perjuicio de las normas internas, disponer de estándares internacionales de salvaguardia de sus derechos con un enfoque adaptado y sectorial reforzaría, dada su primacía sobre el derecho interno, su protección frente a modificaciones legislativas propiciadas por crisis políticas o sociales.

En segundo lugar, se atribuye una suerte de *efecto llamada* al hecho de ratificar o adherirse a la CTMF, porque supondría reconocer demasiados de-

⁶⁰ Reserva al art. 42.3. CMW/C/NIC/CO/1, 11 de octubre de 2016, párrs. 15-16.

⁶¹ Reservas a los arts. 15, 40, 45 y 46. CMW/C/TUR/CO/1, 31 de mayo de 2016, párrs. 15-16.

⁶² Reservas a los arts. 4 y 18. El Comité TMF advirtió la contradicción de Egipto al reservarse la aplicación del art. 18.6, puesto que no había formulado reservas al art. 14.6 PIDCP, que reconoce a cualquier persona, incluso a los trabajadores migratorios, el derecho a recibir indemnización por condena injusta. CMW/C/EGY/CO/1, 25 de mayo de 2017, párrs. 10-11.

⁶³ CMW/C/MEX/CO/3, 27 de septiembre de 2017, párr. 7.a); CMW/C/MEX/CO/1, 8 de diciembre de 2006, párr. 13.

⁶⁴ Sri Lanka retiró la reserva al art. 29, pero mantuvo las reservas a los arts. 49 y 54. CMW/C/LKA/CO/2, 11 de octubre de 2016, párrs. 10-11.

⁶⁵ A la pregunta formulada por el senador socialista J.-P. Sueur el 23 de enero de 2020, J.-Y. Le Drian (ministro para Europa y Asuntos Exteriores) respondió que la legislación francesa ya protege los derechos de los trabajadores migrantes. Cfr. SÉNAT, *Journal Officiel de la République Française*, Année 2020, no. 9 S (Q), 27 de febrero de 2020, p. 1049. También Australia defendió que «la combinación de las sólidas protecciones nacionales e internacionales con que ya cuenta es suficiente». Comité DESC, E/C.12/AUS/5, 16 de febrero de 2016, párr. 306. Similar es la posición de Suecia. Comité DESC, E/C.12/SWE/6, 16 de marzo de 2015, párr. 179.

⁶⁶ En este sentido, véase Preámbulo CTMF y DE GUCHTENEIRE y PECOUD, *op. cit.*, pp. 433-434.

rechos a los trabajadores migratorios y sus familiares⁶⁷ provocando un incremento en el tráfico irregular de personas, que enriquece a las mafias y redes clandestinas. Este tipo de argumentos se alimenta de discursos que mezclan una percepción negativa y xenófoba de las personas migrantes, ingredientes en los que se obstinan algunas formaciones políticas y una parte de la opinión pública. Se socava así la dignidad de millones de personas, especialmente cuando sobrevienen las crisis económicas o hay contienda electoral, y se convierte a los trabajadores migrantes y sus familiares en meros competidores por el trabajo, en consumidores de subvenciones y servicios públicos, cuando no en fuente de delincuencia e inseguridad.

En cuanto a España, conviene recordar que el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados, el 10 de noviembre de 2003, instando al gobierno a ratificar la CTMF. Se justificó recurriendo al preámbulo de la CTMF y a la defensa del principio de no discriminación⁶⁸. Lamentablemente, ese grupo político no asumió su compromiso cuando llegó al gobierno. El clima internacional regional es ciertamente adverso en el caso de la Unión Europea y en otros ámbitos⁶⁹.

En sus OF, cinco comités recomendaron a España en distintas ocasiones ratificar la CTMF. En el caso del Comité DN, para reforzar la efectividad de los derechos de la infancia migrante⁷⁰. El Comité EDCM, para potenciar el disfrute por las mujeres migrantes de sus derechos humanos y libertades fundamentales en todos los aspectos de la vida⁷¹. El Comité EDR, invocando la indivisibilidad de los derechos humanos y el efecto directo de algunas disposiciones de la CTMF sobre la cuestión de la discriminación racial⁷². El Comité DESC⁷³ y el Comité contra la Tortura⁷⁴ sin esclarecer los motivos, aunque persiguen alentar la participación en la CTMF, único tratado principal de derechos humanos en el que España no es parte.

Por otro lado, en 2010 España presentó su primer informe al mecanismo de examen periódico universal (EPU) del Consejo DH. Al igual que otros Estados desarrollados destino de flujos migratorios, declaró que no había ni

⁶⁷ En la respuesta parlamentaria citada en nota 64, el ministro recriminó la falta de distinción entre las personas en situación regular y las que están en situación irregular. SÉNAT, *Journal Officiel de la République Française*, Année 2020, *op. cit.* En términos similares se expresó Dinamarca ante el Comité DESC, E/C.12/DNK/6, 15 de noviembre de 2018, párr. 8, p. 5, y Alemania, E/C.12/DEU/6, 16 de marzo de 2017, p. 4.

⁶⁸ PNL 161/002374, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie D (General), 9 de diciembre de 2003, núm. 636, pp. 11-12.

⁶⁹ Cfr. DE GUCHTENEIRE y PECOUD, *op. cit.*, pp. 444-445.

⁷⁰ CRC/C/15/Add.28, 24 de octubre de 1994, párr. 23; CRC/C/15/Add.185, 13 de junio de 2002, párr. 11; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 de noviembre de 2010, párr. 65; CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, párr. 50.

⁷¹ CEDAW/C/ESP/CO/6, 7 de agosto de 2009, párr. 36; CEDAW/C/ESP/CO/7-8, 29 de julio de 2015, párr. 43.

⁷² CERD/C/ESP/CO/18-20, 8 de abril de 2011, párr. 18; CERD/C/ESP/CO/21-23, 21 de junio de 2016, párr. 35.

⁷³ E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012, párr. 30; E/C.12/ESP/CO/6, 25 de abril de 2018, párr. 51.

⁷⁴ CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015, párr. 25.

firmado la CTMF, ni había consentido en obligarse, debido a que la Parte III reconoce derechos a todos los trabajadores migrantes y sus familiares, estén en situación regular o irregular. Admitió que, aunque todos los derechos fundamentales están reconocidos en la Constitución para todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin embargo, la legislación nacional en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social distingue algunos derechos como aplicables únicamente a los migrantes regulares⁷⁵.

Ante la recomendación de algunos Estados de que ratificara la CTMF, España señaló que no rechazaba la idea de adherirse, si bien apuntó que ese instrumento adolecía de defectos jurídicos y que seguiría estudiando la cuestión⁷⁶. Posteriormente, añadió que los derechos que la CTMF reconoce «se encuentran recogidos en términos generales, aunque no en todos sus matices, en múltiples tratados de protección y promoción de los Derechos Humanos de alcance universal de los que España ya es parte, así como en otros tratados en el ámbito regional europeo». También pretextó que solo 42 Estados la habían ratificado en 2010 y que ningún Estado miembro de la Unión Europea lo había hecho «en gran medida porque se ha considerado que no se contó con su posición a la hora de elaborar el contenido de la misma y de adoptarse»⁷⁷. Y reiteró que «la legislación interna española también protege los derechos de los migrantes de forma amplia en la Constitución, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como en el Reglamento que la desarrolla»⁷⁸.

En 2015, cuando su segundo informe EPU fue examinado y se reiteró la recomendación de ratificar la CTMF, España solo tomó nota y manifestó que no podía comprometerse a aplicarla en esta fase, «estemos de acuerdo o no con los principios que (la) inspiran»⁷⁹. Se repitieron similares argumentos en 2020, pese a las numerosas invitaciones de los Estados a ratificar la CTMF⁸⁰.

4. CONCLUSIONES

España es Estado de acogida de 5,8 millones de migrantes regulares y 600.000 irregulares; y asimismo Estado de salida de personas migrantes (2,6 millones). La sociedad civil española, en particular las ONG de derechos humanos reclaman la ratificación de la CTMF para amparar los derechos humanos de un amplio colectivo que contribuye eficazmente a la contención

⁷⁵ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/WG.6/8/ESP/1, 18 de febrero de 2010, párr. 20.

⁷⁶ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/15/6, 16 de junio de 2010, párrs. 52 y 86.

⁷⁷ El argumento es inexacto, pues España formó parte del grupo de Estados MESCA que participó activamente en el grupo de trabajo que redactó y adoptó por consenso cada artículo de la CTMF. Cfr: HUNE, Sh. y NIESSEN, J., «The first UN Convention on Migrant Workers», *NQHR*, 9 (2) 1991, pp. 133-134.

⁷⁸ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/15/6/Add.1, 13 de septiembre de 2010, párrs. 1-2.

⁷⁹ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/29/8/Add.1, 17 de abril 2015, párr. 6.

⁸⁰ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/44/7/Add.1, 30 de junio de 2020, párrs. 11-12.

del crecimiento demográfico negativo, al desarrollo del país y a tareas económicas y sociales vitales como el cuidado de niños, mayores y enfermos.

Al alinearse con la posición común de la Unión Europea para rechazar la ratificación, España abandona la protección de sus 2,6 millones de migrantes. Además, defiende la Ley de extranjería de 2000⁸¹ que, al amparo del art. 13 de la Constitución, establece dos categorías de derechos y libertades para los extranjeros en España: *a)* derechos fundamentales reconocidos a todos los extranjeros, y *b)* derechos sociales reconocidos únicamente a los extranjeros con residencia legal. Esta legislación es incompatible con el principio de no discriminación, que es imperativo en el DIDH, se haya ratificado o no la CTMF⁸².

Ratificarla es la vía idónea para reconocer y proteger los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares en España. También reforzará el principio de no discriminación por razón del origen nacional o la condición social en el disfrute de todos los derechos humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. Tal principio debe abarcar igualmente a las personas migrantes pertenecientes a grupos especialmente vulnerables, como mujeres, niños, con discapacidad, víctimas de trata y explotación sexual, apátridas, refugiados o demandantes de asilo.

Por sus efectos adversos para los derechos humanos de las personas migrantes, el fenómeno migratorio reproduce prácticas contemporáneas de esclavitud, por lo que requiere un enfoque estricto de derechos humanos. Ratificar la CTMF contribuiría a abordar, sin dobles varas y con un lenguaje compatible con la dignidad de millones de seres humanos, un fenómeno que debe erradicarse de la confrontación ideológico-política. Favorecería el conocimiento y difusión de la CTMF entre los operadores jurídicos y ayudaría a superar tanta querrela política que encuentra combustible fácil en las migraciones y la desinformación, promoviendo así una convivencia social justa e inclusiva, igualmente digna para todas las personas. También desalentaría a quienes se lucran con el tráfico y empleo irregular de trabajadores migratorios, incluidos quienes en nuestro país los someten a abusos propiciando

⁸¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. Texto consolidado tras la última actualización de 23 de enero de 2021.

⁸² La adscripción del principio de no discriminación al *ius cogens* internacional viene apoyada por el Comité DH: «Aun cuando el art. 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (arts. 2 y 3, párr. 1 del art. 14, párr. 4 del art. 23, párr. 1 del art. 24 y art. 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del art. 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del art. 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto». Cfr. OG 29 (*Estados de emergencia. Art. 4*), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 8. También por la Corte Interamericana: «En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*». CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

una economía sumergida que actúa como un potente *efecto llamada*⁸³. Por último, es necesario un esfuerzo educativo en materia de derechos humanos y una actuación coordinada de la comunidad internacional organizada, en particular (pero no solo) de los países desarrollados, para evitar el *cinismo del doble lenguaje*: derechos humanos para los ciudadanos de la Unión Europea, pero no para los extranjeros⁸⁴. Por las mismas razones, abogamos por que todos los Estados miembros de la Unión Europea ratifiquen o se adhieran rápidamente a la CTMF.

⁸³ CAMÓS VICTORIA, I. y ROJO TORRECILLA, E., «La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias», *Migraciones*, 2004, núm. 16, p. 11.

⁸⁴ AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A., «El novísimo derecho de las personas a migrar», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, marzo de 2004, núm. 5, pp. 291-292.

MISCELÁNEA/MISCELLANY

CHOICE OF LAW FOR IMMOVABLE PROPERTY ISSUES: NEW DIRECTIONS IN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES

Georgina GARRIGA SUAU* and Christopher A. WHYTOCK**

ABSTRACT

CHOICE OF LAW FOR IMMOVABLE PROPERTY ISSUES: NEW DIRECTIONS IN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES

In both the European Union and the United States, it is a dynamic period for private international law regarding immovable property issues. The predominant approach has been that these issues are governed by the *lex rei sitae* —that is, the law of the State where the immovable is located. However, through a comparative examination of recent EU Regulations on succession, matrimonial property regimes, and the property consequences of registered partnerships, and of the new Third Restatement of Conflict of Laws project in the United States, this article shows that on both sides of the Atlantic there is a trend toward reducing the scope of the *lex rei sitae* rule. It explores both the reasons for and the challenges posed by this trend. It also reveals that despite this trend, the *lex rei sitae* rule nevertheless persists in relation to certain «core» immovable property issues.

Keywords: immovables, property rights, Conflict rules, Conflict-of-laws Restatements, European Union, United States, Rome I Regulation, Succession Regulation, Matrimonial Property Regulation, Registered Partnership Property Regulation.

* Associate Professor of Private International Law at the University of Barcelona (ggarriga@ub.edu). This paper forms part of the research project «Property rights system over tangible goods in the field of European Private International Law: aspects of international jurisdiction and applicable law» funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (PID2020-112609GB-I00). All websites quoted in this article were last visited on 8 February 2022.

** Professor of Law and Political Science at the University of California, Irvine (cwhytock@law.uci.edu); Associate Reporter, Restatement of the Law Third, Conflict of Laws.

RESUMEN

LEY APLICABLE EN MATERIA DE BIENES INMUEBLES: NUEVAS DIRECCIONES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA Y ESTADOS UNIDOS

En el ámbito de la Unión Europea y de Estados Unidos, el Derecho internacional privado en materia de bienes inmuebles está en transformación. Hasta el momento, la regla general ha sido que la *lex rei sitae*, esto es, la ley del país en el que el bien inmueble se localiza, rige este sector material. Sin embargo, desde un análisis en perspectiva comparada de los recientes Reglamentos de la Unión Europea en materia de sucesiones, régimen económico matrimonial y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, y de la nueva propuesta *Third Restatement of Conflict of Laws* en Estados Unidos, este trabajo demuestra que en ambos lados del Atlántico existe una tendencia dirigida a reducir el ámbito de aplicación de la regla *lex rei sitae*. En este sentido, este estudio explora tanto las razones de ello como los desafíos que esta tendencia plantea. También pone de relieve que, sin perjuicio de ello, la regla *lex rei sitae* continúa persistiendo en relación con ciertas cuestiones consideradas el núcleo central de los bienes inmuebles.

Palabras clave: inmuebles, derechos reales, normas conflictuales, *Restatements* de conflicto de leyes, Unión Europea, Estados Unidos, Reglamento Roma I, Reglamento Sucesiones, Reglamento Régimen económico matrimonial, Reglamento Efectos patrimoniales de las parejas registradas.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. THE *LEX REI SITAE* RULE IN CONTEXT.—2.1. The U.S. Context.—2.1.1. The Role of the Restatements.—2.1.2. The *lex rei sitae* rule in the First Restatement.—2.1.3. The *lex rei sitae* rule in the Second Restatement.—2.2. The EU Context.—2.2.1. The *lex rei sitae* in EU Member State Law.—2.2.2. The Property Gap in EU Private International Law.—3. DYNAMISM IN US AND EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW.—3.1. The Third Restatement of Conflict of Laws.—3.1.1. *Lex rei sitae* Governs Core Immovable Property Issues.—3.1.2. Reduced Scope of *lex rei sitae* rule.—3.1.3. Reasons for Reducing the Scope of the *lex rei situs* rule.—3.2. Developments in the European Union.—3.2.1. The Succession, Matrimonial Property, and Registered Partnership Property Regulations: Beyond *lex rei sitae*.—3.2.2. A Different Approach: Contractual Obligations and the Rome I Regulation.—3.2.3. Defining Core Immovable Property Issues in the EU Context: The Problem of Characterization.—3.2.4. Addressing the Problems of Gaps and Coherence: Some Academic Initiatives.—4. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCTION

In both Europe¹ and the United States², much has been written about the *lex rei sitae* conflict-of-law rule, according to which the law of the state

¹ See, e. g., AKKERMANS, B. and RAMAEKERS, E., «*Lex rei sitae* in perspective: national developments of a common rule?», in AKKERMANS, B. and RAMAEKERS, E. (eds.), *Property Law Perspectives*, Intersentia, 2012, pp. 123-151; CARRUTHERS, J. M., *The Transfer of Property in the Conflict of Laws: Choice of Law Rules concerning Inter Vivos Transfers of Property*, Oxford, Oxford University Press, 2005; RUPP, C. S., «The *lex rei sitae* and Its Neighbours-Debates, Developments, and Delineating Boundaries Between PIL Rules», *European Property Law Journal*, vol. 7, 2018, p. 267.

² See, e. g., SINGER, J. W., «Property Law Conflicts», *Washburn Law Journal*, vol. 54, 2014, p. 129; STERN, J. Y., «Property Exclusivity, and Jurisdiction», *Virginia Law Review*, vol. 100, 2014, p. 111; WEINTRAUB, R. J., *Commentary on the Conflict of Laws*, 6th ed., Foundation Press, 2010, pp. 573-627; HAN-

where immovable property is located governs issues related to that property³. Moreover, on both sides of the Atlantic, it is a dynamic period for this aspect of private international law. In the EU, regulations governing choice of law in fields related to immovable property, including succession, matrimonial property, and the property consequences of registered partnerships have been adopted over the last decade⁴. In the US, work is underway on a new Third Restatement of Conflict of Laws that will address choice of law for immovable property issues.

In light of these developments, it would seem timely and beneficial to have a comparative EU-US perspective on these matters. As one of the Reporters for the Third Restatement project has argued, comparative law can and should play a productive role in the development of the new Conflict of Laws Restatement⁵. A familiarity with current developments in the United States may likewise be informative for current initiatives in the European Union. However, little recent work has been done to develop such a perspective⁶. European Union private international law scholarship is already highly comparative, but has so far not substantially engaged with the most recent U.S. developments in the field of immovable property⁷. Therefore, in this ar-

cock, M., «Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantage of Disingenuousness», *Stanford Law Review*, vol. 20, 1967, p. 1.

³ Following the standard European usage, we use the term «immovable property» or «immovables» to refer to land and those things so attached to the land as to be deemed legally part of it. Generally, this term has the same meaning as «real property», which is the more common usage in the United States. One difference, however, is that leasehold interests are sometimes said to be immovables, but not real property. See HAY, P., BORCHERS, P. J., SYMEONIDES, S. C. and WHYTOCK, C. A., *Conflict of Laws*, 6th ed., Hornbook Series, 2018, § 19.2, pp. 1199-1200.

⁴ See, Regulation (EU) 650/2012 of the European Parliament and of Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (the «Succession Regulation») (*OJ L 201*, 27 July 2012); Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (the «Matrimonial Property Regulation») (*OJ L 183*, 8 July 2016) and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships (the «Registered Partnership Property Regulation») (*OJ L 183*, 8 July 2016). It is worth noting, though, that the two latter Regulations only apply to the Member States participating in the enhanced cooperation as established by the regulations themselves (see Recitals 11 of both Regulations).

⁵ MICHAELS, R. and WHYTOCK, C. A., «Internationalizing the New Conflict of Laws, Restatement», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 27, 2017, p. 349 and p. 356.

⁶ A very notable exception is HAY, P., «The Situs Rule in European and American Conflicts Law», in RASMUSSEN-BONNE, H. E. and KHACHIDZE, M. (eds.), *Selected Essays on Comparative Law and Conflict of Laws*, C. H. Beck, 2015, p. 541 et seq.

⁷ Immovable property is generally understood as consisting of land and things so attached to the land —such as a building— that they are considered immovable property, too. See Second Restatement, chapter 8, topic 2, intro. note. The Third Restatement uses the terms «real property» and «personal property», which is the more current usage in the United States. See Restatement of the Law Fourth, Property § 2.1.a (Preliminary Draft No. 3, 2017) [«Real property (“realty” or “real estate”) is land and anything growing on, attached to, or erected on it, excluding anything that may be severed without injury to the land. Real property includes all land and buildings on the land, all things permanently attached to the land and its buildings, and any interest existing in, issuing out of, or dependent

ticle we aim to analyze current developments in choice of law for immovable property issues in the European Union and the United States.

We begin our analysis in Section 2 by examining the *lex rei sitae* rule in context, highlighting the role of the Restatements of Conflict of Laws in the United States, and the respective roles of Member State law and EU regulations in Europe. We show that in both the United States and the European Union, the predominant conflict-of-law rule for issues about immovable property has been that the *lex rei sitae* governs those issues. In Section 3, we shift our focus to current developments, highlighting the trend in both US and EU private international law toward reducing the scope of the *lex rei sitae* rule and explaining the rationales for and the challenges posed by those trends. In Section 4, we draw out our principal conclusions. Our hope is that even the preliminary comparative perspective we offer here will be helpful to those engaged in conversations about these issues in both the European Union and the United States, and perhaps stimulate interest in further EU-US comparative work on choice of law for issues about immovables.

2. THE *LEX REI SITAE* RULE IN CONTEXT

In both the United States and the European Union, the predominant choice-of-law rule for issues about immovable property has been that the applicable law is the *lex rei sitae* —the law of the place where the property is located⁸. In the United States this rule is expressed primarily in state common law and in Restatements, whereas in the European Union it is largely codified in the national law of Member States.

upon the land and its buildings, including everything above and below the land»]. For most purposes, the distinction between personal property and real property is the same as the distinction between movables and immovables. One difference is that leasehold interests are said to be immovables but not real property. See Restatement of Conflict of Laws § 208, Special Note (American Law Institute 1934).

From an EU perspective, the distinction movable/immovable is the prominent distinction to handle the process of characterization (CARRUTHERS, J. M., *op. cit.*, p. 19). Although the law applicable to property rights is the law that must govern whether an object is movable or immovable (see, for instance, art. 64.2 of the Bulgarian Private International Law Code; art. 10:127 (4) of the Dutch Civil Code (Book 10: Private International Law) and art. 40 of the Hungarian Act No. XXVIII of 2017 on Private International Law.

Therefore, the definition of «immovable property» must be found in the rules of the Member States' legal systems that follow, in general terms, the definition put forward earlier in the text of this paper. In this sense, see, among others, art. 511-2 of the Civil Code of Catalonia (*Llei 5/2006, 10 de maig*); art. 334 of the Spanish Civil Code (*Real Decreto de 24 de julio de 1889*); arts. 517 to 526 of the French Civil Code (*Loi 24 mars 1804*); art. 812 of the Italian Civil Code (*Regio Decreto 16 marzo 1942, N. 262*); art. 204 of the Portuguese Civil Code (*Decreto-Lei N. 47, de 25 novembro 1966*) and arts. 3.47 to 3.49 of the Belgium Civil Code (*Loi portant le Livre 3 «Les biens» du Code Civil, 4 Fevrier 2020*).

⁸ D'AVOUT, L., «Property and proprietary rights», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1429.

2.1. The U.S. Context

2.1.1. *The Role of the Restatements*

In the United States, choice of law is primarily a matter of U.S. State law, not U.S. federal law⁹. This means there is no singular U.S. approach to choice of law. Instead, each State of the United States has its own conflict-of-law rules, which differ significantly¹⁰.

Moreover, conflict-of-law rules in the United States are primarily common law rules developed by State court judges. Only two U.S. States have comprehensively codified conflict-of-law rules¹¹: Oregon¹² (for torts and contracts) and Louisiana¹³.

Nevertheless, a certain degree of uniformity has been achieved among U.S. States due to the influence of two Restatements: The Restatement of the Law, Conflict of Laws (the «First Restatement») and the Restatement of the Law Second, Conflict of Laws (the «Second Restatement»)¹⁴. Symeon Symeonides succinctly describes Restatements as follows:

«In the American legal lexicon, a Restatement of the Law is a document that resembles a code in the sense that it is a comprehensive and relatively systematic treatment of a legal subject, but also differs in many respects, not the least of which is that it is not a statute. It is promulgated not by a governmental authority, but rather by the American Law Institute (ALI), a non-governmental organization of up to 4,000 lawyers, judges and academics, which was founded in 1923 “to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs”. In addition to systematically restating and clarifying the common law, a restatement may also pre-state what the law ought to be, at least when judicial precedents are lacking, conflicting or ambiguous. Although the restatements are not binding authority in any state, they can be highly persuasive, depending on their intrinsic quality, and some of them enjoy wide judicial following»¹⁵.

Restatements are researched and written by legal experts called «reporters», and they are advised by a group including state and federal judges, practicing lawyers, and other legal academics¹⁶. Some Restatements—in-

⁹ See SYMEONIDES, S. C., *Choice of Law*, Oxford University Press, 2016, p. 3.

¹⁰ Federal courts are required to apply the conflict-of-law rules of the State in which it sits when federal jurisdiction is based on diversity of citizenship between the parties. *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487 (1941).

¹¹ SYMEONIDES, S. C., *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 8.

¹² The Or. Rev. Stat. §§ 15.300-380 (2017) for contracts and the Or. Rev. Stat. §§ 15.400-460 (2017) for torts.

¹³ Louisiana Civil Code, arts. 3515-3542.

¹⁴ See, e. g., SYMEONIDES, S. C., *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁵ SYMEONIDES, S. C., «Restatement (First and Second) of Conflict of Laws», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *op. cit.*, p. 1546.

¹⁶ Restatements are developed according to an extensive five-stage process. First, legal experts appointed by the ALI called «reporters» research and draft «Preliminary Drafts». Second, each Preliminary Draft is submitted to the project’s Advisers and Members Consultative Group (or «MCG»)

cluding the First and Second Restatements of Conflict of Laws— have been relied upon extensively by judges and played an important role in the clarification and development of common law in the United States¹⁷.

2.1.2. *The lex rei sitae rule in the First Restatement*

The First Restatement was drafted by Reporter Joseph H. Beale and published in 1934. It contains strict jurisdiction-selecting conflict-of-law rules relying primarily on single, territorial, connecting factors. In line with this general territorial approach, the First Restatement calls for the application of the *lex rei sitae* for virtually all issues related to immovable property. These include what might be called «core» immovable property issues, such as the validity and effect of conveyances of interests in land and mortgages in land¹⁸. But it also extends much further, so as to cover issues about capacity to convey or take land¹⁹, as well as immovable property-related succession²⁰ and matrimonial property issues²¹. However, the First Restatement takes a different approach for issues about immovable property contracts, providing that «[t]he law of the place of contracting determines the validity of a promise to transfer or to convey land»²².

For a certain period, the First Restatement was widely followed by courts, and it continues to be followed by a small but significant number of States²³.

for review and comment. The Advisers are lawyers, judges and legal scholars appointed by the ALI. They typically have some expertise in the field covered by the Restatement. The MCG is open to any member of the ALI who wishes to review and comment on a given project's Preliminary Drafts. Third, the Reporters revise the draft, and either resubmit it to the Advisers and MCG for further review and comment, or they submit the revised draft to the ALI Council. At that stage, the draft is called a «Council Draft». The Council is the ALI's governing body. It consists of approximately 50 lawyers, judges, and academics. Fourth, if the Council approves the Council Draft, it is then submitted as a «Tentative Draft» to be considered for approval by the ALI membership at one of the ALI's annual meetings. There are at any given time up to 3,000 elected ALI members. Each part of a proposed Restatement goes through these stages until all parts of the project has been approved by both the Council and the membership, at which point, fifth and finally, it is published by the ALI in complete form.

¹⁷ See SILVER, Ch. and BARKER, W. T., «The Treatment of Insurers' Defense-Related Responsibilities in the Principles of the Law of Liability Insurance: A Critique», *Rutgers University Law Review*, vol. 68, 2015, p. 83; STEMPEL, J. W., «Hard Battles Over Soft Law: The Troubling Implications of Insurance Industry Attacks on the American Law Institute Restatement of the Law of Liability Insurance», *Cleveland State Law Review*, vol. 69, 2021, p. 605.

¹⁸ See, e. g., First Restatement § 215 («The validity of a conveyance of an interest in land is determined by the law of the state where the land is»). See also First Restatement §§ 214, 217, 218, 220, 221, and 225.

¹⁹ First Restatement §§ 216 and 219.

²⁰ See, e. g., First Restatement § 245 («The law of the state where the land is determines its devolution upon the death of the owner intestate») and § 249 («The validity and effect of a will of an interest in land are determined by the law of the state where the land is»).

²¹ See, e. g., First Restatement § 238 («The effect of marriage upon an interest in land acquired by either or both of the spouses during coverture is determined by the law of the state where the land is»).

²² First Restatement § 340.

²³ See SYMEONIDES, S. C., *Choice of Law*, op. cit., p. 60.

However, it was criticized from the beginning²⁴. On the one hand, its rigid rules were said to produce frequently arbitrary results. On the other hand, these rules were applied in ways that produced uncertainty and lack of transparency in legal reasoning, because judges dissatisfied with those results tended to avoid them by using a variety of «escape devices» (such as characterization and the public policy exception)²⁵.

2.1.3. *The lex rei sitae rule in the Second Restatement*

Work on the Second Restatement began in 1952. Drafted by reporter Willis Reese and associate reporter Austin Scott, it was published in 1971. Influenced by the so-called «American conflicts revolution» that proposed various «modern» approaches in lieu of the First Restatement's conflict-of-law rules, the Second Restatement generally avoids rules altogether. Instead, Section 6 of the Second Restatement enumerates a variety of factors that judges are to consider when making conflict-of-law decisions²⁶. Its issue-specific conflict-of-law sections typically call on courts either to apply the law of the State which, with respect to that issue, has «the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6»²⁷, or identify the state that presumptively has that relationship and calls on courts to apply that State's law «unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied»²⁸. Thus, under the Restatement Second's approach, «courts must look in each case to the underlying factors themselves in order to arrive at a decision which will best accommodate them»²⁹.

In contrast to its general multi-factor approach, the Second Restatement provides specific conflict-of-law rules for issues about immovable property. Those rules select the *lex rei sitae* not only for core immovable property issues³⁰,

²⁴ See ROOSEVELT III, K., *Conflict of Laws*, 2d ed., Foundation Press, 2015, p. 35.

²⁵ See generally SYMEONIDES, S. C., *Restatement (First and Second) of Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 1547.

²⁶ See Restatement Second § 6(2) («[T]he factors relevant to the choice of the applicable rule of law include (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied»).

²⁷ See, *e. g.*, Restatement Second, § 145(1).

²⁸ See, *e. g.*, Restatement Second § 146.

²⁹ Restatement Second, § 6, cmt. c.

³⁰ See, *e. g.*, Second Restatement § 223 [(1) Whether a conveyance transfers an interest in land and the nature of the interest transferred are determined by the law that would be applied by the courts of the situs. (2) These courts would usually apply their own local law in determining such questions]. As this Section illustrates, the Second Restatement's *lex rei sitae* rules generally are not as categorical as the First Restatement's *lex rei sitae* rules, insofar as they refer not directly to the State where the immovable property is located, but rather to the «law that would be applied» by the courts of that State, which «would usually apply» their own local law.

but also —like the First Restatement— for succession³¹ and matrimonial property issues involving immovables³². The Second Restatement's *lex rei sitae* rule reaches even further than the First Restatement's, extending even to issues about contracts for the transfer of immovable property interests³³. As one commentator puts it, «By and large, the Conflicts Revolution simply never made it to property»³⁴. For a variety of immovable property-related issues, there is a trend away from a categorical *lex rei sitae* approach in the common law of some States, but the *lex rei sitae* rule remains the predominant approach in the United States today.

2.2. The EU Context

2.2.1. *The lex rei sitae in EU Member State Law*

Although choice of law is increasingly a matter of EU private international law, choice of law for immovable property issues remains largely a matter of Member State law. The predominant rule is that the *lex rei sitae* governs these issues. This rule is embraced by law of all Member States that have codified choice of law on this topic³⁵.

There is, however, some variation in detail across Member States. Some codifications refer to the *lex rei sitae* specifically for issues about rights in the immovable property (as distinguished from movable property), while others do so for issues about «things or objects» generally without distinguishing between immovables and movables. In this regard, art. 64.1 of the Bulgarian Private International Law Code illustrates the first category of conflict-of-law rules: «Possession, ownership and other rights in rem in movable and immovable property shall be governed by the law of the State in which the property is situated (*lex loci rei sitae*)»³⁶.

As for the second category of conflict-of-law rules, art. 39.1 of the Hungarian Act No. XXVIII of 2017 on Private International Law offers an example: «Unless provided otherwise in this Act, ownership and other in-rem rights, including lien and possession shall be governed by the law of the place where the thing is located»³⁷. For its part, art. 3 of the French Civil

³¹ See, e. g., Second Restatement §§ 236 and 239.

³² See, e. g., Second Restatement § 234.

³³ See Second Restatement § 189.

³⁴ STERN, J. Y., *op. cit.*, p. 113.

³⁵ See KIENINGER, E. M., «Immovable property», in BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. and DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *op. cit.*, p. 891.

³⁶ Other examples are: art. 15.1 of the Italian Act on the *Riforma del Sistema italiano di Diritto internazionale privato* (Legge 31 maggio 1995, n. 218); art. 1.48 (1) of the Civil Code of the Republic of Lithuania of 18 July 2000, No. VIII-1864 and art. 10. of the Spanish Civil Code, of 1974.

³⁷ Hungarian Act No. XXVIII of 2017 on Private International Law (*Magyar Közlöny*, 2017-04-11, vol. 54, pp. 6527-6552). In the same token, see art. 87 of the *Loi Belge portant le Code de Droit international privé*, 16 juillet 2004; art. 10:127 (1) of the Dutch Civil Code (Book 10: Private International Law); art. 69.1 of the Czech Private International Law Act of 25 January 2012; art. 41 of the Polish Act of 4

Code³⁸ uses a unilateral conflict-of-law rule insofar as this provision extends French law to property rights in immovables located in France³⁹.

2.2.2. *The Property Gap in EU Private International Law*

As we will see, EU law governs choice of law for a number of important immovable property-related issues. So far, however, there is no EU regulation that comprehensively addresses choice of law for core immovable property issues (or, for that matter, movable property issues). In the late 1960s, the Commission of the European Economic Community encouraged the creation of a group of Government experts aimed to unify conflict-of-law rules in the framework of the ECC. Although the initial proposal covered property issues⁴⁰, the final draft only embraced contractual and non-contractual obligations. Thus, the working group adopted the 1972 ECC Draft of a Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations⁴¹.

Since then, no other initiative on the law applicable to rights in immovables has resulted in action at the EU level —although, as we will see, some academic and research initiatives on this topic are underway⁴². Consequently, choice of law for issues about immovables remains subject to Member States law, illustrating the saying that «[p]roperty law is perhaps the most national field of law»⁴³.

3. DYNAMISM IN US AND EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Despite the force of the *lex rei sitae* rule, it is a dynamic period for private international law as it relates to immovable property issues in both the United States and the European Union. The general trend is toward reducing the scope of the *lex rei sitae* rule to more closely align private international law with the policies and practicalities of related areas of substantive law, including the law of succession, matrimonial property, registered partnerships, and, in the United States, contracts. In the United States, this trend

February 2011, Private International Law; art. 18.1 of the Estonian Private International Law Act, of 27 March 2002 and art. 46 of the Portuguese Civil Code, of 25 November 1966.

³⁸ *Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803*.

³⁹ In the same vein, see art. 3 of the Luxembourg Civil Code (*Décreté le 5 mars 1803*).

⁴⁰ NADELMANN, K. H., «The ECC Draft of a Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 21, 1973, pp. 584-585.

⁴¹ Rapport GIULIANO, LAGARDE et VAN SASSE VAN YSSELT, *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, núm. 1, 1973, pp. 198-260.

⁴² As some have suggested, the lack of an EU regulation with respect to the law applicable to proprietary rights in immovables may be precisely due to how uniformly the law of Member States embraces the *lex rei sitae* rule. KIENINGER, E. M., *Immovable property, op. cit.*, p. 891.

⁴³ VERSTILEN, F. M. J., «General Aspects of Transfer and Creation of Property Rights including Security Rights», in DROBNIG, U., SNIJDERS, H. and ZIPPRO, E.-J. (eds.), *Divergences of property law, an obstacle to the internal market?*, München, Sellier, 2006, p. 17.

is reflected by the current drafts of a new Third Restatement of Conflict of Laws⁴⁴. In the European Union, it is evident in EU regulations governing issues related to immovable property, such as matrimonial property, registered partnerships, and succession⁴⁵.

3.1. The Third Restatement of Conflict of Laws

As Professor Symeon Symeonides has put it, «for better or worse, the Restatement (Second) appears to dominate the American methodological landscape»⁴⁶. Although followed by courts in many States, critics argue that the Second Restatement gives judges «virtually unlimited discretion», and thus merely provides a «convenient, and authoritative-sounding, rationalization for results that the court would have reached under any other modern methodology»⁴⁷; that «it has elements that should make everyone happy, but nothing that ties those elements into a coherent whole»⁴⁸; and that it is «easy to misinterpret» and is thus applied by different courts in a multitude of different ways⁴⁹. Meanwhile, to a significant extent, judicial practice under the Second Restatement has started to «converge in particular categories of cases, producing decisions that could be restated in the form of rules»⁵⁰.

With these considerations in mind, in October 2014, the Council of the American Law Institute approved the initiation of the Restatement of the Law Third, Conflict of Laws (the «Third Restatement») project and appointed Professor Kermit Roosevelt III as the Reporter, and Professors Laura E. Little and Christopher A. Whytock as Associate Reporters. Rather than the multi-factor approach of the Second Restatement, the Third Restatement aims to provide «clear and predictable rules» that will lead to the most sensible results in most cases «in light of party expectations and the relative interests of the states»⁵¹.

3.1.1. *Lex rei sitae* Governs Core Immovable Property Issues

Under the current Third Restatement drafts, the *lex rei sitae* governs issues that directly implicate policies underlying the substantive law of immovable

⁴⁴ See Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Council Draft No. 5 (Sept. 20, 2021); Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 7 (Oct. 2021); Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 5 (Oct. 23, 2019).

⁴⁵ See above footnote 4.

⁴⁶ SYMEONIDES, S. C., *Choice of Law*, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 152-153.

⁴⁸ ROOSEVELT III, K., *op. cit.*, p. 90.

⁴⁹ RICHMAN, W. M., REYNOLDS, W. L. and WHYTOCK, C. A., *Understanding Conflict of Laws*, 4th ed., Lexis Nexis, 2013, pp. 228-229.

⁵⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Tentative Draft No. 2 (March 25, 2021), approved at 2021 Annual Meeting.

⁵¹ See Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 7 (Oct. 2021), § 5.01, Comment d.

property. The Third Restatement calls these «core» immovable property issues. By doing so, it intends to distinguish them from issues that more directly implicate policies underlying other fields of substantive law, such as the substantive laws of marriage and other domestic relationships, succession, and contractual obligations—even when they happen to arise in relation to immovable property.

Core immovable property issues that are governed by the *lex rei sitae* include issues about the permissible types of interests in immovable property, the transfer of immovable property interests by deed, the recording (or registration) of immovable property interests, and the effect of recording or failing to record an immovable property interest on the priorities of interests in that property⁵². In addition, the *lex rei sitae* governs whether a contract results in an actual transfer of an immovable property interest, and it will likely govern immovable property leases⁵³.

3.1.2. *Reduced Scope of lex rei sitae rule*

One of the reasons given by academics for a Third Restatement was to reduce the scope of the earlier Restatements' *lex rei sitae* rule⁵⁴. Although still a work in progress and not yet approved by the American Law Institute, the current drafts of the Third Restatement do indeed propose a substantial reduction of the scope of the *lex rei sitae* rule, applying it to core immovable property issues but generally not extending it to other issues.

For example, unlike the First Restatement and the Second Restatement, issues about matrimonial property are generally governed by the law of the State of the marital center, even when those issues arise in relation to immovable property⁵⁵. The «marital center» is defined as the State of the spouses' common domicile, if they are domiciled in the same State, and otherwise

⁵² Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 5 (Oct. 23, 2019), §§ 7.03, 7.05, and 7.06. Core immovable property issues governed by the *lex rei sitae* also include issues about servitudes (§ 7.04) and the transfer of immovable property interests by adverse possession (§ 7.07), as well certain others.

⁵³ Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Council Draft No. 5 (Sept. 20, 2021) § 8.09(b). See *id.* at Comment c («Generally, a contract for the sale of real property interests does not itself transfer those interests but instead merely creates an obligation on the part of the seller to take the steps necessary to transfer those interests to the buyer, typically by delivering a deed. The effect of a transfer by deed is a separate issue, governed by the law of the state where the real property is located. In some cases, however, the sales contract itself may operate as a transfer of an interest if, for example, it contains words of conveyance and other formal requirements for a valid deed»).

⁵⁴ HAY, P., BORCHERS, P. J., SYMEONIDES, S. C., and WHYTOCK, C. A., *Conflict of Laws*, 6th ed., West Hornbook Series, 2018, p. 77; SYMEONIDES, S. C., *Choice of Law, op. cit.*, p. 700; RICHMAN, W. M. and REYNOLDS, W. L., «Prolegomenon to an Empirical Restatement of Conflicts», vol. 75, *Indiana Law Journal*, 2000, p. 424; SINGER, J. W., *op. cit.*, p. 160; WEINTRAUB, R. J., *Commentary on the Conflict of Laws*, 6th ed., 2010, §§ 8.1-8.22.

⁵⁵ See, *e. g.*, Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 5 § 7.19 (Oct. 23, 2019) («The matrimonial property rights of spouses upon divorce are governed by the law of the marital center at the time of divorce»).

the State with which the spouses jointly have the closest connection, taking into account all of the circumstances⁵⁶. These conflict-of-law rules apply by analogy to property rights arising from legally recognized non-marriage domestic relationships⁵⁷.

Also unlike the First Restatement and the Second Restatement, issues about succession are governed by the law of the State of the decedent's domicile at the time of death, not the *lex rei sitae*, even when those issues arise in relation to immovable property⁵⁸. In addition, unlike the Second Restatement, issues about contracts for the sale of immovable property interests are governed by the law selected by the drafts' contract conflict-of-law rules, rather than by the *lex rei sitae*⁵⁹.

3.1.3. *Reasons for Reducing the Scope of the lex rei situs rule*

There are several reasons for the Third Restatement drafts' rejection of a broad and categorical *lex rei situs* rule. One reason is that a State is unlikely to have the strongest interest in having its law govern a matrimonial property, succession, or contract issue related to immovable property solely because the immovable property is located there. The policies underlying the substantive law of matrimonial property, succession, and contracts are not policies about immovables as such.

For example, the policies underlying the law governing matrimonial property rights are primarily policies about the spouses and their marriage relationship. These policies include recognition of the contributions of both spouses to the relationship, equitable distribution of property between the spouses, and protection of an economically dependent spouse. In light of these policies, a State is unlikely to have the strongest interest in having its law govern matrimonial property rights related to immovable property solely because the property is located in that State. Rather, the State that has the closest connection to the spouses and the marriage relationship—that is, the marital center—will ordinarily have the strongest interest in having its law govern⁶⁰.

The policies underlying the law of succession are primarily policies about the rights of persons to dispose of their property as they wish when they die.

⁵⁶ Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 5 (Oct. 23, 2019) § 7.16. This definition is inspired by the Matrimonial Property Regulation's reference to the law of the state of the common habitual residence of the spouses and the fallback reference to «the State [...] with which, taking all circumstances into account, [the spouses' matrimonial property regime] is most closely connected». Art. 26.1 of the Matrimonial Property Regulation.

⁵⁷ Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 5 (Oct. 23, 2019) § 7.24.

⁵⁸ See, e. g., Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 7 (Oct. 2021) § 7.25 («The law of the state of the testator's domicile at the time of death governs the formal validity of a will») and § 7.29 («The law of the state of the decedent's domicile at the time of death governs the transfer of property by intestate succession»).

⁵⁹ Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Council Draft No. 5 (Sept. 20, 2021) § 8.09.

⁶⁰ See Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 5 (Oct. 23, 2019), § 7.19, Comment b.

A natural person's domicile is the place where their life is centered and where they are physically present. The State of a person's domicile usually will be the State with the closest connection to the person. Therefore, in most cases, a State is likely to have a stronger interest than other States in governing its own domiciliaries' rights to dispose of property upon death. States with weaker connections to a person are in most cases unlikely to have a stronger interest in governing those rights than the State where that person is domiciled. In general, a nondomicile State is unlikely to have a stronger interest than the domicile State in having its law govern a succession solely because the succession relates to real property that happens to be located there⁶¹.

The policies underlying the law governing contracts for the sale of immovable property interests are essentially the same policies that underlie the law of contracts generally, which are primarily about the parties to contracts, the rights and obligations between them, and their justified expectations, rather than about the subject property itself. Therefore, the State of the parties' domicile or the place of their contracting activity (negotiation, making, and performing the contract) will ordinarily have the strongest interest in having its law govern a contract for the sale of immovable property interests. A State is unlikely to have a stronger interest solely because the subject immovable property is located there⁶².

To be sure, the situs State does have a strong interest in ensuring clarity of title to immovable property and protecting *bona fide* purchasers. However, that interest can be satisfied by requiring recordation of an immovable property interest that arises under the applicable marriage or succession laws. Under the current drafts of the Third Restatement, issues about recordation and the consequences of recording or failing to record an immovable property interest on the priorities of interests are governed by the *lex rei sitae*, as are other core immovable property issues. As Professor Joseph Singer puts it:

«The situs state's only real interest in such cases is in clarity of title. Since it is possible to completely satisfy *that* situs interest while applying the law of the domicile to determine who owns what, these cases represent false conflicts that should deviate from situs law, all other things being equal [...]. The situs state does have very strong interests in clarifying who owns real property within the state but any judgment about property title at the domicile can be implemented by requiring the relevant party to grant a deed of real property to the appropriate person who then can record the deed at the situs, thereby satisfying any interest the situs has in its title system»⁶³.

There are several other important reasons for the Third Restatement's rejection of a broad and strict *lex rei situs* rule. In the fields of matrimonial property and succession, the Third Restatement's approach avoids the pro-

⁶¹ Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 7 (Oct. 2021), Introductory Note, Comment c.

⁶² Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Council Draft No. 5 (Sept. 20, 2021) § 8.09, Comment b.

⁶³ SINGER, J. W., *op. cit.*, pp. 135-136.

blems associated with scission, and instead makes it more likely that a single state's law will govern issues related to all matrimonial property issues as to a particular couple, and all succession issues as to a given decedent's estate. Moreover, the substantive law of matrimonial property, succession, and contracts—at least in the United States—generally does not treat movable property and immovable property in systematically different ways. It thus would seem to make little sense for the corresponding conflict-of-law rules to be systematically different for these issues depending on whether they arise in relation to movable or immovable property⁶⁴.

Overall, if the current Third Restatement drafts' conflict-of-law rules for matrimonial property, succession, and contracts issues are approved by the American Law Institute and followed by judges, they would represent a significant departure from the broad and categorical *lex rei sitae* rules of the First Restatement and the Second Restatement. It is also significant that by rejecting the *lex rei sitae* rule and adopting a unitary rather than a scissionist approach for issues about matrimonial property and succession related to immovable property, the Third Restatement would move U.S. private international law closer to EU private international law, as will be discussed next.

3.2. Developments in the European Union

3.2.1. *The Succession, Matrimonial Property and Registered Partnership Property Regulations: Beyond lex rei sitae*

As already explained, choice of law for issues about immovable property rights is primarily a matter of Member State law (as is also the case for issues about tangible movables and intangibles)⁶⁵. The substantive law of property may itself give rise to the creation, acquisition, or transfer of property rights, and in these cases the *lex rei sitae* approach reflected in Member State law determines the applicable law.

In many cases, however, the creation, acquisition, or transfer of property rights occurs in a derivative way, based on other «titles» of substantive law, such as the law governing contractual obligations, marriage, registered partnerships, or succession upon death. This explains the inextricable connection that exists between, on the one hand, property rights and, on the other hand, other fields of private law⁶⁶. Although the EU legis-

⁶⁴ For an application of these and other reasons to choice of law for succession issues, see Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 7 (Oct. 2021), Introductory Note.

⁶⁵ However, in relation to intangibles, see the *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims*, whose last version dates back to 28 May 2021. The text of the Proposal is available at: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2021-INIT/en/pdf>.

⁶⁶ See, among others, RUPP, C. S., *op. cit.*, pp. 267-291; VON HEIN, J., «Conflicts between International Property, Family and Succession Law - Interfaces and Regulatory Techniques», *European Property Law Journal*, vol. 6, 2017, Issue 2, pp. 142-157.

lator has yet to regulate choice of law for immovable property issues (and other property issues) in a comprehensive way⁶⁷, it has in recent years codified conflict-of-law rules for most of these titles as they relate to property rights.

Three main EU regulations deserve special attention here⁶⁸: the Regulation (EU) No. 650/2012 (the «Succession Regulation»); Council Regulation (EU) 2016/1103 (the «Matrimonial Property Regulation») and Council Regulation (EU) 2016/1104 (the «Registered Partnership Property Regulation»). The two latter Regulations, though, only apply to the Member States participating in the enhanced cooperation as established by the Regulations themselves.

Together, these three Regulations mark an important departure from the *lex rei sitae* rule. None of them adopt that rule, even when the issues covered by them arise in relation to immovable property. The EU Succession Regulation applies to succession to the estates of deceased persons⁶⁹, and as a general rule provides that «the law applicable to the succession as a whole shall be the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death»⁷⁰. The EU Matrimonial Property Regulation applies to matrimonial property regimes⁷¹ —that is, «rules concerning the property relationships between the spouses and in their relations with third parties, as a result of marriage or its dissolution»⁷²— and as a general rule refers to the law of the State of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage, absent a choice-of-law agreement⁷³. The EU Registered Partnership Property Regulation, which applies to matters of the property consequences of registered partnerships⁷⁴, as a general rule refers to the law of the State under whose law the registered partnership was created, absent a choice-of-law agreement⁷⁵.

All three of these Regulations favor the unity of the applicable law, extending their conflict-of-law rules to the issues that are within their scope regard-

⁶⁷ There are, however, some immovable property issues that are covered by EU private international law, including, as noted above, contracts relating to immovable property interests, and also in the field of jurisdiction and recognition of foreign judgments. As for this latter matter see the so-called Brussels regime dating back to the 1968 Brussels Convention until the current applicable Regulation N. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (*OJ L 351*, 20 December 2012).

⁶⁸ See above footnote 4.

⁶⁹ Art. 1.1 of the Succession Regulation.

⁷⁰ Art. 21.1 applies unless the citizen chooses the law of the State of his/her nationality (art. 22).

⁷¹ Art. 1.1 of the Matrimonial Property Regulation.

⁷² *Id.* art. 3.1.a).

⁷³ *Id.* art. 26.1.a). There are fallback references to the law of the State of the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage and, failing that, to the law of the State «with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage, taking into account all the circumstances». *Id.* art. 26.1.b) and c).

⁷⁴ Art. 1.1 of the Registered Partnership Property Regulation.

⁷⁵ *Id.* art. 26.1.

less of the property's location and regardless of whether it is characterized as movable or immovable property⁷⁶. Indeed, ensuring unity of the applicable law is one of the main reasons for the approach taken. As Recital 37 of the EU Succession Regulation explains:

«The main rule should ensure that the succession is governed by a predictable law with which it is closely connected. For reasons of legal certainty and in order to avoid the fragmentation of the succession, that law should govern the succession as a whole, that is to say, all of the property forming part of the estate, irrespective of the nature of the assets and regardless of whether the assets are located in another Member State or in a third State»⁷⁷.

A person's power to organize their succession could be frustrated if the law governing the transfer of property rights in immovables were subject to a law different from the law chosen by the same person⁷⁸ or from the law of the habitual residence of the deceased at the time of death⁷⁹. In the same vein, the coincidence between the *forum* and the *ius*⁸⁰ that is sought by the EU Succession Regulation would be at risk if the *lex rei sitae* governed the transfer of property rights.

Similarly, both the EU Matrimonial Property Regulation and the EU Registered Partnership Property Regulation seek to guarantee the application of the closest law to the common life of the couple, ensuring that this law is predictable for the spouses or partners as well as for third parties. A *lex rei sitae* rule would have undermined these objectives (and been an obstacle to the party autonomy that is protected by these Regulations)⁸¹.

⁷⁶ See art. 23.1 of the Succession Regulation; art. 21 of the Matrimonial Property Regulation; and art. 21 of the Registered Partnership Property Regulation. One implication of this approach is that for the Member States' legal systems that follow the doctrine of title and mode (e. g. Austria and Spain), the mode will be subject to the same law that governs the title.

⁷⁷ See also Recital 43 of the Matrimonial Property Regulation and Recital 42 of the Registered Partnership Property Regulation.

⁷⁸ See Recital 37 and art. 22 of the Succession Regulation that enables the deceased to choose the law of a Member State of which he/she is a national.

⁷⁹ See art. 21 of the Succession Regulation.

⁸⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (author of the translation and adaptation to the Spanish legal system) and BONOMI, A. (author of the original text), «Introducción» in BONOMI, A. and WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones, Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 51-52.

⁸¹ See art. 22 of the Matrimonial Property Regulation and art. 22 of the Registered Partnership Property Regulation. See also art. 22 of the Succession Regulation. On party autonomy in international family law and, in particular, in the field of property consequences of marriages and registered partnerships see, among others, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas» in SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 104-119, and GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Party Autonomy in International Family Law», *Recueil des Cours*, vol. 408, 2020, pp. 93-361.

3.2.2. *A Different Approach: Contractual Obligations and the Rome I Regulation*

In the domain of contract law, there is also a scission between the law that applies to whether a contract results in an actual transfer (acquisition or creation) of an immovable property interest, which is governed by the *lex rei sitae*⁸², and the law governing the aspects associated to the law of obligations, which is the *lex contractus*⁸³. In spite of such a scission, though, most of the time both laws will converge in the *lex rei sitae*, since under the Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)⁸⁴ (the «Rome I Regulation») the law governing contracts relating to a right *in rem* in immovable property is the law of the country where the property is situated⁸⁵, unless the escape clause applies (art. 4.3 of the Rome I Regulation). Although the Rome I Regulation's usual reference is to the law of the country where a particular party (*e. g.* seller, service provider, franchisee, distributor, etc.) has their habitual residence, it provides that in the absence of a choice of law agreement «a contract relating to a right *in rem* in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated»⁸⁶.

Thus, as to contractual obligations, the Rome I Regulation's *lex rei sitae* approach perpetuates disparate treatment of movables and immovables under EU private international law, and in that sense stands out in comparison to the more recent EU Succession, EU Matrimonial Property, and EU Registered Partnership Property Regulations, which have rejected that approach. One scholar has thus questioned the necessity of the Rome I Regulation's special rule for contracts related to immovable property⁸⁷.

For its part, the *lex rei sitae* remains the law governing a contract's effects on rights *in rem* in immovables (including whether the contract results in the transfer, acquisition, or creation those rights), as distinguished from the contractual obligations of the parties under the contract.

⁸² It should be noted though that the *lex rei sitae* should govern the contract that in some legal systems, like in Germany (*Einigung*), is required to transfer property rights. On this point, see footnote 3 of the Third Draft for a legal instruments on «The law applicable to rights in rem in tangible assets» available at: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Rights.inRem-Doc.Final-ENG-3.pdf>.

⁸³ See the *Council Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations* by M. Giuliano and P. Lagarde, *OJEC C 282*, 31 October 1980, p. 10. However, the voluntary assignment of a claim against the debtor illustrates an exception in the sense that the law governing the contract between the assignor and the assignee will also govern the property aspects of the assignment «in legal orders where such aspects are treated separately from the aspects under the law of obligations», Recital 38 of the Rome I Regulation.

⁸⁴ *OJ L177*, 4 July 2008.

⁸⁵ See art. 4.1.c) of the Rome I Regulation.

⁸⁶ Art. 4.1.c) of the Rome I Regulation This rule is subject to an exception for short-term tenancies of immovable property. See art. 4.1.d).

⁸⁷ See RUPP, C. S., *op. cit.*, p. 290.

3.2.3. *Defining Core Immovable Property Issues in the EU Context: The Problem of Characterization*

While the EU Succession, EU Matrimonial Property, and EU Registered Partnership Property Regulations reject the *lex rei sitae* rule for the issues covered by them, they at the same time allow for the continued operation of the *lex rei sitae* rule in accordance with Member State conflict-of-law rules as to certain core immovable property issues. This is accomplished by excluding from the scope of the Regulations «the nature of rights *in rem*» and «any recording in a register of rights in immovable or movable property, including the legal requirements for such recording, and the effects of recording or failing to record such rights in a register»⁸⁸.

These exclusions pose difficult characterization issues, due to the close connection between property rights and titles. These issues necessarily arise at the beginning of the process of analyzing choice-of-law issues, since an issue must be characterized before determining whether the issue falls within the scope of a particular EU Regulation, which would then provide the conflict-of-law rule, or whether it instead falls within the scope of one of the core immovable property exclusions and is left to the conflict-of-law rules of a Member State⁸⁹. What is needed is an «autonomous interpretation»⁹⁰ of the concept «property rights» or, to use what seems to be the preferred term, «rights *in rem*»⁹¹, that can guide in the first place the selection of the appropriate EU legal instrument or, as a default rule, the appropriate Member State's conflict-of-law rule.

However, neither these EU Regulations nor the Court of Justice of the European Union have established a single definition of «property rights» or «rights *in rem*» for purposes of characterization, which leaves such a definition to the law of the Member States. Indeed, for purposes of the EU Insolvency Regulation⁹², the Court of Justice stated that the «the issue of the qualification of the right concerned as a right “*in rem*” [...] is to be examined

⁸⁸ Art. 1.2.k) and l) of the Succession Regulation; art. 1.2.g) and h) of the Matrimonial Property Regulation and art. 1.2.g) and h) of the Registered Partnership Property Regulation.

⁸⁹ FONTANELLAS MORELL, J. M., «La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)», in SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.), *op. cit.*, pp. 210-211.

⁹⁰ By autonomous interpretation the Court of Justice of the EU refers to an independent interpretation of the concepts by reference to the EU regulation at stake's «scheme and purpose, in order to ensure that it is applied uniformly in all the Member States. Those concepts cannot therefore be taken to refer to how the legal relationship in question before the national court is classified by the relevant national law» (e. g., see judgment *Brogstetter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, para 18).

⁹¹ At the EU level, the term «rights *in rem*» is preferred to the term «property rights» as used by the European Union legislator and the Court of Justice. On this point, see RAMAEKERS, E. and AKKERMANS, B., «European Autonomous Property Rights: Does the EU Operate Its Own *Numerus Clausus*?», *European Review of Private Law*, vol. 4, 2019, p. 757.

⁹² The Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings (*OJ L 160*, 30 June 2000) replaced by the Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (*OJ L 141*, 5 June 2015).

having regard to national law»⁹³, namely, the law of the country where the asset concerned is located. Moreover, as the Court of Justice declared in its judgment in *Condominio di Milano, via Meda*, insofar as the European Union does not legislate on property rights⁹⁴, Member States remain free to legislate in this sector⁹⁵.

Nonetheless, the EU legislator and the Court of Justice have, to some extent, attempted to clarify the concept of property rights (rights *in rem*). In this regard, the EU legislator has opted for compiling a non-exhaustive list of rights that are deemed to be *in rem*, as it was first established in art. 21 of the Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganization and winding up of credit institutions⁹⁶ and then in art. 8 of the Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast)⁹⁷ (former art. 5 of the Regulation 1346/2000)⁹⁸. Additionally, as far as insolvency proceedings are concerned, art. 8.3 of the Regulation 2015/848 (former art. 5.2 of the Regulation 1346/2000) calls for further requirements in order for a right to be considered as a property right in terms of this EU Regulation⁹⁹. These further requirements constitute an exception, though, to the general rule that the characterization of property rights depends exclusively on the *lex causae*, as the Reporters of the Convention on insolvency proceedings indicated when they asserted that «the only departure from the above statement¹⁰⁰ is found in art. 5(3), which for the purposes of art. 5, directly and independently of national law, considers as a right *in rem* any right entered in a public register and enforceable against third parties, allowing a right *in rem* to be obtained»¹⁰¹.

For its part, the Court of Justice of the European Union has shed light on the concept by distinguishing rights *in rem* and rights *in personam*, and pointing out that «a difference between a right *in rem* and a right *in personam* is that the former, existing in an item of property, has effect *erga omnes*, whereas the latter can be claimed only against the debtor»¹⁰². This difference rein-

⁹³ Judgment *Senior Home*, C-195/15, ECLI:EU:C:2016:804, para. 19.

⁹⁴ On this issue, it is controversial whether the EU can legislate on property law due to art. 354 of the Treaty on the Functioning of the European Union whereby «The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership». This provision has been referred to as «the infamous article 345 Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE) that may or may not prevent the EU from legislating in the area of property law», RAMAEKERS, E. and AKKERMANS, B., *op. cit.*, p. 782.

⁹⁵ C-329/19, ECLI:EU:C:2020:263, para. 28.

⁹⁶ OJ L 125, 5 May 2001.

⁹⁷ OJ L 141, 5 June 2015.

⁹⁸ OJ L 160, 30 June 2000.

⁹⁹ See RAMAEKERS, E. and AKKERMANS, B., *op. cit.*, pp. 763-764.

¹⁰⁰ The above statement consists in affirming that the Convention adopts a *lex causae* characterization, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* by VIRGÓS, M. and SCHMIT, E., The Council of the European Union, 6500/96, Limite, DRS 8 (CFC), Brussels 3 May 1996, p. 73.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 73.

¹⁰² *Weber*, C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212, para. 43.

forces the Report by P. Schlosser on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, signed at Luxembourg on the 9 October 1978¹⁰³.

Consequently, the determination of the EU legal instrument or the Member State's conflict-of-law rule applicable to a property issue will depend on a combination of two main factors: the definition of a property right provided by the *lex causae* (most of the time equivalent to the *lex rei sitae*) coupled with the subject-matter scope of application of the EU legal instrument at stake for whose interpretation the policies underlying these legal instruments are essential. Not only does this latter factor imply considering the initial provisions delineating the subject-matter scope of application¹⁰⁴ but also any non-exhaustive lists of rights deemed to be property rights that the EU legal instruments involved in the given situation may contain¹⁰⁵ as well as the extension of the applicable law as established by the EU legal instrument itself¹⁰⁶.

In the context of the EU Succession Regulation, the Court of Justice in the *Kubicka* case¹⁰⁷ has helped to illuminate the meaning of rights *in rem* by providing interpretive guidance regarding two exclusions from the Regulation's scope of application. First, the Court of Justice has narrowly interpreted art. 1.2.k)'s exclusion of «the nature of rights *in rem*» from its scope of application, ruling that it covered «the classification of property and rights, and the determination of the prerogatives of the holder of such rights», as well as «the existence and number of rights *in rem*», but not modes of transfer¹⁰⁸. Hence, the general estate (succession law) takes priority over the single estate (property law)¹⁰⁹.

The Court also clarified that art. 1.2.l)'s exclusion of issues regarding recording of immovable property rights¹¹⁰ does not include «the conditions un-

¹⁰³ OJEC C 59, 5 March 1979, p. 120.

¹⁰⁴ See, e. g., art. 1 of the Succession Regulation, art. 1 of the Matrimonial Property and art. 1 of the Registered Partnership Property Regulation.

¹⁰⁵ For instance, see art. 21 of Directive 2001/24/EC and art. 8 of Regulation (EU) 2015/848 (former art. 5 of Regulation 1346/2000).

¹⁰⁶ See, e. g., art. 23 of the Succession Regulation, art. 27 of the Matrimonial Property and art. 27 of the Registered Partnership Property Regulation.

¹⁰⁷ C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755. On this judgment, see, among others, the following commentaries: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012», *La Ley Unión Europea*, enero 2018, pp. 15 *et seq.*; TERESZKIEWICZ, P. and WYSOCKA-BAR, A., «Legacy by Vindication Under the EU Succession Regulation No. 650/2012 Following the *Kubicka* Judgment of the ECJ», *European Review of Private Law*, vol. 4, 2019, pp. 875-894; CRESPI REGHIZZI, Z., «Succession and property rights in EU Regulation No 650/2012», *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, vol. 3, 2017, pp. 633-661; SCHMIDT, J. P., «Challenged Legacies - First Decision of the European Court of Justice on the EU succession Regulation», vol. 7, *European Property Law Journal*, vol. 1, 2018, pp. 4-31.

¹⁰⁸ C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, paras. 47-49.

¹⁰⁹ RUPP, C. S., *op. cit.*, p. 283.

¹¹⁰ By contrast, art. 1.2.l) of the Succession Regulation excludes from its scope of application «any recording in a register of rights in immovable or movable property, including the legal requirements for such recording, and the effects of recording or failing to record such rights in a register». On this

der which such rights are acquired»¹¹¹. As a result, the *lex successionis* takes precedence over the *lex registrationis* (the *lex rei sitae* as for immovables)¹¹² in relation to the recording aspects required for the conveyance¹¹³. However, the concurrence of the above-mentioned laws may still give rise to other problems in the field of succession law and register law, such as those concerning the effects of registration as to *bona fide* third parties since this issue is dependent on the *lex registrationis*¹¹⁴. The Court linked its narrow interpretation of both exclusions to the principle that «the law governing succession should govern the succession as a whole» in order to preserve the unity of succession, consistent with the policies underlying the EU Succession Regulation¹¹⁵.

Like the EU Succession Regulation, the EU Matrimonial Property Regulation and the EU Registered Partnership Property Regulation exclude from their respective scopes of application the «nature of rights *in rem* relating to a property» and «any recording in a register of rights in immoveable or moveable property, including the legal requirements for such recording, and the effects of recording or failing to record such rights in a register»¹¹⁶. The EU Matrimonial Property Regulation also provides that the law applicable to the matrimonial property regime governs, *inter alia*, the classification of property of either or both spouses into different categories during and after marriage and the dissolution of the matrimonial property regime and the partition, distribution or liquidation of the property¹¹⁷. The EU Registered Partnership Property Regulation has corresponding provisions for partners in registered partnerships¹¹⁸.

The same interpretation confirmed by the Court of Justice for the EU Succession Regulation's exclusions should also apply to the same exclusions in the EU Matrimonial Property Regulation¹¹⁹, and presumably to the EU Registered Partnership Property Regulation, too. Thus, while the *lex rei sitae* should govern «the limited number (“*numerus clausus*”) of rights *in rem* known in the national law of some Member States»¹²⁰, as an issue included in

exclusion see, among others, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012», *op. cit.*, p. 10; RUPP, C. S., *op. cit.*, pp. 283-284.

¹¹¹ *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, para. 54.

¹¹² However, the synchronization between the *lex registrationis* and the *lex rei sitae* does not always operate VAN ERP, S., «The New Succession Regulation: The *lex rei sitae* rule in need of a reappraisal?», *European Property Law Journal*, vol. 1, 2012, Issue 2, p. 188; RUPP, C. S., *op. cit.*, p. 270.

¹¹³ See C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, para. 54.

¹¹⁴ See Recital 19 of the Succession Regulation.

¹¹⁵ See C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, para. 55. See also RUPP, C. S., *op. cit.*, p. 289.

¹¹⁶ Art. 1.2.g) and h) of the Matrimonial Property Regulation and art. 1.2.g) and h) of the Registered Partnership Property Regulation. Regarding the delineation between these Regulations, on the one hand, and the Succession Regulation, on the other hand, see FONTANELLAS MORELL, J. M., «La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)», in SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.), *op. cit.*, pp. 201-220.

¹¹⁷ Art. 27.a) and e) of the Matrimonial Property Regulation.

¹¹⁸ Art. 27.a) and e) of the Registered Partnership Property Regulation.

¹¹⁹ See RUPP, C. S., *op. cit.*, p. 286.

¹²⁰ Recital 24 of both the Matrimonial Property Regulation and the Registered Partnership Property Regulation.

the category of the core immovable property issues, the law applicable to the matrimonial property regime and to the property consequences of the registered partnership will govern the transmission of such rights. As is the case for the EU Succession Regulation, the narrow interpretation of these exclusions broadens the scope of application of the EU Matrimonial Property and EU Registered Partnership Property Regulations, furthering their underlying policy of ensuring the unity of the law applicable to matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships¹²¹.

Taken together, the EU Succession Regulation, the EU Matrimonial Property Regulation, and the EU Registered Partnership Property Regulation have significantly reduced the scope of application of the *lex rei sitae* rule in relation to the transfer of immovable property rights upon any of these titles. These Regulations exclude from their scope certain core immovable property issues—namely, the nature of rights in rem (*numerus clausus*) and the recording of immovable property rights in a register, including the legal requirements for recording and the effects of recording or failing to record. As we have seen, the Court of Justice has narrowly construed these exclusions. In contrast, these three Regulations do not exclude from their scope of application any further conditions that such recording procedures may require for the validity of the transfer, acquisition, or creation of property rights as a result of succession upon death¹²², dissolution of marriages or registered partnerships. However, there are of course immovable property issues entirely outside the scope of these Regulations, for which choice of law remains a matter of Member State private international law, and which therefore will typically be governed by the *lex rei sitae*. What is missing so far from EU private international law is a clear definition of precisely what those issues are.

3.2.4. *Addressing the Problems of Gaps and Coherence: Some Academic Initiatives*

EU private international law now extends to a wide range of matters involving immovable property. The EU Succession, EU Matrimonial Property, and EU Registered Partnership Property Regulations together represent an important step towards the harmonization of private international law in the European Union and toward assuring unity of the law applicable to successions, matrimonial property regimes, and the property consequences of registered partnerships—without regard to whether the relevant property is movable property or immovable property¹²³. For its part, the Rome I Regulation covers choice of law for contracts relating to immovable property (and

¹²¹ Art. 21 of the Matrimonial Property Regulation and art. 21 of the Registered Partnership Property Regulation.

¹²² See C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, para. 54 interpreting art. 1.2./) of the Succession Regulation.

¹²³ See above.

also movable property)¹²⁴. Beyond choice of law, the Brussels I Regulation *recast* addresses jurisdiction in civil and commercial matters in proceedings «which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property»¹²⁵ (and again, movables as well).

Nevertheless, problems remain, which have prompted some legal scholars to begin working on potential solutions. One such problem is the property rights gap in EU private international law. While existing EU regulations largely cover choice of law for the various titles under which immovable property rights may be acquired or transferred (*e. g.* succession, marriage, registered partnerships, contracts), they do not yet extend to issues about immovable property as such—which we have been calling «core immovable property issues». This gap—which also exists as to movable property—has led to proposals for EU legislation on private international law for matters involving property rights in tangible movables and immovables¹²⁶. For example, the study on *A European Framework for private international law: current gaps and future perspective*, requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, pointed out the systematic property gap in EU private international law and declared that this gap (among others) should be addressed before further legislation is contemplated at all¹²⁷.

In this regard, two ongoing initiatives deserve special attention. The most advanced project so far is the one being carried out by the European Group of Private International Law (EGPIL). Its origin dates back to the meeting held at Hamburg, from the 22 to the 24 September 2017 in which Francisco J. Garcimartín Alférez presented a working paper on «Rights in rem - Future EU Instrument»¹²⁸. Later, as a result of the meeting held virtually on the 17 and 18 September 2021, the Third Draft of a proposed EU regulation on the law applicable to rights in rem in tangible assets¹²⁹ was adopted by the EGPIL. This draft has three chapters. Whereas the first one addresses the material scope of application of the EU Regulation and the definitions of the expressions: «property rights», «tangible assets», «asset in transit», and «asset to be exported», the second chapter starts with the general rule based on the *lex rei sitae*. Two specific choice-of-law rules are set out, the first concerning assets in transit

¹²⁴ Art. 4.1.c) of the Rome I Regulation.

¹²⁵ See, *e. g.*, art. 24 of the Brussels I Regulation *recast*.

¹²⁶ For instance, see AKKERMANS, B., «The *numerus clausus* of property rights», in GRAZIADEI, M. and SMITH, L. (eds.), *Comparative Property Law, Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 118; KIENINGER, E. M., «Freedom of Choice of Law in the Law of Property», *European Property Law Journal*, 2018, pp. 244-245; RUPP, C. S., *op. cit.*, p. 291. In relation to intangibles, see the *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims*. See above footnote 65.

¹²⁷ KRAMER, X., DE ROOIJ, M., LAZIC, V., BLAUWHOFF, R. and FROHN, L., *A European Framework for private international law: current gaps and future perspective*, 2012, p. 92. The document is available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2012/462487/IPOL-JURI_ET\(2012\)462487_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2012/462487/IPOL-JURI_ET(2012)462487_EN.pdf).

¹²⁸ The working paper is available at: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2017/09/Rights-in-rem.pdf>.

¹²⁹ The Third Draft is available at: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Rights.inRem.Doc.Final-ENG-3.pdf>.

and the second one referring to means of transport. Art. 7 sets out the scope of the applicable law and art. 8 refers to the protection of acquired rights. Finally, the third chapter addresses the general provisions. The Group intends to continue working on this proposal in order to achieve a final draft in its future meetings. Additionally, the European Association of Private International Law has appointed a working group to work on the law applicable to tangible movable and immovable property¹³⁰, although no draft has been reported yet.

Another challenge is how to achieve coherence among different EU regulations, in order to improve «consistency of interpretation between and among the relevant instruments»¹³¹. Perhaps most fundamentally, the concept of «rights *in rem*» appears in various EU regulations, and would be an important concept in any future EU regulation on this topic—but there is so far no single autonomous concept of «rights *in rem*» in EU private international law—. A new regulation could help improve coherence, by offering a definition of rights *in rem* that is consistent with existing regulations and the interpretations of the Court of Justice of the European Union, discussed above¹³². An EU private international law definition of this concept would also improve coherence by overcoming variation in how Member States define rights *in rem* or similar concepts.

Those working on initiatives for a new EU regulation on choice of law for property rights could consider two mechanisms to help ensure coherence with the existing regulations. One would consist in excluding from its scope of application the «creation, acquisition, encumbrance or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes», «the proprietary consequences of registered partnerships», or «by succession», as proposed by the European Group for Private International Law (EGPIL) in its third Draft for a legal instrument on «The law applicable to rights *in rem* in tangible assets»¹³³. These exclusions would help avoid application of a new

¹³⁰ On this working group see: <https://eapil.org/eapil-activities/eapil-working-groups/eapil-working-group-on-international-property-law/>.

¹³¹ CRAWFORD, E. B. and CARRUTHERS, J. M., «Connection and coherence between and among European instruments in the private international law of obligations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, Issue 1, p. 2. «Horizontal coherence» refers to «cross-fertilization between instruments dealing with related subjects» whereas «vertical coherence» refers to coherence «among consecutive instruments dealing with and refining the rules relative to a given topic». *Id.* Following this dual terminology «horizontal coherence» *versus* «vertical coherence», see SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 70, 2018/2, p. 21; FONTANELLAS MORELL, J. M., «La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)», in SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.), *op. cit.*, pp. 193-194; *id.*, «Coherence between European Instruments of Private International Law on Matters concerning Succession and Matrimonial Property Regimes», in FORNER DELAYGUA, J. J. and SANTOS, A. (eds.), *Coherence of the Scope of Application, EU Private International Legal Instruments*, Schulthess, 2020, pp. 123-133; BONOMI, A., «Coherence and Coordination among the EU Private International Law Regulations in Family and Succession Matters», in FORNER DELAYGUA, J. J. and SANTOS, A. (eds.), *op. cit.*, pp. 29-31.

¹³² See above section 3.2.3.

¹³³ On the Third Draft see, above, footnote 129. In particular, see art. 1.2 letters *e*) and *f*) for matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships respectively and art. 1.2.g) for successions.

regulation to issues that are within the scope of EU Matrimonial Property, EU Registered Partnership Property, and EU Succession Regulations¹³⁴. To ensure coherence, the exclusions must also be drafted in a manner that does not conflict with the Court of Justice's narrow interpretation of «the nature of rights *in rem*» in its *Kubicka* judgment, so that the new regulation is not applied to the methods of transfer of those rights by succession (or by operation of a matrimonial property regime or as a consequence of a registered partnership)¹³⁵.

The second mechanism that a future EU regulation could use in order to take into account the EU legislation on immovable property-related issues would be a certain level of flexibility in the conflict-of-law rule dealing with immovables (which would be extended over movables as well). However, this would be coupled with a third-party protection as established, for instance, by art. 104.2 of the Swiss Federal Act on Private International Law¹³⁶ whereby «*L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers*». In turn, this second approach could adopt two different designs. One could reproduce the classic example of an accessory connection based on the underlying relationship between the parties. In the case of property rights, the underlying relationship would consist in the one creating or transferring the controversial property rights such as a succession upon death, a marriage or a registered partnership. In that case, the law governing such titles would take priority over the *lex rei sitae*. The second design would refer directly to the underlying relationship as it could be either the matrimonial property regime, the proprietary consequences of a registered partnership, or a succession upon death. Art. 51.2 of the Italian Act on the «*Riforma del Sistema italiano di Diritto internazionale privato*»¹³⁷ may offer some guideline for this mechanism. Under this provision: «2. *La stessa legge [legge dello Stato in cui i beni si trovano]*¹³⁸ *ne regola l'acquisto e la perdita, salvo che in materia successoria e nei casi in cui l'attribuzione di un diritto reale dipenda da un rapporto di famiglia o da un contratto*». This second mechanism, in either of its two distinct designs, would ensure the application of the law of the general statute, namely, either the law governing the succession or the law applicable to matrimonial property regime or to the property consequences of registered partnerships.

Nevertheless, the first proposed option, whereby a future EU regulation on the law applicable to property rights would exclude from its scope of application the aforementioned immovable property-related areas, would guarantee, in a more clear-cut manner, the objective of ensuring the application of the law governing these latter immovable property-related areas to the

¹³⁴ The EGPIL draft also includes exclusions for contractual obligations, to respect the scope of the Rome I Regulation. *Id.* art. 1.2.c).

¹³⁵ See above section 3.2.3.

¹³⁶ *Loi fédérale sur le Droit international privé du 18 décembre 1987*.

¹³⁷ *Legge 31 maggio 1995, n. 218*.

¹³⁸ Art. 51.1 states that the *lex rei sitae* will apply to possession, ownership and other property rights over movables and immovables.

creation, acquisition, encumbrance and transfer of property rights resulting from them. At the same time this solution would also minimize the risk of incoherence among EU legal instruments¹³⁹.

4. CONCLUSIONS

In both the United States and the European Union, the predominant conflict-of-law rule for issues about immovable property has been that the *lex rei sitae* governs. However, as this article has illustrated, the trend in both US private international law and EU private international law has been away from a broad and categorical *lex rei sitae* rule for these issues.

The trend is more advanced in the European Union, where EU regulations have established habitual residence as the primary connecting factor for issues about immovable property in the context of succession, marriage, and registered partnerships¹⁴⁰, with a limited incursion of party autonomy. In the United States, the weight of academic opinion quite clearly favors the trend, but progress is more modest in the courts. If the American Law Institute approves and courts follow the approach of the Reporters' current drafts of the Third Restatement, which would significantly reduce the scope of the *lex rei sitae* rule, the trend may accelerate in the United States. However, unlike the EU context, where the trend has been driven by EU-wide regulations, in the US it depends primarily on the evolution of common law in each state, which is likely to be a slower, more incremental, and less harmonized process, even if the current approach of the Third Restatement project is approved.

Importantly, this trend is not in the direction of a wholesale rejection of the *lex rei sitae* rule, so as to replace an old categorical approach with a new one. To the contrary, private international law in both the United States and the European Union is holding quite firmly to the *lex rei sitae* rule for certain immovable property issues, which we have been calling core immovable property issues. Our analysis suggests that these issues include, at a minimum, issues about permissible interests in immovable property (the *numerus clausus*) and about the requirements for and effects vis-à-vis third parties of recording immovable property transfers in immovable property registries. Private international law recognizes others, too, with some variation across states.

We have already noted the difficulty of defining the category of core immovable property issues with precision, and we do not attempt to do so here. But the intuition is that there are, on the one hand, certain legal rules that are foundational to a system of immovable property and animated by policies about how that system should operate, whereas, on the other hand, there

¹³⁹ The accessory connection could still play a role in the process of characterization.

¹⁴⁰ See AKKERMANS, B. and RUPP, C. S., «Queen *lex rei sitae*-Off With Her Head?», *European Private Law Journal*, vol. 7, 2018, p. 209.

are other legal rules that are foundational to other socio-legal systems —such as those surrounding death, marriage, registered partnerships, and, perhaps, contracting— that are animated by different policies. It is far from clear that conflict-of-law rules should assume that the former necessarily have priority over the latter merely because of the type of property involved and the location of that property. To the contrary, it would seem preferable to design conflict-of-law rules that respect and are adapted to these different systems and policies. Further refinement of these categories would be desirable, to more clearly specify which of them should be governed by the *lex rei sitae*, and which should be governed by the law of a different State.

Our analysis also indicates that in both the European Union and the United States, the reasons for moving away from the *situs* rule for immovable property-related issues are similar, and include avoiding scission (or «fragmentation») of a corpus of property in the case of matrimonial property and succession issues, and in those contexts as well as in the context of contract issues, avoiding the need to characterize issues as involving either immovable property or movable property¹⁴¹. In the United States, and to a more limited degree in the European Union, another commonly advanced reason is based on interest analysis: a State is unlikely to have the strongest interest in governing an issue about matrimonial property, succession, or contractual rights and obligations merely because related *property* is located there. The policies underlying these other areas of law are different, which means another state —such as the State where the related *people* are (*e. g.* where they are domiciled or have their habitual residence)— is likely to have the strongest interest in having its law govern. For all of these reasons, we believe the trend away from a broad and categorical *lex rei sitae* rule is a desirable one.

In the US context, perhaps the main question is whether the force of common law tradition will ultimately defeat the movement toward reducing the scope of the *lex rei situs* rule, as proposed in the current drafts of the Third Restatement. Perhaps the EU example will help the United States avoid that fate, by demonstrating that a strict and categorical *lex rei situs* rule for all issues related to immovable property is not inevitable, and that the Third Restatement's approach is, from this comparative perspective, very plausible. Meanwhile, in the EU context, the trend away from the *situs* rule entails challenges regarding the «property gap» in EU private international law and coherence among the relevant EU regulations¹⁴². These challenges could be addressed by a new EU regulation on choice of law for rights *in rem* in tangible movable and immovable property, perhaps along the lines of some of the academic initiatives we have highlighted¹⁴³.

It is hoped that this comparative investigation of problems of private international law relating to immovable property issues might benefit those

¹⁴¹ See VON HEIN, J., *op. cit.*, pp. 143-144.

¹⁴² See above section 3.2.4.

¹⁴³ *Ibid.*

working on these problems in both the United States and the European Union. Insofar as a comparative perspective can identify common ground, perhaps it might also contribute modestly to efforts to further harmonize private international law rules globally¹⁴⁴.

¹⁴⁴ The Reporters of the Third Restatement have noted this potential benefit. See, *e. g.*, Restatement of the Law Third, Conflict of Laws, Preliminary Draft No. 7 (Oct. 2021), Chapter 7, Introductory Note, Comment (noting that by taking an approach to choice-of-law for succession issues that is similar to the approach of the Succession Regulation and the Hague Succession Convention, the Third Restatement «may modestly foster more uniformity of choice-of-law approaches to issues about successions in international contexts and, in turn, help simplify estate planning and administration of estates in international contexts»).



LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE LOS TERRITORIOS OCUPADOS POR EL ESTADO ISLÁMICO: CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y PENAL

Irene Purificación LOZANO LÓPEZ*

RESUMEN

LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE LOS TERRITORIOS OCUPADOS POR EL ESTADO ISLÁMICO: CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y PENAL

Entre los años 2014 y 2019, el autodenominado Estado Islámico ocupó parte del territorio de Siria e Iraq y explotó sistemáticamente sus recursos económicos, especialmente el petróleo y los bienes agrícolas. Asimismo, estableció tributos y expolió bienes culturales protegidos. *Prima facie*, este expolio se hizo en contravención de los preceptos jurídicos que regulan las obligaciones de las potencias ocupantes, así como de alguna otra convención internacional. Este trabajo examina los problemas derivados de la aplicación de dichas normas a un ente de naturaleza tan peculiar como el Estado Islámico para después considerar la responsabilidad, colectiva e individual, que la posible vulneración de tales normas implica. Teniendo en cuenta la controvertida naturaleza del conflicto armado generado, se examinan las posibles vías judiciales, nacionales e internacionales, a través de las cuales se podría llegar a incoar un proceso contra los responsables de los hechos ilícitos mencionados.

Palabras clave: Estado Islámico, explotación económica, Siria, Iraq, responsabilidad internacional, jurisdicciones internas, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT

THE ECONOMIC EXPLOITATION OF TERRITORIES OCCUPIED BY THE ISLAMIC STATE: ISSUES OF INTERNATIONAL AND CRIMINAL RESPONSIBILITY

From 2014 to 2019, the so-called Islamic State of Iraq and the Levant occupied part of the Syrian and Iraqi territory and systematically exploited their economic resources, especially oil and agricultural goods. Likewise, it established tributes and plundered protected cultural property. *Prima facie*, this looting was done in contravention of the legal precepts

* Investigadora predoctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha (irenelozanolopez@gmail.com). Todas las páginas web indicadas han sido consultadas por última vez el 9 de junio de 2021.



that regulate the obligations of the occupying Powers, as well as some other international conventions. This academic work examines the problems derived from the application of these norms to an entity of such a peculiar nature as the Islamic State of Iraq and the Levant, and then considers the responsibility, both collective and individual, that the possible violation of such norms implies. Taking into account the controversial nature of the armed conflict, the possible domestic and international court proceedings through which a process could be initiated against those responsible for aforementioned illegal acts are examined.

Keywords: Islamic State of Iraq and the Levant, economic exploitation, Syria, Iraq, international responsibility, domestic jurisdiction, International Criminal Court.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ACTOS DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DEL TERRITORIO OCUPADO POR EL ESTADO ISLÁMICO.—2.1. La explotación del petróleo.—2.2. La agricultura y el *zakat*.—2.3. Otros tributos.—2.4. La venta de bienes culturales protegidos.—3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ISLÁMICO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE SUS MIEMBROS.—3.1. La posible responsabilidad del Estado Islámico como organización.—3.2. La responsabilidad penal individual.—3.2.1. El IV Convenio de Ginebra y las Reglas de La Haya.—a) Aplicabilidad.—b) Competencia de las jurisdicciones internas y de la Corte Penal Internacional.—3.2.2. La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954.—a) Aplicabilidad.—b) Competencia de las jurisdicciones internas y de la Corte Penal Internacional.—3.2.3. El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999.—a) Aplicabilidad.—b) Competencia de las jurisdicciones internas.—3.2.4. La posible competencia de la jurisdicción española.—3.2.5. La creación de un tribunal *ad hoc*.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La ocupación de territorios como consecuencia de un conflicto armado¹, pese a ser contraria al Derecho internacional público (DIP), sigue produciéndose *de facto* hoy en día, restando en situación de territorios coloniales ocupados de larga data Palestina² y el Sahara Occidental³. Mención aparte merece la más breve ocupación de territorio en Iraq, tras la intervención ar-

¹ Sobre el Derecho de la ocupación véase DINSTEIN, T., *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; BEVENISTI, E., *The International Law of Occupation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

² La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se pronuncia al respecto, calificando a Israel como Potencia ocupante en el párrafo 78 de la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004; versión española del 13 de julio de 2004, <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>.

³ Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, p. 12. Véase, *per ómnium*, SOROETA LICERAS, J., *International Law and the Western Sahara Conflict*, Oisterwijk, 2014. Los dos órganos judiciales de la UE han cuestionado la aplicabilidad de los acuerdos concertados por la Unión con el ocupante que ilegalmente dispone de los recursos económicos. Sin perjuicio de los desarrollos suscitados por las recientes sentencias del Tribunal General de 29 de septiembre de 2021 (Frente Polisario/Consejo), los antecedentes del asunto pueden consultarse en GONZÁLEZ VEGA, J. A., «La guerra de los mundos: realidad *versus* formalismo jurídico o el poder de la interpretación (a propósito de la sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, Western Sahara Campaign, UK, C-266/16)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, núm. 60, pp. 515-561; SOROETA LICERAS, J., «La jurisprudencia del TJUE en relación con la legalidad de la explotación de los recursos del Sahara Occidental o el dogma de la inmaculada

mada llevada a cabo por la coalición liderada por Estados Unidos en 2003. Más recientemente, desde 2015, el autodenominado Estado Islámico (EI por sus siglas en castellano; ISIS o ISIL en inglés) ha ocupado parte de los territorios de Iraq y Siria, durante un conflicto armado que dura ya siete años.

La explotación económica que ha acompañado tradicionalmente a una ocupación prolongada fue analizada durante la Segunda Guerra Mundial⁴. También la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental ha dado lugar a una abundante bibliografía⁵. En cambio, la de los territorios de Siria y, sobre todo, de Iraq, por parte del EI no ha sido tan estudiada por la doctrina y merece ser analizada desde la óptica del DIP al ser numerosos los instrumentos internacionales cuyos preceptos pueden resultar vulnerados por el grupo armado, con las consecuencias jurídicas que más adelante veremos.

El origen del EI se encuentra en la escisión de «al-Qaeda en Iraq» acaecida en 2014 y promovida por Abu Bakr al-Baghdadi. El EI avanzó sobre Iraq y Siria, haciéndose con posiciones territoriales clave en ambos países. Esto propició las intervenciones armadas por parte de Estados Unidos en territorio iraquí⁶ y de Rusia sobre la parte de territorio sirio ocupado por tropas yihadistas. Desde ese momento hasta el 27 de octubre de 2019 continuaron estos ataques e intervenciones armadas, conduciendo al desmantelamiento de enclaves sirios e iraquíes del EI. Fue en dicha fecha cuando el presidente estadounidense Donald Trump anunció la muerte de al-Baghdadi tras un ataque en la provincia de Idlib⁷. Hoy en día, el EI sigue presente en Iraq y Siria, aunque la extensión de territorio bajo su control ha disminuido muy considerablemente. Aun así, el EI sigue atentando contra la población civil, datando el último ataque terrorista del 26 de enero de 2021⁸.

legalidad de la acción exterior de la Unión Europea y sus consecuencias», *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, núm. 46.

⁴ FEILCHENFELD, E. H., *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, Washington D.C., Carnegie Endowment, 1942.

⁵ SOROETA LICERAS, J., «La cuestión de la legalidad de la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 73-96; RIQUELME CORTADO, R., «La soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 385-489; ALLAN, J. y OJEDA-GARCÍA, R., «Natural resources exploitation in Western Sahara: new research directions», *The Journal of North African Studies*, abril de 2021, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13629387.2021.1917120>.

⁶ GLENN, C., «Timeline: US policy on ISIS», *Wilson Center*, abril de 2016, <https://www.wilsoncenter.org/article/timeline-us-policy-isis>.

⁷ BENRAAD, M., «A strong desire for revenge: The evaluations, motivations, and violent actions of Islamic State following the death of Abu Bakr al-Baghdadi», *Confluences Méditerranée*, vol. 2, 2020, núm. 2, pp. 225-237.

⁸ European Parliament's Delegation for the relations with Iraq, *Statement of 26 January 2021 on the recent terrorist attack in Baghdad*. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/delegations/en/statement-of-26-january-2021-on-the-rece/product-details/20210126DPU28565>.

2. LOS ACTOS DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DEL TERRITORIO OCUPADO POR EL ESTADO ISLÁMICO

El proceso de expansión del EI se realizó mediante la aplicación de altos niveles de violencia contra las personas y, así, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha condenado reiteradamente los actos terroristas del EI consistentes en la agresión directa y muerte de civiles⁹. Ahora bien, un aspecto algo menos explorado, aunque también condenado por la ONU, es el de la explotación económica del territorio ocupado por el grupo armado y el uso de recursos obtenidos en el mismo para financiar sus actividades.

Pese a que dicha explotación abarcó numerosos sectores de las economías siria e iraquí, conviene detenerse en aquellos recursos que más interés pueden llegar a suscitar desde un punto de vista jurídico. En concreto, se analizará la explotación del petróleo, de los bienes agrícolas y de los bienes culturales, así como la incautación directa de dinero a través de la imposición de tributos. En cada caso se examinará la cuestión desde el punto de vista del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949 y del Reglamento relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre de 1907, o Reglas de La Haya, así como desde la perspectiva de la Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado adoptada en La Haya en 1954 y del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, firmado en Nueva York en 1999, cuya aplicabilidad será estudiada en un epígrafe posterior.

2.1. La explotación del petróleo

El EI carece del capital y la tecnología necesarios para la prospección y construcción de nuevos pozos petrolíferos. Sin embargo, ocupó tierras donde aquellos ya estaban operativos. A principios del año 2016, el EI controlaba alrededor de la mitad de la producción total de petróleo en Siria y casi el 10 por 100 de la de Iraq. La producción en 2015 alcanzó una media de entre 80.000 y 120.000 barriles por día, generando ganancias, solamente en dicho año, de más de 500 millones de dólares, pagados en metálico para evitar rastreos de transacciones¹⁰. El grupo terrorista utilizó rutas de contrabando que alcanzaban a compradores sirios, iraquíes y turcos. Según informes del *Homeland Security Committee* (Comité de Seguridad Nacional estadounidense), se habría llegado a vender petróleo incluso al régimen sirio de Assad¹¹. Además de la venta, el EI utilizó el petróleo como moneda de cambio: Siria tiene un largo historial de clanes de traficantes de armas, como el clan

⁹ Resolución 2170 del Consejo de Seguridad de la ONU de 15 de agosto de 2014, S/RES/2170. Disponible en [https://undocs.org/es/S/RES/2170\(2014\)](https://undocs.org/es/S/RES/2170(2014)).

¹⁰ HOMELAND SECURITY COMMITTEE, *Cash to chaos: dismantling ISIS' financial infrastructure*, 2016, p. 6.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

Berri, en Alepo, con quien el EI podría haber intercambiado petróleo por armas y drogas¹².

Resulta relevante para el correcto análisis de la cuestión la delimitación del estado en el cual se hallaba el recurso fósil en el momento de su confiscación. Ya el Tribunal de Apelación de Singapur realizó una distinción en este sentido en el asunto *Bataafsche Petroleum Maatschappij & others c. War Damages Commission* (1956)¹³, cuyos antecedentes de hecho aluden a la ocupación de plantas petrolíferas en una práctica similar a la realizada por el EI. Este tribunal consideró que el petróleo era un bien inmueble mientras se encuentra bajo tierra, y, en cambio, mueble una vez extraído. Además, hay que tener en cuenta que en la actualidad el petróleo es universalmente considerado, antes de ser extraído del yacimiento, un recurso público, cuya explotación está ordinariamente sujeta a un régimen de concesión administrativa.

Pues bien, el IV Convenio de Ginebra recoge, en su art. 53, una prohibición general de la destrucción de bienes —sin hacer distinción entre muebles, inmuebles, públicos o privados—, calificando el daño a los mismos como una infracción grave, salvo que dicho daño estuviera justificado por necesidades militares. Por su parte, las Reglas de La Haya distinguen entre el uso de bienes públicos o privados, muebles o inmuebles, de modo que los artículos invocables son, dependiendo del estado del petróleo cuando fue incautado, el art. 55 de dichas Reglas, relativo a los bienes inmuebles públicos, y los arts. 52 y 53, relativos a los bienes muebles públicos o privados. A estos últimos preceptos nos vamos a referir a continuación, al ser la regulación de las Reglas más detallada que las del IV Convenio de Ginebra.

En el caso de los bienes inmuebles públicos, el ocupante tiene un mero título de usufructo sobre ellos, siempre y cuando salvable el capital. Ahora bien, el caso del petróleo es peculiar. Al tratarse de un recurso no renovable, cualquier uso del mismo será irreversible¹⁴, y resultará en la privación total de una fuente de ingresos que legítimamente pertenecía al pueblo iraquí y sirio. De modo que la regla del usufructo no es de aplicación a la extracción del petróleo del subsuelo y, por tanto, los actos del EI al respecto han de considerarse vulneradores del art. 55 de las Reglas de La Haya.

En caso de que no se tratase de la extracción del petróleo, sino del uso de las existencias ya extraídas y almacenadas en tanques —bien mueble—, entonces serían de aplicación los arts. 52 y 53 de las Reglas. Pues bien, el uso que el EI da a las cantidades almacenadas, a saber, la venta con propósito de

¹² FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Financing of the terrorist organization Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)*, 2015, p. 14. Disponible en www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/financing-of-terrorist-organisation-isil.html.

¹³ CORTE DE APELACIONES DE SINGAPUR, «N. V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij & Ors. c. the War Damage Commission», *American Journal of International Law*, vol. 51, 1957, núm. 4, pp. 802-815.

¹⁴ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La explotación económica del territorio ocupado», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vols. XI-XII, 2007-2008, pp. 661-756, esp. p. 714.

enriquecimiento, se separa claramente de aquel permitido por los preceptos citados, que no es otro que un uso estrictamente bélico.

Cabría plantear la legalidad de la venta del crudo en caso de que las ganancias obtenidas se destinaran a un uso bélico, de modo que pudiera entenderse que sí se cumple, aunque de manera indirecta, con la regla establecida. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que el concepto de «uso bélico» está íntimamente relacionado con el de *munitions de guerre*, que, según la definición que proporciona el *British Manual of Military Law* —aceptada por el Tribunal de Apelación de Singapur en el caso antes mencionado— son «todos aquellos bienes susceptibles de uso directo militar»¹⁵. Por tanto, no cabe hablar de uso indirecto legítimo del petróleo mediante la venta.

Adicionalmente, el uso directo del petróleo en crudo para fines bélicos se antoja difícil, dado que este bien precisa de un complejo proceso de refinado para su aprovechamiento¹⁶. Por tanto, el único uso legítimo de este recurso sería el destino directo del petróleo incautado en estado ya refinado para vehículos y otras máquinas, supuesto residual en la actuación del EI.

La explotación del petróleo iraquí y sirio por parte del EI, por consiguiente, se encuentra en flagrante contradicción con los arts. 52, 53 y 55 de las Reglas de La Haya, así como con el art. 53 del IV Convenio de Ginebra.

Además de lo anterior, si el beneficio económico derivado de la venta del petróleo se destinase a los actos descritos en el art. 2 del Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 —como parece claro que en efecto sucede en el caso del EI—, estaríamos también ante la vulneración de este instrumento internacional, según se expondrá más adelante.

2.2. La agricultura y el *zakat*

El fruto de la agricultura fue utilizado como fuente de provisiones para consumo propio del grupo armado. De hecho, el EI llegó a prohibir la entrada de grano proveniente de Mosul para asegurar la autarquía de la región¹⁷. Ahora bien, desde la perspectiva aquí adoptada, el interés recae no en el uso de la agricultura para el autoconsumo, sino en su explotación abusiva como fuente de ingresos. En 2015, el EI controlaba las zonas productoras del 77 por 100 del trigo sirio y del 72 por 100 de la cebada del país. En cuanto a Iraq, se hizo con el 40 por 100 de los campos de cultivo de trigo y el 56 por 100 de los de cebada¹⁸. Asimismo, el EI confiscó en ocasiones las reservas de grano de los agricultores de territorios ocupados, como ocurrió en 2014 con cerca de un millón de toneladas en el norte de Iraq, cuyo valor económico

¹⁵ Corte de Apelaciones de Singapur, cit., nota 13, p. 808.

¹⁶ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *op. cit.*, nota 14, p. 682.

¹⁷ JAAFAR, H. H. y WOERTZ, E., «Agriculture as funding source of ISIS: a GID and remote sending analysis», *Food Policy*, Elsevier, vol. 64, 2016, pp. 14-25, esp. p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 16.

ascendía a cerca de 200 millones de dólares. Otra práctica habitual fue la expropiación ilegal de maquinaria de granjas locales con el objetivo de alquilarlas a sus mismos propietarios¹⁹.

Estas últimas dos actuaciones constituyen manifiestas violaciones del Derecho internacional público. Los arts. 23.g) y 46 de las Reglas de La Haya prohíben la destrucción o confiscación de bienes privados salvo que tales acciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra. El art. 55 del IV Convenio de Ginebra, por su parte, prohíbe la requisita de víveres en territorio ocupado, a no ser que estén destinados a cubrir las necesidades de su ejército. Esto nos remite a una idea afín a la del «uso directo» de los bienes, antes mencionada, por lo que debe excluirse que los preceptos citados amparen la confiscación del grano o de la maquinaria como simple forma de obtener financiación.

Además, el EI estableció un tributo, el *zakat*, sobre los agricultores que continuaban la explotación de sus campos, el cual ascendía a un 5 por 100 para los cultivos de regadío y a un 10 por 100 para los de secano. El *zakat* es uno de los elementos que conforman el tercero de los cinco pilares del islam —la limosna—, por lo que es un impuesto de raíz religiosa.

El art. 49 de las Reglas de La Haya contempla la posibilidad de que el ocupante imponga sus propios tributos, sujetándola a la condición de que la recaudación se destine a las necesidades del ejército o a la administración de territorio ocupado.

Por tanto, cabe plantear, en primer lugar, si se cumple con el requisito de que las cantidades recaudadas sean destinadas a las necesidades del ejército. La respuesta ha de ser negativa, a la vista de que el propio EI justificó la obligatoriedad de la recaudación apoyándose en el Corán, el cual concreta el destino que se ha de dar a los frutos de este impuesto: la ayuda a los grupos de población menos favorecidos económicamente²⁰, siempre y cuando sean musulmanes²¹. Así, el EI publicitó la distribución de hasta 8 millones de dólares entre más de 44.000 familias sirias en situación de necesidad, y el destino de más de 878.000 dólares a la caridad²². Por consiguiente, resulta evidente que no se recauda el tributo solo para satisfacer la necesidad del ejército, sino —en todo o en parte— con fines diferentes.

Cabría plantear, también desde la perspectiva del art. 49 de las Reglas, la posibilidad de una interpretación extensiva que considerase que esta contribución a los menos favorecidos es una especie de administración del territo-

¹⁹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *op. cit.*, nota 12, p. 15.

²⁰ DHAR, P., «Zakat as a measure of social justice in Islamic finance: an accountant's overview», *Journal of Emerging Economies and Islamic Research*, vol. 1, 2013, núm. 1, pp. 64-74, esp. p. 66.

²¹ BLANNIN, P., «Islamic State's Financing: sources, methods and utilisation», *International Centre for Political Violence and Terrorism Research*, vol. 9, 2017, núm. 5, pp. 13-22, esp. p. 18.

²² DEGERALD, M., *Where Media Meets Statecraft: DAESH Promotion of Governmental Competence through its Media*, Center for Advanced Research in Global Communication 2, pp. 7-10, esp. p. 8. Disponible en https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=cargc_briefs.

rio en forma de subsidio. Sin embargo, esta posibilidad es igualmente rechazable, ya que la caridad queda restringida a los fieles al Corán, de modo que la actividad carece del carácter de universalidad de fines que debe adornar una administración del territorio efectuada con arreglo a las normas vigentes del Derecho humanitario. El *zakat* es, por tanto, un impuesto de nueva creación que no se ajusta a lo establecido por las Reglas de La Haya.

2.3. Otros tributos

Además del *zakat*, el EI creó una serie de tributos adicionales, convertidos en importante fuente de financiación.

Así, tanto las exportaciones como las importaciones de bienes estaban sometidas a gravamen. Para atravesar la frontera con Iraq era necesario pagar 200 dólares estadounidenses, mientras que, si se trataba de camiones provenientes de Siria y Jordania, la cifra aumentaba a los 800 dólares estadounidenses²³.

El EI llegó incluso a gravar el sueldo de los funcionarios iraquíes. Con la ocupación de territorios, el gobierno de Iraq dejó de ingresar la nómina de sus trabajadores en sedes de bancos bajo el control islámico, y comenzó a hacerlo en regiones cercanas. De esta manera, el funcionario debía desplazarse hasta estas zonas para retirar su sueldo. Sin embargo, al volver a su domicilio, combatientes del EI aguardaban para recoger el impuesto debido, cuya tasa ascendía en ocasiones incluso hasta el 50 por 100 del salario²⁴.

Los anteriores tributos solo podrían ser legítimos desde la perspectiva de las Reglas de La Haya bajo las condiciones antes expresadas, esto es, su aplicación a las necesidades del ejército o para la administración del territorio. En cualquier caso, nunca podrían llegar a serlo cuando por su cuantía pudieran igualarse a una confiscación, lo cual vulneraría la regla de que la propiedad privada no debe ser objeto de confiscación, consagrado en el art. 46 de aquellas.

Es interesante señalar también la existencia del pago de un tributo de carácter religioso, conocido como *jizya*. Exigido a los cristianos, el EI destaca su carácter voluntario, si bien lo cierto es que las personas que profesen el cristianismo y se nieguen a pagarlo, se enfrentan a penas de conversión obligatoria al islam o incluso a la muerte²⁵.

La imposición de este tributo se encuentra en clara vulneración no solo del art. 49, sino también del art. 46 de las Reglas de La Haya, precepto que,

²³ FINANCIAL ACTION TASK FORCE, nota 12, *op. cit.*, p. 17.

²⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁵ SHEA, N., *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and its Jizya Propaganda Ploy*, Hudson Institute, Washington, agosto de 2016, p. 3. Disponible en <http://media.hudson.org.s3.amazonaws.com/files/publications/20160721TheISISGenocideofMiddleEasternChristianMinoritiesandItsJizyaPropagandaPloy.pdf>.

entre otras cosas, protege las creencias religiosas y el ejercicio del culto de los individuos en territorios ocupados frente a injerencias externas, como puede sin duda ser considerado el pago de un impuesto ligado a la religión.

En fin, hemos de señalar también, por añadidura, la posibilidad de que la recaudación de todos los anteriores tributos pudiera constituir delito en el sentido del art. 2 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, al que luego se aludirá en detalle.

2.4. La venta de bienes culturales protegidos

Otra de las fuentes de financiación del EI es la venta en el mercado negro de bienes culturales protegidos. El EI ocupó en Siria e Iraq más de 4.500 lugares arqueológicos, algunos de ellos declarados Patrimonio Mundial por la UNESCO. Especialmente recordadas son la toma y destrucción de Palmira y la demolición de la tumba de Jonás, en julio de 2014, justificando su eliminación por la aparente desvirtuación del carácter religioso del monumento debido a su explotación como atracción turística.

Al margen de la destrucción directa, el EI también llevó a cabo la explotación económica de los bienes culturales, y ello mediante dos vías: su venta en el mercado negro y el establecimiento de tributos sobre el traslado de aquellos por los traficantes a los que se permitía operar en zonas bajo su control²⁶. No se posee información segura sobre la cantidad total que el EI ha recaudado mediante estas prácticas. La única fuente disponible son los datos encontrados en ciertos *pen drives* incautados en 2014 en un piso franco del EI. Contenían información sobre la red de tráfico ilegal de objetos culturales. La cifra de beneficio que constaba en dicha documentación ascendía a los 36 millones de euros²⁷.

Pues bien, los hechos descritos constituyen, en primer lugar, violaciones de los arts. 33 del IV Convenio de Ginebra y los arts. 28 y 47 de las Reglas de La Haya, que prohíben el pillaje y el saqueo. Dicha prohibición puede ser analizada desde dos perspectivas: una negativa —la interdicción misma del saqueo— y otra positiva, que se obtiene al relacionar los artículos citados con el art. 43 de las Reglas de La Haya, según el cual, a partir del momento en que la autoridad legítima de un territorio pasa, de hecho, a manos del ocupante, este último habrá de procurar conservar el orden y la vida públicos, lo cual obviamente incluye la obligación de evitar el saqueo por parte de terceros. Esta obligación es la que, por ejemplo, permitió reprochar la escasa protección concedida por el ejército estadounidense al Museo Nacional de Iraq, en abril de 2003, durante las revueltas en Bagdad²⁸.

²⁶ FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *op. cit.*, nota 12, p. 16.

²⁷ *Ibid.*, p. 17.

²⁸ BOGDANOS, M., «The casualties of War: The Truth about the Iraq Museum», *American Journal of Archaeology*, vol. 109, 2005, núm. 3, pp. 477-526, esp. p. 481.

En segundo lugar, hay que traer a colación el art. 4 de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1954), que contempla también la cuestión desde la doble perspectiva, positiva y negativa, ya mencionada²⁹.

Por último, cabe añadir que, en el caso de que se demostrara que el producto de la venta de los bienes culturales saqueados³⁰ se destinó a fines terroristas, podría también ser de aplicación el art. 2 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ISLÁMICO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE SUS MIEMBROS

De lo hasta aquí expuesto se deduce que, aparentemente, el EI infringió una serie de reglas del Derecho internacional relativas a la explotación de los recursos económicos en territorios ocupados. Ahora bien, habrá que averiguar si los autores de los actos mencionados se encuentran sujetos a las normas mencionadas, y, de ser así, cuáles son los mecanismos a través de los que podrían responder ante la justicia. Conviene abordar tales cuestiones desde dos perspectivas. La primera plantea la hipótesis de la responsabilidad del EI como organización. La segunda, más realista, la posible responsabilidad internacional individual de sus miembros.

3.1. La posible responsabilidad del Estado Islámico como organización

El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001, incluye la posibilidad de que el autor de un hecho internacionalmente ilícito no sea un Estado ni sus órganos, sino un movimiento insurreccional. Ahora bien, limita la posible exigencia de responsabilidad, en tales casos, al supuesto de que dicho movimiento termine por convertirse en el nuevo gobierno de un Estado según el Derecho internacional. Por tanto, dado que el EI no ha llegado a ocupar el gobierno de un Estado reconocido

²⁹ PHUONG, C., «The protection of Iraqi cultural property», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, núm. 4, pp. 985-998; RODRÍGUEZ MATÉS, R., «Valoración de la protección jurídico-internacional del patrimonio cultural en periodo de conflicto armado ante el 50.º aniversario de la Convención de La Haya (1954-2004)», *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, vol. 25, 2004, pp. 223-255.

³⁰ El tráfico y posterior venta de bienes culturales fue reconocida como una vía de financiación por el trabajo presentado ante el Consejo de Europa sobre el terrorismo y la criminalidad organizada transnacional. Véase NEUMANN, P. y SALINAS DE FRÍAS, A., «Reports on the links between terrorism and transnational organised crime», *Comité de Expertos sobre el Terrorismo (CODEXTER)*, 2017, p. 22. Disponible en <https://rm.coe.int/report-on-the-links-between-terrorism-and-transnational-organised-crim/1680711352>.

internacionalmente, ni ha llegado a constituir un nuevo Estado con la parte de territorio sirio e iraquí ocupado, no cabría la posibilidad de imputación de responsabilidad por esta vía.

Es cierto que las personas jurídicas, una vez superado el tradicional principio *societas delinquere non potest*, pueden llegar a ser imputadas penalmente —así, art. 31 bis del Código Penal español—. Ahora bien, precisamente la falta de personalidad jurídica del EI impide acometer la cuestión desde esta perspectiva. No obstante, puede ser de interés analizar el dato de que los actos individuales de los miembros del grupo se hayan realizado, precisamente, al amparo y bajo el patrocinio de tal organización.

En su momento, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg acogió la tesis de que la simple pertenencia a un grupo declarado como criminal podía ser razón suficiente para imputar responsabilidad penal a la persona así integrada en el grupo³¹. El Fiscal Jefe, Justin Jackson, formuló una relación de las cuatro características fundamentales de las organizaciones criminales³², a saber:

- a) Que se trate de un grupo u organización formado por personas con un plan de acción común.
- b) Que sus miembros lo sean de manera voluntaria.
- c) Que exista un propósito criminal.
- d) Que pueda afirmarse que los objetivos y procedimientos utilizados por la organización son de tal naturaleza que no pueda negarse que sus miembros eran necesariamente conocedores de aquellos.

A la vista de esta caracterización, parece factible, desde luego, tildar al EI de organización criminal y, de esta manera, imputar de manera individual a sus miembros por la mera pertenencia a la misma. Una perspectiva parecida se recoge en los art. 570 bis y siguientes del Código Penal español.

Por último, el art. 25 del Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional solo tendrá competencia respecto de las personas naturales. De modo que no resulta tampoco posible la imputación, por esta vía, del EI como grupo, sin perjuicio de reconocer que normalmente el tipo de crímenes enjuiciados por la CPI serán realizados por individuos en el marco de acciones impulsadas por un Estado o una organización.

En suma, pues, la posibilidad de una responsabilidad penal colectiva del EI no parece contar con el suficiente respaldo en la legislación internacional, sin perjuicio de la incidencia, sobre la responsabilidad individual de los miembros de la organización, del hecho mismo de pertenecer a aquella.

³¹ ARENAL, L., «Economic Crimes against Humanity: a legal challenge for the positive regulations of crimes against humanity in the Article 7 of the Rome Statute», *SYIL*, vol. 24, 2020, pp. 241-271, esp. p. 263.

³² Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, 1948, p. 305. Disponible en <http://www.unwcc.org/wp-content/uploads/2017/04/UNWCC-history.pdf>.

3.2. La responsabilidad penal individual

Mucho más realista es el planteamiento de la posible responsabilidad individual de los miembros del EI por los actos de explotación ilícita de los recursos económicos en beneficio de la organización. Vamos a examinar seguidamente la viabilidad de aplicación al caso de los diferentes instrumentos internacionales que han sido citados anteriormente, desde la perspectiva de su probable infracción.

3.2.1. *El IV Convenio de Ginebra y las Reglas de La Haya*

a) *Aplicabilidad*

Comenzando con el *IV Convenio de Ginebra*, hemos de tomar en consideración dos artículos: el art. 2, relativo a su aplicabilidad, y el art. 3, que distingue entre conflicto armado interno o internacional, a fin de poder afirmar la aplicabilidad del Convenio en todos sus preceptos o tan solo en uno, a saber, el propio art. 3.

El art. 2 del IV Convenio de Ginebra señala que será de aplicación en caso de guerra o conflicto armado entre dos o más Altas Partes Contratantes. Ahora bien, la enigmática naturaleza del EI es el primer escollo para dirimir si realmente sus integrantes quedan sujetos a las normas establecidas por el IV Convenio de Ginebra.

A la hora de aproximarse a la naturaleza del EI, ciertos autores se refieren al art. 1 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1933³³, donde se especifica que un Estado, para ser reconocido como persona de Derecho internacional, ha de reunir los requisitos de población permanente, territorio determinado, gobierno y capacidad de entablar relaciones con los demás Estados. La ocupación territorial del EI podría cumplir los requisitos de población y gobierno, pero no el de territorio determinado, al ser este inestable, ni el de capacidad para entablar relaciones internacionales. Así, el EI carece de la red de relaciones internacionales que suele acompañar a la actividad de un Estado, lo cual es lógica consecuencia de su falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional. No parece que esta situación pueda cambiar. Es cierto que el reconocimiento de un Estado por otro no deja de ser una potestad discrecional, pero existen límites a la arbitrariedad estatal en este campo. Así, la Comisión Europea de Arbitraje para la Antigua Yugoslavia o Comisión Badinter señaló —refiriéndose a los países de la entonces Comunidad Económica Europea— que esta potestad venía limitada por el respeto a las normas del Derecho internacio-

³³ TOMUSCHAT, C., «The Status of the “Islamic State” under International Law», *Die Friedens-Warte*, vol. 90, 2015, núms. 3-4, pp. 223-244, esp. p. 227.

nal³⁴. De modo que no sería legítimo que un Estado reconociera como tal a una contraparte que hubiera conseguido su situación de poder a base de violaciones de normas esenciales del Derecho internacional, como sería ahora el caso del EI. Igualmente, se ha señalado que las apelaciones de la ONU a la comunidad internacional para que actúe contra el EI, por considerarlo una amenaza contra el orden y la seguridad internacionales³⁵, son poco compatibles con la posibilidad de que algún Estado miembro de dicha organización pueda reconocer como tal al grupo armado. De esta manera, el único dato a favor de que el EI pueda considerarse un Estado es su autoproclamación como tal, careciendo de cualquier tipo de representación en el plano jurídico. Además de ello, debe también tomarse en cuenta el hecho de que el EI, más que crear un Estado, parece pretender la extensión de un califato, figura de raíz fundamentalmente religiosa³⁶ que responde a parámetros diferentes de los correspondientes a un Estado. Sin duda se trata de un debate de gran interés, pero que hemos de resolver, junto con la mayor parte de la doctrina, a favor de la idea de que el denominado EI no es un Estado³⁷.

Por tanto, el EI no es un Estado y tampoco es una Alta Parte Contratante, por lo que este grupo armado podría no considerarse a sí mismo sujeto a las normas del IV Convenio de Ginebra. Ahora bien, por un lado, el Comité Internacional de la Cruz Roja señala que las normas del Derecho internacional humanitario, como las contenidas en el IV Convenio de Ginebra, una vez aplicadas a un conflicto deben considerarse aplicables a todas las partes envueltas en el mismo, ya sean gubernamentales o partes no estatales, como el EI³⁸. Por otro lado, el Estatuto de Roma, regulador de la Corte Penal Interna-

³⁴ FERNÁNDEZ SOLA, N., «El reconocimiento de Estados por la Unión Europea. Análisis de la discrecionalidad del no-reconocimiento», en BOLLO AROCENA, M.^a D. (coord.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 331-369, esp. p. 342; Avis n.º 10, Commission Badinter, du 4 Juillet 1992, sur la reconnaissance de la République Fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en PELLET, A., «The opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples», *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992.

³⁵ DANCKWARDT, P., *Conceptualizing ISIS in international legal terms-Implications, crises and failure of Westphalian notions of authority*, Universidad de Estocolmo, 2016, p. 53, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1167605/FULLTEXT01.pdf>; Resolución 2249 del Consejo de Seguridad de la ONU de 20 de noviembre de 2015, S/RES/224, [https://undocs.org/pdf?symbol=es/s/res/2249\(2015\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/s/res/2249(2015)); Resolución 2170 del Consejo de Seguridad de la ONU, véase nota 9.

³⁶ Las relaciones derivadas de este tipo de organización político-religiosa con las tribus integradas dentro de una relación de obediencia (EN: *allegiance* / FR: *allégeance*) fueron analizadas en el dictamen del Sahara Occidental —CIJ, *Western Sahara...*, *op. cit.*, nota 3, párr. 95— para concluir que —aun siendo relaciones de obediencia, parecidas pero diferentes de las correspondientes al vasallaje feudal— no eran comparables a las que el gobierno de un Estado tiene sobre su propia población, tanto si está dentro de su propio territorio como si no lo está.

³⁷ En recientes publicaciones relativas al reconocimiento de territorios de estatuto jurídico controvertido como verdaderos Estados no se llega siquiera a incluir al DAESH. Véase FERNÁNDEZ SOLA, N., «El reconocimiento...», *op. cit.*, nota 34.

³⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Report. The applicability of IHL to terrorism and counterterrorism*, 2015, Ginebra. Disponible en <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism#:~:text=IHL%20thus%20regulates%20both%20lawful%20and%20unlawful%20acts%20of%20violence.&text=IHL%20prohibits%20both%20specific%20acts,against%20civilians%20or%20civillian%20objects>.

cional (ECPI), ofrece un argumento adicional. Si las normas de los Convenios de Ginebra solo fueran vinculantes para las partes contratantes no habría incumplimiento de obligaciones que sancionar a través de los tipos penales de su art. 8.2.a) o c). Encontramos un último argumento en la cada vez más extendida hipótesis doctrinal que señala que los Convenios de Ginebra son parte del Derecho consuetudinario y, por tanto, aplicables en todo caso³⁹.

Por tanto, el IV Convenio de Ginebra no solo resulta aplicable para Siria e Iraq, sino que también los integrantes del EI habrían de actuar conforme a sus normas y someterse a las consecuencias que su infracción acarrearía.

En segundo término, habrá que calificar debidamente, desde el punto de vista del Derecho internacional, el conflicto de Siria e Iraq, esto es, la determinación de si puede ser considerado «conflicto armado» y, en su caso, «conflicto armado internacional»; en este último caso sería aplicable el IV Convenio de Ginebra en su totalidad; en el primero, solo ciertos preceptos, en concreto, el art. 3, que establece una serie de derechos y deberes básicos. En lo concerniente a la naturaleza del conflicto como «conflicto armado», el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) señaló en el asunto *Tadic* (1995)⁴⁰ que existe conflicto armado cuando se recurre a violencia armada entre Estados, o entre estos y grupos armados organizados⁴¹.

Ciertamente, no cabe duda acerca de la naturaleza del EI como *grupo armado organizado*. El EI opera desde el año 2014, y la organización del grupo es fácilmente constatable, al contar con una cadena de mando, cuarteles generales e incluso emisión de comunicados oficiales⁴². De modo que, en suma, la calificación de la situación como conflicto armado es adecuada. Por consiguiente, el IV Convenio de Ginebra es aplicable a la situación en Iraq y Siria como mínimo en alguno de sus preceptos.

Mayor dificultad entraña la calificación del conflicto armado como «internacional», cuestión clave para dirimir si el IV Convenio de Ginebra resulta aplicable en su totalidad o, por el contrario, tan solo en su art. 3, relativo a los conflictos internos. Ciertamente controvertido, el asunto no ha sido

³⁹ DOSWALD-BECK, L. y HENCKAERTS, J. M., «El Derecho Internacional Humanitario», *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 2007, p. 35. Disponible en https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf.

Resulta igualmente de interés la Resolución 1982/1 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En esta, se hace referencia a crímenes de guerra cometidos por Israel vulnerando el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I. Ahora bien, Israel no formaba parte de dicho Protocolo, por lo que la Comisión se basó en la consideración del mismo como Derecho consuetudinario. Así, resulta lógico pensar que, si el Protocolo I es parte del Derecho consuetudinario, también lo será el IV Convenio de Ginebra, suscrito y aplicado por muchos más países y durante un espacio temporal más amplio. Véase *ibid.*, p. 647.

⁴⁰ TPIY, «Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (*Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*)», de 2 de octubre de 1995. Disponible en <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

⁴¹ *Ibid.*, párt. 70.

⁴² VASILIAUSKIENĖ, V., *The International Humanitarian Law and the Fight Against ISIS*, Vilnius, Universidad de Mykolas Romeris, pp. 273-276, <https://www.researchgate.net/publication/327816575>.

zanjado definitivamente en este aspecto. Por un lado, el art. 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, señala que un conflicto interno será aquel que se desarrolle en el territorio de una Alta Parte entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas o grupos armados organizados disidentes. Efectivamente, esta definición parece encajar con el conflicto generado por el EI, al ser este último un grupo armado disidente y organizado. Por otro lado, sin embargo, nos encontramos ante la peculiaridad de que el conflicto se extendió por el territorio de dos Altas Partes y de que a la lucha contra el EI contribuyó una coalición de fuerzas internacionales⁴³. A partir de estos datos, se ha defendido también⁴⁴ que nos encontramos ante un conflicto armado internacional o, más bien, internacionalizado⁴⁵, hallando respaldo esta tesis en un precedente jurisprudencial de reconocida importancia: el asunto *Tadic*. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló en 1999⁴⁶ que un conflicto interno puede internacionalizarse en caso de que otro Estado intervenga en aquel con sus tropas o, alternativamente, si alguno de los participantes en el conflicto interno actúa bajo las órdenes de ese Estado tercero⁴⁷.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, operó en los territorios de Iraq y Siria una coalición formada por las fuerzas de Estados Unidos, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Holanda, Baréin, Emiratos Árabes Unidos, Jordania, Egipto, Turquía y Rusia⁴⁸.

Por tanto, aunque las particularidades del conflicto hacen sin duda difícil su caracterización y las dos teorías expuestas encuentran argumentos a su favor, nos inclinamos aquí por la segunda de las indicadas. Esto es, nos encontramos ante un conflicto armado internacional y, por tanto, el IV Convenio de Ginebra resulta aplicable en su totalidad.

La aplicabilidad de las Reglas de La Haya resulta bastante más sencilla. Aunque se podría llegar a la conclusión de que el EI ha de sujetarse a sus preceptos a través del mismo razonamiento lógico expuesto para el IV Convenio de Ginebra, hay que tener en cuenta, además, que las Reglas de La Haya son

⁴³ El Gobierno de Iraq solicitó asistencia a la comunidad internacional tras la caída de Mosul. Lo hizo a través de una carta enviada desde la Representación Permanente de Iraq ante las Naciones Unidas. Véase BERMEJO GARCÍA, R., «Las denominadas nuevas tendencias en la lucha contra el terrorismo internacional: el caso del Estado Islámico», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (dirs.), *El Estado Islámico (DAESH). ¿Aprenderemos la lección?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 149-225, esp. p. 193; Doc. S/2014/440, 25 de junio de 2014.

⁴⁴ LÓPEZ-JACOISTE, E., «Las Guerras híbridas a la luz del Derecho internacional», Documento de Trabajo 03/2015, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015, pp. 11 y ss.

⁴⁵ JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Conflictos armados y Derecho Internacional humanitario*, Madrid, Omm Press, 2020, p. 123.

⁴⁶ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"* (Appeal Judgement), Case No. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 84.

⁴⁸ VASILIAUSKIENĖ, V., *op. cit.*, nota 42, p. 274.

ampliamente consideradas derecho consuetudinario⁴⁹, por lo que su aplicabilidad y general obligatoriedad a todos los participantes en un conflicto armado resulta más clara.

b) *Competencia de las jurisdicciones internas y de la Corte Penal Internacional*

El art. 146 del IV Convenio de Ginebra establece el compromiso de las Partes Contratantes, entre las que se encuentran Siria e Iraq, de establecer las sanciones penales adecuadas contra los autores de las infracciones graves recogidas en aquel. Tales infracciones graves son las recogidas en el art. 147, entre las que se encuentra la apropiación indebida de bienes protegidos por el Convenio. Así pues, tanto los tribunales sirios como los iraquíes, de acuerdo con las previsiones legales internas al efecto, deberían ejercer la competencia para juzgar los crímenes tipificados en el IV Convenio de Ginebra en lo relativo a la explotación de recursos. Sin embargo, lo que suscita verdadero interés en este aspecto es la posibilidad de que fuera la Corte Penal Internacional (CPI) la que llevase a término un proceso, en defecto de la actuación de las autoridades nacionales.

El Estatuto de Roma (ECPI) establece una serie de menciones que han de ser abordadas con el objetivo de poder establecer las condiciones de la posible competencia de la CPI sobre los hechos antes descritos.

En primer lugar, nos encontramos en el preámbulo del ECPI con la calificación de la competencia de la CPI como «complementaria de las jurisdicciones nacionales». Adicionalmente, en el art. 17 del Estatuto se establece que una de las causas de inadmisibilidad de un asunto será la de que un Estado con jurisdicción decida investigar o enjuiciar dicho asunto. En este sentido, resulta de importancia mayúscula el determinar si los tribunales competentes ya han comenzado procesos contra los miembros del EI, lo cual impediría que la CPI pudiera entrar a conocer del asunto. Pues bien, los tribunales iraquíes han procesado a más de 20.000 militantes del EI. Es cierto que, según el informe de 2020 de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, tales procesos han estado trufados de flagrantes irregularidades⁵⁰, que incluyen la falta de investigación de denuncias de torturas, ausencia de consideración de que algunos de los imputados habían sido forzados a unirse a las milicias o la menor edad de algunos de los acusados. Ahora bien, pese a la posible falta de garantías de estos procesos, la competencia

⁴⁹ CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción...*, *op. cit.*, nota 2, párr. 89; DOSWALD-BECK, L. y HENCKAERTS, J. M., *op. cit.* nota 39, p. 35.

⁵⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights in the Administration of Justice in Iraq: trials under the anti-terrorism laws and implications for justice, accountability and social cohesion in the aftermath of ISIL*, Bagdad, enero de 2020, pp. 4-5. Disponible en <https://reliefweb.int/report/iraq/human-rights-administration-justice-iraq-trials-under-anti-terrorism-laws-and>.

de la CPI para enjuiciar a militantes iraquíes ya procesados sería ciertamente discutible, ya que, sea como fuere, ha existido un proceso judicial dirigido por las autoridades correspondientes de un Estado legítimo, siendo por tanto difícil que pueda entrar en juego la competencia de la CPI. Caso distinto es el de otro tipo de supuestos «procesos» llevados a cabo por autoridades no estatales, como es el caso de las actuaciones paraprocesales llevadas a cabo por grupos kurdos en Siria⁵¹. En este último caso, la inexistencia de un verdadero proceso penal legítimo por parte de un grupo con jurisdicción es indiscutible, lo cual podría dar entrada a la competencia de la CPI en virtud de su capacidad para conocer de asuntos sobre los cuales las cortes internas competentes no ejerzan su jurisdicción. En cualquier caso, incluso en el supuesto de los procesos llevados a cabo por las autoridades iraquíes, habrá que determinar si los mismos han tenido como objeto los actos de explotación económica que aquí venimos tratando u otro tipo de actos criminales, pues en caso de que los primeros no hubieran sido considerados en los procesos llevados a cabo, la competencia de la CPI aún podría entrar en juego respecto de aquellos.

En segundo lugar, el ECPI establece una serie de normas referidas a la competencia *ratione materiae* de la CPI. Su art. 5 señala que la Corte tendrá competencia material respecto de, entre otros, los crímenes de guerra regulados en el art. 8.

Este último precepto procede a señalar cuándo la CPI tendrá competencia sobre un crimen de guerra y qué se considerará como tal a los efectos de aquella. En primer lugar, la Corte tendrá competencia sobre crímenes de guerra que se realicen como parte de un plan o política, o en el seno de la comisión a gran escala de tales crímenes. Pues bien, no cabe duda de que los actos del EI forman parte de un plan de expansión territorial del califato, ni de que los crímenes, debido a la amplitud de territorio en el que se cometieron y del número de personas a que afectaron, pueden considerarse realizados «a gran escala». Más controversia podría presentar la cuestión de cómo justificar que los hechos individuales respondían o estaban vinculados a ese plan o política, ya que en muchas ocasiones podría no existir o no ser demostrable una orden directa por parte de los líderes del EI. Sin embargo, el art. 3 de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 y el art. 91 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 ya abordan esta problemática, señalando que las partes beligerantes serán responsables de todos los actos cometidos por las personas integrantes de sus fuerzas armadas.

A continuación, y todavía dentro del ámbito de la competencia material de la Corte, el art. 8 del Estatuto describe qué ha de ser considerado crimen de guerra. Entre los supuestos que enumera se encuentran los actos contra personas o bienes recogidos en los Convenios de Ginebra de 1949.

⁵¹ Véase RENARD, T. y COOLSAET, R., «From bad to worse: The fate of European foreign fighters and families detained in Syria, one year after the Turkish offensive», *Egmont Institute Security Policy Brief*, vol. 130, octubre de 2020.

Además, realiza una sistematización de los actos que, en todo caso, son de su competencia, entre los cuales se encuentra la destrucción y apropiación de bienes no justificada por necesidades militares [art. 8.2.a)iv)]. El tercer apartado de este mismo artículo declara a la CPI competente para enjuiciar las violaciones graves de los usos aplicables a los conflictos armados internacionales, tales como: el ataque a monumentos históricos [art. 8.2.b)ix)]; la destrucción o el apoderamiento de bienes, a menos que lo justifiquen las necesidades de la guerra [art. 8.2.b)xiii)]; el saqueo de ciudades [art. 8.2.b)xvi)]; y la privación a la población civil de los objetos indispensables para su supervivencia [art. 8.3.b)xxv)]. Como puede observarse con facilidad, tales previsiones dan perfecta cobertura a la serie de actos de expolio y explotación económica que han sido descritos anteriormente.

Sin embargo, no se incluye entre estas normas ninguna referencia explícita a la creación de nuevos impuestos con vulneración de lo establecido en las Reglas de La Haya. No sería descartable, empero, entender comprendido el caso dentro de la prohibición de apoderamiento de bienes o de la privación de lo necesario para la supervivencia de la población civil. En el caso de que esta interpretación extensiva no fuera, sin embargo, aceptada, aun quedaría la posibilidad del enjuiciamiento de la recaudación de impuestos en Iraq y Siria en virtud de lo establecido por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, como después se verá.

La cuestión de la competencia material ha de resolverse, por tanto, en sentido positivo, y parece razonable afirmar que la CPI posee competencia material para enjuiciar la mayoría de las conductas hasta aquí relacionadas.

Más controvertida resulta la competencia objetiva. Los arts. 12 y 13 del Estatuto de Roma exigen la concurrencia de una de estas tres circunstancias: que el Estado en el cual se han desarrollado los actos sea parte o haya aceptado la jurisdicción de la Corte; que el Estado del que sea nacional el acusado sea parte o haya aceptado la jurisdicción de la Corte; o que el Consejo de Seguridad de la ONU así lo decida⁵².

En cuanto al primer supuesto, ni Siria ni Iraq son Estados parte, de modo que cabe descartar esta vía de acceso⁵³.

⁵² Las tres vías de acceso se estudian con más detalle en KENNY, C., «Prosecuting Crimes of International Concern: Islamic State at the ICC?», *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 33, 2017, pp. 120-145; ABAD CASTELOS, M., *¿Es posible combatir el terrorismo yihadista a través de la justicia?: el retorno de los combatientes del Estado Islámico tras sus crímenes*, 1.ª ed., J. M. Bosch, 2019, pp. 183-209.

⁵³ Este fue, precisamente, uno de los argumentos esgrimidos por la fiscal de la CPI en su comunicado de 2015 referente a la posible competencia de la Corte sobre los crímenes cometidos por el EI. En el mismo se señalaba que, a dicha fecha, la CPI carecía de base jurisdiccional suficiente en ese momento para comenzar una investigación preliminar. No obstante, recordaba la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remitiera la situación a la Corte. Véase OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS*, del 8 de abril de 2015. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>.

Con respecto a la nacionalidad del acusado, es relevante señalar la diversidad de procedencias nacionales de los militantes del EI, algunos de los cuales pertenecen a Estados parte del Estatuto de Roma. Ya en los inicios de la actividad del EI llamó la atención de la comunidad internacional la intervención del conocido como «John el Yihadista» en el asesinato del periodista James Foley, dada la nacionalidad británica del primero, que puso de relieve un problema nuevo: parte de las milicias del EI se estaban nutriendo de personas criadas en sociedades occidentales. También en los atentados de París de la «Sala Bataclan», el 13 de noviembre de 2015, reivindicados por el EI, intervinieron cuatro atacantes de nacionalidades belga y francesa⁵⁴. Igualmente criados en países europeos fueron los autores del atentado de las Ramblas de Barcelona, el 17 de agosto de 2018, también reivindicado por el EI. Pues bien, el hecho de que militantes del EI sean nacionales de Estados parte del Estatuto de Roma puede abrir la competencia de la CPI para su enjuiciamiento. Huelga señalar que la Corte, en estos casos, solo tendrá competencia si el país del que sea nacional el acusado decide no enjuiciarlo para dar paso a la CPI. Y lo cierto es que muchos países occidentales son reticentes a repatriar a sus nacionales, ante el riesgo de contaminación ideológica en el interior de los centros penitenciarios.

Relacionado con los combatientes terroristas extranjeros se encuentra la problemática del grado de responsabilidad de los mismos. Cabría pensar que, dada su nacionalidad, dichos combatientes no ocuparon puestos de alto rango y, por tanto, su grado de responsabilidad no sería lo suficientemente relevante como para que la CPI entrara a conocer de los crímenes cometidos por dichos militantes. Ahora bien, aunque esto no siempre fue así —Abu Omar al-Shishani, oriundo de Georgia, fue ministro de la guerra del EI—⁵⁵, lo cierto es que el mayor grado de responsabilidad no es requisito necesario para el enjuiciamiento por la Corte, al no haberse consagrado en ningún momento en el Estatuto de Roma principio alguno referido al grado de responsabilidad de los acusados⁵⁶, por lo que no habría impedimento alguno en este sentido.

La tercera vía de acceso, la decisión del Consejo de Seguridad de la ONU⁵⁷, se fundamenta en los arts. 39 y 41 de la Carta. La iniciativa de la ONU permite que la Oficina del Fiscal de la CPI comience una investigación, independientemente de si el país en que se realicen los hechos o del que sea nacional el presunto responsable es o no parte en el Estatuto. Ahora bien, aunque el Consejo de Seguridad ha calificado al EI como una amenaza para la paz y

⁵⁴ CRAGIN, R. K., «The November 2015 Paris attacks: the impact of foreign fighter returnees», *Orbis*, vol. 61, 2017, núm. 2, pp. 212-226.

⁵⁵ REDACCIÓN *LA VANGUARDIA*, «El Estado Islámico confirma la muerte de Abu Omar al Shishani, su figura más propagandística», *La Vanguardia*, julio de 2016. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20160713/403187135099/isis-muerte-abu-omar-al-shishani.html>.

⁵⁶ ABAD CASTELOS, M., *op. cit.*, nota 52, p. 195.

⁵⁷ Se han realizado solo dos remisiones del Consejo de Seguridad a la CPI, una por la violación del Derecho internacional humanitario y los Derechos Humanos en Darfur, Sudán, a través de la Resolución 1593, en 2005, Doc. S/RES/1593, y otra por la violación sistemática de Derechos Humanos en Libia, por medio de la Resolución 1970, en 2011, Doc. S/RES/1970.

seguridad internacionales⁵⁸, hasta la fecha no ha habido acuerdo para remitir el asunto a la CPI⁵⁹.

Existe, además, una última opción, aunque mucho más hipotética. En Derecho internacional se admite un concepto amplio de jurisdicción internacional a partir de la definición dada en el asunto del *Lotus* por la Corte Permanente de Justicia Internacional⁶⁰, que señaló que, aunque los autores de un delito se hallen en el territorio de un Estado en el preciso momento de la acción delictiva, el delito puede considerarse cometido en otro Estado en el que alguno de los elementos constitutivos de aquel, o, muy en particular, sus efectos, hayan tenido lugar. Esto abriría la puerta a que un acto cometido en un país no parte del Estatuto de Roma pueda ser enjuiciado en otro que sí lo sea, cuando se diese la citada circunstancia, lo cual podría a su vez abrir la posibilidad de la competencia de la CPI si el Estado segundo no acometiese el enjuiciamiento. Por ejemplo, se podrían llegar a enjuiciar en la CPI los actos preparatorios de los atentados de las Ramblas, aunque estos fueran realizados en Iraq o Siria; o, si se llegaran a vender en un Estado miembro bienes culturales saqueados en alguno de aquellos países, podría abrirse la posibilidad de enjuiciar ambos actos ante la CPI, siempre recordando el carácter complementario de su jurisdicción. Sin embargo, como hemos mencionado, esta posibilidad es remota⁶¹.

3.2.2. *La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954*

a) *Aplicabilidad*

El Profesor Roger O’Keefe⁶², basándose en la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia sobre su jurisdicción en el asunto *Tadic*⁶³, señaló que hay ciertos artículos de la Convención de 1954 que fácilmente podrían calificarse como normas de Derecho consuetudinario, tales como el art. 4, precepto que obliga a las Altas

⁵⁸ Resolución 2170 del Consejo de Seguridad de la ONU, cit., nota 9.

⁵⁹ Así, el 10 de marzo de 2021, el Parlamento Europeo publicó una resolución con motivo del décimo aniversario del conflicto sirio en el que, entre otros, destacaba el papel del DAESH en el número de muertes y víctimas civiles. La resolución remarca la importancia de la jurisdicción de la CPI y la necesidad de que los culpables de crímenes según el Estatuto de Roma, entre los que se encuentran militantes del EI, sean llevados ante la misma. Termina condenando el persistente veto de Rusia y China, que impide que el Consejo de Seguridad de la ONU remita la situación en Siria a la CPI. Véase *European Parliament resolution of 11 March 2021 on the Syrian conflict - 10 years after the uprising*, 2021/2576(RSP), párr. 18.

⁶⁰ Corte Permanente de Justicia Internacional, «Asunto del S. S. *Lotus* (Francia c. Turquía)», Serie A, 7 de septiembre de 1927, núm. 10, p. 23. Disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

⁶¹ KENNY, C., *op. cit.*, nota 52, p. 128.

⁶² O’KEEFE, R., *The protection of cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 324.

⁶³ TPIY, *op. cit.*, nota 40.

Partes Contratantes —y también al resto de organizaciones o personas, dado su mencionado carácter consuetudinario— a respetar los bienes culturales, absteniéndose de utilizarlos si ello implica su destrucción (incluyendo la tradicional cláusula de excepción para el caso de que su uso sea una necesidad imperativa de la guerra).

Así, al igual que sucedía con las Reglas de La Haya y el IV Convenio de Ginebra, el carácter consuetudinario del Convenio implica que los militantes del EI quedan sujetos a sus normas y preceptos.

b) *Competencia de las jurisdicciones internas y de la Corte Penal Internacional*

El art. 28 de la Convención de La Haya de 1954 establece escuetamente que corresponde a las jurisdicciones de las Altas Partes Contratantes el investigar y procesar a los culpables de acciones contra la Convención, independientemente de su nacionalidad. Ante lo somero de esta regulación, se añadieron dos protocolos en 1954 y en 1999, respectivamente. El primero tiene la finalidad fundamental de establecer normas en contra de la exportación de los bienes culturales, fijando la obligación de devolver aquellos que hubieren sido extraídos ilícitamente del país de origen. Más interés, desde el punto de vista que nos ocupa, tiene el Protocolo de 1999, firmado con el objetivo de reforzar la protección, tras el informe del Profesor Boylan para la UNESCO, que criticaba la poca aplicabilidad de la Convención y su falta de firmeza⁶⁴. Este segundo Protocolo introduce dos artículos relativos a la responsabilidad penal y a la jurisdicción, estableciendo una serie de puntos de conexión.

Iraq y Siria son Estados parte tanto de la Convención de La Haya de 1954 como de su Primer Protocolo. No lo son, sin embargo, del Segundo, que fue firmado por Siria, aunque no ratificado.

Pues bien, de lo dicho se deduce que tanto Iraq como Siria son competentes y están obligados a enjuiciar los actos llevados a cabo por el EI en sus respectivos territorios respecto de los bienes culturales, no gracias a los puntos de conexión, al no ser parte del Protocolo que los establece, sino a través de la genérica disposición del art. 28 del Convenio de La Haya de 1954.

Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y la Corte Penal Internacional se postularon competentes para conocer de crímenes contra bienes culturales⁶⁵. En este sentido, encontramos un precedente en el cual la CPI juzgó a Ahmad Al Faqi Al Mahdi (perteneciente al grupo islamista Ansar Dine, que ha sido relacionado en ocasiones con Al-Qaeda)

⁶⁴ BOYLAN, P. J., *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: the Hague Convention of 1954*, UNESCO. Disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000100159>.

⁶⁵ HANNAH, G. He., «Protecting Ancient Heritage in Armed Conflict: New Rules for Targeting Cultural Property During Conflict with ISIS», *Maryland Journal of International Law*, vol. 30, 2015, p. 178.

por crímenes de guerra consistentes en ataques contra edificios históricos declarados Patrimonio Mundial de la UNESCO en julio de 2012 en Tombuctú, Malí. Condenado a nueve años de prisión, fue la primera persona en ser enjuiciada por crímenes contra bienes culturales protegidos. En la sentencia condenatoria se hizo hincapié en la especial protección concedida a los bienes culturales, mencionando tanto las Reglas de La Haya de 1909 como el IV Convenio de Ginebra y la Convención de La Haya de 1954⁶⁶. Aunque en este caso se trataba de un conflicto interno, existe un claro paralelismo entre la destrucción llevada a cabo por Ahmad Al Faqi Al Mahdi y la realizada por el EI, siendo el objeto común de ambas los bienes culturales protegidos.

3.2.3. *El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999*

a) *Aplicabilidad*

El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, firmado en Nueva York en 1999, tiene como objetivo controlar y eliminar las fuentes de financiación de los grupos terroristas. Tanto Iraq como Siria son partes.

El art. 2 señala que cualquier persona atenta contra el Convenio si se hace con recursos monetarios con el objetivo de utilizarlos para financiar los actos enumerados en el anexo o cualquier otro acto dirigido a causar muerte o lesiones graves a un civil o a una persona que no participe en las hostilidades, siempre que se haga con el propósito de intimidar a la población o de obligar a un gobierno u organización internacional a realizar, o no realizar, cierto acto. Presenta así el Convenio la importante novedad de no tipificar detalladamente una serie de actos concretos, sino más bien abordar una muy amplia definición del concepto de financiación del terrorismo⁶⁷.

Pues bien, en este sentido, parece claro que el Convenio podría ser de aplicación en relación con los medios económicos obtenidos a través de la explotación de recursos antes descrita, a la vista de los fines a que los destina el EI. La Corte Internacional de Justicia —encargada, según el art. 24.1 del Convenio, de resolver las controversias en relación con la interpretación y aplicación del mismo en los casos en los que los Estados parte no lleguen a un acuerdo ni mediante negociaciones ni mediante sometimiento a arbitraje— ha señalado que cuando el Convenio alude a los actos de financiación del terrorismo se refiere a los llevados a cabo por los particulares, y no por los Estados. No obstante, los Estados son destinatarios del Convenio en tanto

⁶⁶ CPI, «Situation in the Republic of Mali. Case of the prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence», 27 de septiembre de 2016. Disponible en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF.

⁶⁷ HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La Financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 112.

quedan sujetos a la obligación de llevar a cabo las actuaciones precisas para la supresión de la financiación del terrorismo⁶⁸, y por tanto, Siria e Iraq quedan sujetos a dicha obligación.

b) *Competencia de las jurisdicciones internas*

El Convenio establece una serie de obligaciones dirigidas a los Estados parte con el objetivo primordial de asegurar la lucha contra la financiación del terrorismo. Entre otras obligaciones se encuentra la de que los Estados parte habrán de tipificar en sus legislaciones penales los actos antes enunciados y sancionarlos de acuerdo a su gravedad (art. 4), habrán de colaborar entre sí, a través del intercambio de información y la asistencia en la investigación (arts. 12 y 18) y, quizá lo más relevante para el estudio de la cuestión, habrán de establecer su jurisdicción de acuerdo con los criterios de conexión del art. 7.

La estructura del art. 7 es doble. En su primer apartado se indica una serie de jurisdicciones principales, a saber: la determinada por el territorio del Estado donde se produjeran los delitos, la del Estado del pabellón o matrícula correspondiente, si se cometieran a bordo de buque o aeronave, o la del Estado a cuya nacionalidad pertenezca el autor de los hechos. No establece el Convenio ningún tipo de orden entre estos puntos de conexión, limitándose a señalar que, si más de un Estado desea establecer su jurisdicción, deberán estos coordinarse entre sí (art. 7.5). En su segundo apartado se fija la posibilidad de que los Estados parte establezcan su jurisdicción, esta vez secundaria, en los casos en los que la recaudación de fondos se realice con la finalidad de perpetrar los actos terroristas en su territorio, contra sus nacionales, contra una instalación gubernamental o pública de dicho Estado en el extranjero, o para obligar a ese Estado a hacer, o dejar de hacer, algo, así como si fuera cometido por un apátrida con residencia habitual en ese Estado o a bordo de una aeronave explotada por dicho Estado.

De esta manera, y de acuerdo con los criterios que el propio Convenio establece, tanto Siria como Iraq están obligadas, de acuerdo con las normas procesales y penales que deben instaurar al efecto, a investigar si el uso dado al remanente económico conseguido a través de la explotación de recursos antes analizada constituyó actividad delictiva en los términos del Convenio.

3.2.4. *La posible competencia de la jurisdicción española*

A partir de la reforma del art. 23 LOPJ en 2014, el principio de jurisdicción universal quedó extremadamente reducido⁶⁹. Aunque el apartado 4 contem-

⁶⁸ SÁNCHEZ FRÍAS, A., *Las obligaciones de cooperación penal de los estados en la acción contra el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 163.

⁶⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en España*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2016; ESTEVE MOLTÓ, J. E., «Desnaturalizando la justicia universal:

pla algunos de los delitos a los que se ha hecho referencia en este trabajo, tales como los actos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o el terrorismo, lo cierto es que la exigencia de que el autor sea español o concurren otros puntos de conexión muy específicos restringe enormemente las posibilidades de que los tribunales españoles pudieran enjuiciar la mayoría de los hechos que aquí se han tratado, sin excluir que pudiera darse algún supuesto⁷⁰. Todo quedaría supeditado, asimismo, al requisito del art. 23.6 LOPJ, que requiere la interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal para que los delitos sean perseguibles en España.

Por otro lado, la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, señala en su art. 7.2 que, si un órgano judicial o el Ministerio Fiscal reciben denuncia o querrela en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, deberán abstenerse del procedimiento e informar al denunciante o querrelante de la posibilidad de acudir a la CPI. Ciertamente el precepto añade que, si se declara la inadmisibilidad del asunto ante la Corte, la denuncia o querrela podría volver a articularse ante los órganos nacionales. Ahora bien, dicha reapertura queda obviamente condicionada al ámbito de la jurisdicción universal que en cada momento admita la LOPJ, que en la actualidad es el que acaba de señalarse, de modo que, en definitiva, la viabilidad de enjuiciamiento de actos como los analizados por los tribunales españoles debe considerarse muy limitada, salvo en los casos que se han citado en el parágrafo anterior⁷¹.

3.2.5. La creación de un tribunal *ad hoc*

Por último, no hay que olvidar la posibilidad de establecer un tribunal especial, *ad hoc*, para juzgar los crímenes del EI. El Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas permite actuar en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. En ello se basó el Consejo de Seguridad para establecer los tribunales *ad hoc* que conocieron de los crímenes cometidos en Yugoslavia y en Ruanda. Dejando a un lado las posibles controversias acerca de la legitimidad de los tribunales *ad hoc*, lo cierto es que se trata de una posibilidad flexible, que permitiría adaptarse mejor a las características

hacia una exclusiva y condicionada persecución del terrorismo», *Revista TEORDER*, 2017, núm. 21, pp. 48-68.

⁷⁰ Queda ampliamente demostrado que algunos nacionales españoles formaron parte de las milicias del ISIS. El problema radicaría en demostrar que fueron autores de los actos en cuestión. Véase FUNDACIÓN CENTRO PARA LA MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, *Cuadernos del centro memorial de las víctimas del terrorismo*, 2016, núm. 1, p. 37. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documentos/642012/5872542/Cuaderno+Centro+Memorial+n%C2%BA%201.pdf/734dfba6-1431-4525-8c74-74de728826d5>.

⁷¹ Algunos estudios sobre la cuestión en: SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *REEI*, 2014, núm. 27, pp. 2-40; VALLEJO PEÑA, C., *El Estado de la Jurisdicción Universal en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

de la situación en Siria e Iraq⁷². Se evitarían así muchos de los escollos jurídicos que se han enumerado a lo largo del presente artículo en relación con la actuación de tribunales ya establecidos.

Sin embargo, y aunque la propia exfiscal del TPIY señaló que esta parecía la mejor opción⁷³, lo cierto es que no existen a día de hoy avances para la constitución de un tribunal especial, y, dado el bloqueo político a que ya se ha hecho referencia, no parece probable que vayan a producirse en un futuro cercano.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Entre los años 2014 y 2019, el autodenominado EI se asentó en gran parte de los territorios de Iraq y Siria, aterrorizando a la población civil y explotando sus recursos económicos. Así, confiscó y vendió el petróleo iraquí, se apropió de las reservas de grano, impuso tributos como el *zakat* y la *jizya*, y vendió bienes culturales protegidos. Dichas conductas se realizaron vulnerando el IV Convenio de Ginebra de 1949, las Reglas de La Haya de 1907, la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999.

En buena lógica, la vulneración de dichas reglas debería dar lugar a la consiguiente responsabilidad internacional. Por ello, se han expuesto los problemas que podría generar su invocación, tanto en lo relativo al derecho aplicable como a las jurisdicciones competentes. Sin embargo, y a pesar de las múltiples resoluciones del Consejo de Seguridad, lo cierto es que, hasta la fecha, no se ha emprendido un proceso judicial a gran escala contra los autores de los crímenes mencionados.

En el ámbito de las jurisdicciones nacionales, los juicios llevados a cabo por tribunales iraquíes y por grupos kurdos en Siria carecen de las garantías, en el primer caso, y de la legitimidad, en el segundo, que han de darse en todo proceso judicial. Por otro lado, encontramos la peculiar situación de los combatientes terroristas extranjeros, nacionales de Estados que, en su gran mayoría, se niegan a repatriar a los militantes del EI. Por tanto, parece que la actuación aislada de alguna jurisdicción nacional debería completarse con la acción de la jurisdicción internacional.

Quizá la vía más adecuada desde un punto de vista técnico sería la de encomendar el enjuiciamiento de los crímenes del EI a la CPI. Sin embargo, al no ser ni Iraq ni Siria Estados parte en el Estatuto de Roma, las únicas posibilidades para que la Corte actúe son, bien la remisión de la situación por

⁷² Más información en el trabajo de la profesora IRIGOYEN CHÁVEZ, S., «El Estado Islámico y la justicia penal internacional», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (dirs.), *El Estado Islámico (DAESH). ¿Aprenderemos la lección?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 301-337, esp. pp. 331 y ss.

⁷³ *Ibid.*, p. 337.

parte del Consejo de Seguridad, bien que, por la vía de la competencia *ratione personae*, países parte del ECPI repatrien a sus nacionales enrolados en las filas del EI y declinen su competencia nacional a favor de la de la CPI. Ahora bien, la primera opción ha sido bloqueada por los vetos de Rusia y China. La segunda parece difícilmente viable debido a la reticencia de los países occidentales a la repatriación de sus nacionales enrolados en el EI.

Aun así, pese a las dificultades que incoar un proceso contra los militantes del EI supone, existen mecanismos «preparatorios». Así, el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para la Asistencia en la Investigación y Enjuiciamiento de Personas Responsables de Actos de Gravedad según el Derecho Internacional en la República Árabe Siria desde marzo de 2011, conocido como Mecanismo III M, tiene como cometido la recolección y análisis de pruebas con el objetivo de asistir a futuros procesos que pudieran incoarse en relación con los crímenes cometidos. Y podría haberlos, por las violaciones del DIP que se han descrito en este trabajo, muchas de las cuales constituyen graves crímenes internacionales.

En fin, si bien existen instrumentos hábiles para comenzar un proceso contra los responsables de los crímenes del EI, el principal impedimento es la falta de voluntad política que traba el acceso a la justicia. Es de desear que se imponga cuanto antes un consenso internacional que permita poner en marcha los mecanismos precisos para exigir las responsabilidades que correspondan. Un uso decidido de aquellos permitiría no solo la debida sanción de graves ilícitos, sino que pondría de manifiesto que, frente actuaciones al margen de las leyes internacionales, los cauces jurídicos aplicados con las debidas garantías constituyen la forma más adecuada para la represión de los hechos internacionalmente ilícitos.



LA ISLA DE GUAM: DE COLONIA ESPAÑOLA A TERRITORIO NO AUTÓNOMO

David MANZANO COSANO*

RESUMEN

LA ISLA DE GUAM: DE COLONIA ESPAÑOLA A TERRITORIO NO AUTÓNOMO

El objetivo principal de este artículo es comprender la situación jurídica de la isla de Guam en el sistema internacional. Para ello realizaremos un recorrido histórico desde que fuera colonizada por España en 1668 hasta la actualidad. De este modo, pretendemos acercarnos a las peculiaridades jurídicas de este territorio no autónomo que hoy es administrado por Estados Unidos.

Palabras clave: Guam, territorio no autónomo, Estados Unidos, territorio no incorporado, historia del Derecho internacional público, colonialismo, descolonización.

ABSTRACT

GUAM: FROM THE SPANISH COLONY TO THE NON-SELF-GOVERNING TERRITORY

The main goal of this article is to understand the legal status of the island of Guam in the international system from a historical perspective. It analyses how is the international situation of the islands from 1668 (it was colonized by Spain) to the present day. Nowadays, Guam is a non-self-governing territory administered by the United States.

Keywords: Guam, non-self-governing territory, United States, unincorporated territory, history of international law, colonialism, decolonization.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA COLONIZACIÓN HISPANA: EL FIN DE LA AUTONOMÍA POLÍTICA DE LOS CHAMORROS.—3. GUAM BAJO LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE.—3.1. El territorio no incorporado de Estados Unidos.—3.2. El germen del fin del régimen colonial: el *Organic Act*.—3.3. El problema del fin del territorio no autónomo.—4. CONCLUSIONES.

* PSI de la Universidad Pablo de Olavide, Doctor en Historia Contemporánea (UCM, 2015) y Doctorando en Ciencias Políticas y Jurídicas por la Universidad Pablo de Olavide (oceaniahispana@gmail.com).



1. INTRODUCCIÓN

De los testeros que dan acceso a la sala de la audiencia pública de la Legislatura de Guam cuelgan dos solemnes fuentes jurídicas: el texto de la Declaración de Independencia de Estados Unidos y la pintura de Frank Pérez que reproduce el momento de la firma del *Organic Act* de 1950. Dos símbolos claves para entender los principios normativos del territorio no autónomo de Guam.

El triunfo de la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 se consolidó con la promulgación de la Constitución americana de 1787, es decir, la fuente del Derecho principal de Estados Unidos y, por tanto, de Guam. Uno de los principales factores que llevaron a los colonos británicos a redactar esta declaración fue su hartazgo de sentirse infravalorados por la metrópoli al no tener representación en el parlamento de Londres¹. Y aquí radica la primera paradoja de la situación jurídica de la isla de Guam porque la base de su sistema jurídico se asienta sobre un texto que denuncia la desigualdad de derechos entre los mismos individuos de un estado. Empero, en la actualidad los habitantes de Guam no pueden votar al presidente de Estados Unidos ni tampoco tienen una representación efectiva en su Cámara de Representantes, pues su único delegado tiene voz, pero no voto². Dado que los nativos de Guam (chamorros) no gozan de los mismos derechos políticos que los habitantes de los 50 estados que constituyen los Estados Unidos, podría identificarse con esos colonos originarios de las trece colonias británicas que se rebelaron contra la metrópoli por carecer de los mismos derechos políticos.

Es paradójico también que ninguno de los actos representados en las paredes del *hall* de la Legislatura de Guam (Declaración de Independencia y *Organic Act*) emanasen de la voluntad de los chamorros. Por tanto, se pretende asentar la soberanía de Guam en dos textos jurídicos que no fueron elaborados ni aprobados originariamente por su población nativa. De ahí que la situación internacional de Guam rechine a cualquier internacionalista, pues no llega a comprender cómo se ha orquestado un ordenamiento jurídico teóricamente democrático sin que haya existido ninguna definición explícita por parte de su población de cuál es su voluntad, dado que todos los referéndums para redactar su propia constitución y su autodeterminación han fracasado. Pese a la importancia del tema, esta cuestión se halla en un segundo plano en los debates políticos de la isla de Guam. La razón de ello se encuentra en la negativa de las partes implicadas (Estados Unidos y Guam) de alterar el *statu quo* de la isla porque temen perder la posición relativamente cómoda que han adoptado.

Los habitantes de Guam aspiran a integrarse definitivamente en Estados Unidos mediante el reconocimiento de ser un estado libre asociado (Commonwealth) al estilo de sus vecinos de las Marianas del Norte o Puerto

¹ JENKINS, P., *A History of the United States*, 5.ª ed., Londres, Macmillan, 2015, pp. 43-89.

² McCORMICK, M., «Guam», en NTUMY, M. A. (ed.), *South Pacific Islands legal systems*, Honolulu, University of Hawaii, 1993, pp. 518-539.

Rico. Sin embargo, la Administración de Washington lo rechaza por el temor a que el cambio del *statu quo* de la isla conlleve la limitación de las maniobras de su ejército para controlar el Pacífico norte, tal como le ocurrió con la suscripción de los Acuerdos de Libre Asociación (*The Compact of Free Association* —COFA—) con los Estados Federados de Micronesia (1986), Marshall (1986) y especialmente con Palaos (1993)³. Para ello se escuda en criterios jurídicos que recuerdan a los tiempos del colonialismo hispánico como evidencia que entre las fuentes de legitimidad del *Organic Act* se mencione el tratado de París de 1898. De alguna manera parece que parte del pensamiento decimonónico español que legítimo el régimen colonial fuera interiorizado por la Administración de Washington al tomar el control de la isla de Guam, y este lo ha ido amoldando a los cambios de la coyuntura internacional para evitar reducir su poder geoestratégico en esta isla. Precisamente, este artículo realiza un recorrido histórico sobre la evolución de la isla de Guam desde que fuera colonizada por los españoles hasta la actualidad, deteniéndose en el trato que le ha proporcionado el Derecho internacional público para comprender cómo aún en el siglo XXI pervive el territorio no autónomo de la isla de Guam y cuáles son los principios que lo sustentan. De este modo, se pretende actualizar la imagen que la sociedad española posee de su antigua excolonia, adentrándonos en su realidad actual e intentando superar esa tendencia este-reotipada de asociarla con aquella isla exótica de ese imperio español donde nunca se ponía el sol⁴.

2. LA COLONIZACIÓN HISPANA: EL FIN DE LA AUTONOMÍA POLÍTICA DE LOS CHAMORROS

El origen del contacto entre el mundo hispánico y Guam se encuentra en el primer viaje de circunnavegación de la tierra de Magallanes-Elcano (1519-1522), del que hoy se conmemora su V Centenario. Esta expedición llegó a esta isla del archipiélago de las Marianas el 6 de marzo de 1521, bautizándolas como la de los Ladrones por el intento de los nativos de robarles una serie de objetos⁵. El éxito de esta empresa reforzó el deseo de la monarquía hispánica de poseer un enclave en Asia para así comerciar con las especias. Para ello firmó con Portugal el tratado de Zaragoza (1529), el cual fijaba el antemeridiano de la línea trazada por el acuerdo de Tordesillas (1494) para repartirse el mercado del Extremo Oriente⁶. De este modo,

³ LEVY, J., *Micronesian Government*, Palikir, Micronesia, National Department of Education, 2008, pp. 73-75.

⁴ MANZANO COSANO, D., «La España del siglo XXI y su relación con la Micronesia: ¿Una relación que va más allá del viejo recuerdo colonial del Imperio donde nunca se ponía el Sol?», *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, vol. 59, 2017, núm. 1, pp. 175-260.

⁵ PIGAFETTA, A., *Primer viaje alrededor del globo (editor Virgilio Ortega)*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986, p. 33.

⁶ CANTILLO, A., *Tratados, Convenios y declaraciones de paz y comercio que han hecho con potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón desde el año 1700 hasta el día*, Madrid, La Alegría, 1843, pp. 537-547.

España ocupó Filipinas y fundó la ruta del Galeón de Manila (1564-1565) para trasladar los bienes asiáticos a los dominios hispánicos a través de sus colonias americanas⁷. La Nao de China, nombre con el que también se conoce a esta ruta, acercó definitivamente a las Marianas al pensamiento ibérico al ser uno de sus puntos de escala. Felipe II intentó ocuparlas mediante la real instrucción del 28 de agosto de 1569⁸. Sin embargo, el proyecto fracasó como consecuencia de sus altos costes. La idea se abandonó hasta que a mediados del siglo XVII el jesuita Diego Luis de San Vitores apeló a la divina providencia de la monarquía hispánica para recuperar el proyecto colonizador. El discurso caló en la reina Mariana de Austria, esposa de Carlos II. Así por la real cédula de 24 de junio de 1665 se activó el engranaje colonial que se materializó con su ocupación en 1668, comenzando una guerra por todo el archipiélago chamorro que concluyó a finales del siglo XVII con la concentración de las fuerzas hispanas en la isla de Guam⁹. Ello podría considerarse el comienzo de la pérdida de la autonomía de los chamorros sobre el control de su territorio. Pues el ordenamiento jurídico del imperio hispánico se impuso en la isla a golpe de fuerza y diplomacia¹⁰. Sin embargo, esta práctica no fue exclusiva de España dado que el resto de los imperios la reprodujeron en los distintos territorios de la Oceanía que se repartieron.

La fundación de las colonias británicas de Nueva Gales del Sur en 1788 acabó con el monopolio colonial de España en el seno del Pacífico, iniciándose un proceso imperialista que avanzó a pasos agigantados con el desarrollo de la revolución industrial¹¹. La reducción de las distancias y la búsqueda de nuevos mercados llevaron a Reino Unido, Francia, Alemania, Holanda, Rusia, Estados Unidos y Japón a acompañar a España en la colonización de los pueblos de la vieja Mar del Sur. Para ello reprodujeron el modelo de Guam de emplear la fuerza y/o diplomacia para que las diferentes comunidades nativas se subordinasen al ordenamiento jurídico de sus imperios. Sin entrar a valorar cuál fue el esquema colonizador más óptimo en la protección de los derechos del indígena, no hay duda de que absolutamente todos los imperios arrebataron a las comunidades colonizadas la independencia y la autonomía de decidir su propio rumbo. Se podría afirmar que en este proceso está el origen de la pérdida de esa soberanía que el actual sistema internacional ha querido redimir tras el fin de la Segunda Guerra Mundial por medio de la

⁷ SCHURZ, W. L., «The Spanish Lake», *The Hispanic American Historical Review*, vol. V, 1922, núm. 2, pp. 181-194; SPATE, O. H. K., *The Spanish Lake: The Pacific since Magellan*, I. Australia, ANU Press, 1979.

⁸ Archivo Histórico Nacional, *Real Instrucción de 28 de agosto de 1569*, Ultramar, legajo 5352-3.1-3.8, expediente 63.

⁹ COELLO DE LA ROSA, A., «Colonialismo y Santidad en las islas Marianas: La sangre de los mártires (1668-1676)», *Hispania Sacra*, vol. 63, 2011, núm. 1, pp. 708-745.

¹⁰ BRUNAL-PERRY, O., «La legislación de Ultramar y la Administración de las Marianas: transiciones y legados», en ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, M. D., FRADERA, J. M. y ALONSO, L. (eds.), *Imperios y naciones en el Pacífico*, I, Madrid, CSIC-AEEP, 2001, pp. 395-407.

¹¹ MATSUDA, M. K., *Pacific Worlds. A History of seas, peoples and cultures*, Nueva York, Cambridge University, 2012.

defensa del derecho de autodeterminación de los pueblos (Resolución 1541 o 2625 de la Organización de las Naciones Unidas —ONU—)¹².

La ausencia de derechos de los pueblos colonizados continuó legitimándose al comienzo de la contemporaneidad. Según los principios dominantes de la sociedad internacional del siglo XIX la subordinación de las comunidades indígenas a los grandes imperios era un requisito indispensable para su progreso. Los científicos decimonónicos repudiaron la divina providencia de España para fundamentar la colonización, pero se apoyaron en los principios del darwinismo social para reproducirla. La Iglesia de los tiempos modernos y la ciencia heredera de la Ilustración parecían ponerse de acuerdo para crear un fundamento ideológico que alienase la voluntad de los nativos en beneficio de los grandes imperios para decidir el futuro político de las tierras que habitaban.

Desde este prisma habría que entender que a finales del siglo XIX el ordenamiento jurídico internacional protegiese a las comunidades nativas bajo el prisma paternal de las potencias. Los nativos eran vistos como una especie de seres pueriles que necesitaban la dirección de los imperios como consecuencia de la aceptación del supremacismo que alentó el darwinismo social. La tez de la piel se asoció a la inteligencia del individuo, asumiendo que las comunidades más atrasadas eran aquellas que presentaban unos pigmentos más oscuros. Así se plasma en la propia división que los geógrafos decimonónicos hicieron de la Oceanía¹³. Estos situaron a Guam en la Micronesia, ya que la piel de sus habitantes no era tan negra como la de los melanesios (más atrasados) ni tan blanca como la de los polinesios (más adelantados). Para ellos todas estas comunidades estaban cercanas al salvajismo como consecuencia de la limitación del intelecto de sus habitantes. De ahí que los Estados liberales europeos los excluyesen del derecho a la participación política de sus imperios, pues entendían que no estaban capacitados para ello.

En este marco, las constituciones españolas decimonónicas (1812, 1834 —Estatuto Real—, 1837, 1845, 1856, 1869, 1873, 1876) no reconocieron el derecho al voto de los chamorros¹⁴. Al respecto debemos de realizar una matización teórica si consideramos a las Marianas como una extensión de las Filipinas. Pues la Constitución de 1812 y el Estatuto Real de 1834 otorgaron a Filipinas representación en las Cortes españolas. Sin embargo, Guam quedó excluida debido al estado marginal de la colonia¹⁵. A su vez, los derechos ad-

¹² ROULAND, R., PIERRÉ-CAPS, S. y POUMARÈDE, J., *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, Madrid, Siglo XXI, 1999, p. 160.

¹³ TCHERKÉZOFF, S., «A long and unfortunate voyage towards the "Invention" of Melanesia/Polynesia distinction 1595-1832», *The Journal of Pacific History*, XXXVIII, 2003, núm. 2, pp. 175-196.

¹⁴ MANZANO COSANO, D., «Filipinas en la Historia del constitucionalismo español y su representación en las Cortes españolas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 106, 2016, núm. 1, pp. 273-302.

¹⁵ CORTE Y RUANO CALDERÓN, F. DE LA, *Memoria descriptiva e Histórica de las Marianas y otras que las rodean, en relación con ellas y su organización actual, con estudios analíticos de todos sus elementos*

quiridos por Filipinas estuvieron propiciados por la tendencia de la Administración española de pensarla como una extensión de las colonias americanas. De este modo, cuando el proceso emancipador americano fue asumido por el Estado hispánico y los españoles redescubrieron Filipinas a mediados del siglo XIX¹⁶, sus habitantes perdieron cualquier tipo de reconocimiento político para participar en las Cortes de Madrid. Pues observaron al nativo filipino carente de esta capacidad como refleja el proyecto de constitución de la Primera República (1873):

«Artículo 44. En África y en Asia posee la República española territorios en que no se han desarrollado todavía suficientemente los organismos políticos, y que, por tanto, se regirán por leyes especiales, destinadas a implantar allí los derechos naturales del hombre y a procurar una educación humana y progresiva»¹⁷.

Si los filipinos eran vistos por los españoles como atrasados, aún más lo estarían los chamorros que fueron conceptualizados cercanos al salvajismo. En este marco, se asumió la necesidad de tutelar el rumbo de la colonia. De este modo, cuando España fue derrotada por Estados Unidos en 1898 cedió la isla de Guam sin tener en cuenta la voluntad de los indígenas. Así Estados Unidos adquirió el pleno control de la ínsula con la evacuación de las tropas españolas de la isla el 1 de febrero de 1899¹⁸. Y al igual que hicieron los españoles en 1668, impondrá su ordenamiento jurídico como plasma la superposición de la lengua inglesa a la chamorra en las escuelas, la prohibición de las procesiones católicas o la expulsión de la comunidad carolina del barrio de María Cristina en 1901 ante su negativa de cumplir las órdenes relativas a la vestimenta¹⁹.

3. GUAM BAJO LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE

3.1. El territorio no incorporado de Estados Unidos

La guerra hispano-americana de 1898 será decisiva para la actual fisionomía de la Micronesia por dos motivos fundamentales.

Primero, porque Guam iniciará un viaje político diferente al resto de los archipiélagos de la Micronesia al integrarse bajo soberanía estadounidense. El resto sufrirán los efectos negativos de los grandes conflictos bélicos de finales del siglo XIX y XX. Pues España ante su debilidad derivada de la guerra hispano-americana de 1898 vendió un año más tarde a Alemania todas sus

físicos, morales y políticos y propuesta de su reforma en todos sus ramos para elevarlos al grado de prosperidad que le corresponden, Madrid, Imprenta Nacional, 1875.

¹⁶ MANZANO COSANO, D., *El Imperio español en Oceanía*, Córdoba, Almuzara, 2020, pp. 95-110.

¹⁷ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyecto. Constitución federal. República española*, 1873, p. 7.

¹⁸ OLIVART, R. DE D., *Colección de los tratados, convenios y documentos*, XI, Madrid, Librería Fernando Fe, 1897-1899, p. 455.

¹⁹ SPENNEMANN, D., *Edge of Empire. The German Colonial period in the Northern Mariana Islands. 1899-1914*, Australia, Retro Spect, 2007, pp. 36 y 327.

posiciones ultramarinas (Carolinas Orientales, Carolinas Occidentales y el resto de las Marianas). De este modo, los germanos se constituyeron en la potencia hegemónica de la Micronesia, estableciendo su epicentro de poder en las islas Marshall (colonizadas en 1885 por el protocolo de Roma) como consecuencia del lucrativo negocio de la copra²⁰. La derrota alemana en la Primera Guerra Mundial originó que Japón se hiciera con el control de todos estos territorios. Sin embargo, los efectos de la Segunda Guerra Mundial provocó el traspaso del poder nipón de estas islas a Estados Unidos con la creación de *Trusteeship Territory of Micronesia* en 1947²¹, convirtiéndose en la única potencia hegemónica en la región.

Segundo, porque la guerra hispano-americana postergará en el tiempo los territorios no incorporados a Estados Unidos como prueba el caso de Guam, Puerto Rico, Marianas del Norte, Islas Vírgenes o Samoa americana.

La aprobación por unanimidad de la llamada *Northwest Ordinance* por parte del Congreso de la Confederación el 13 de julio de 1787 plasma la intención del incipiente gobierno norteamericano de ampliar los límites de la unión²². Este texto les otorgaba legitimidad para la incorporación de un nuevo territorio, disfrutando sus habitantes de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos de la confederación. Así lo prueba la sentencia del juez principal Marshall (*Chief Justice*) de 1820:

«*United States is the name given to our great republic, which is composed of States and territories. The district of Columbia or the west of the Missouri [no se había constituido aún como estado] is not less within the United States than Maryland or Pennsylvania*»²³.

Sin embargo, estos habitantes del territorio a incorporar no participaron plenamente en la vida política hasta convertir a su territorio en un estado, pues solo así podrían votar al presidente de Estados Unidos. Para ello necesitaron una serie de pasos. Primero, que el Congreso de los Estados Unidos crease un *Organic Act* donde expresase su deseo de querer integrar el nuevo territorio dentro de la soberanía estadounidense; segundo, que este territorio se organizase para la creación de una estructura política similar al resto de los Estados de la federación, y tercero, que el Congreso lo aceptase como un nuevo estado.

Tomando como referencia la bandera de Estados Unidos podríamos entender que desde la integración de la decimocuarta estrella (Vermont) hasta

²⁰ *Gaceta de Madrid*, «Protocolo de Roma de 1885», 10 de enero de 1886, núm. 10, pp. 77-78; ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, M.^a D., *España en el Pacífico, España en el Pacífico: la colonia de las islas Carolinas, 1885-1889*, Madrid, CSIC-Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1992, pp. 57-58; POZUELO MASCARAQUE, B., *Presencia y acción españolas en las Islas Marianas (1828-1899)*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid 1997 (Tesis doctoral), p. 826.

²¹ FARELL, D. A., *Tinian. A brief History*, Hawaii, Pacific History Parks, 2012, p. 19.

²² HUBBARD, B. Jr., *American Boundaries: the Nation, the States, the Rectangular Survey*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, pp. 46-47.

²³ 18 U.S. 317 (820) Citado en LEIBOWITZ, A. H., *Defining Status. A comprehensive Analysis of United States Territorial Relations*, Holanda, Dordrecht, 1989 pp. 17-18.

la última (Hawái) los estados han pasado por un proceso de metamorfosis similar al de las mariposas: el *Organic Act* (sería el huevo de la mariposa), el proceso para asumir las estructuras políticas de la federación (la larva) y la constitución como estado de la federación (mariposa). Siguiendo este símil, podríamos considerar que hasta el siglo XIX los huevos del *Organic Act* se habrían convertido muy rápidamente en mariposas. Sin embargo, la guerra hispano-americana de 1898 creó un punto de inflexión porque ralentizó este proceso como consecuencia de la aparición de la doctrina del *Insular Case* de 1901²⁴, que diferencia entre territorios incorporados y no incorporados.

Los territorios incorporados serían aquellas áreas de Estados Unidos que no son estados, pese a tener plena vigencia la constitución americana (ya que se entiende que en el futuro se van a convertir en estados); mientras que en los territorios no incorporados no se aplican todas las cláusulas de la constitución²⁵, al entenderse que este territorio no se va a convertir en un futuro inmediato en un nuevo estado²⁶. Por tanto, sus habitantes no tienen los mismos derechos de los que gozan los ciudadanos estadounidenses como certifica el caso *Balzac-Puerto Rico* de 1922, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos manifestó que no todos los derechos reconocidos en la Constitución de 1787 se aplicaban a los habitantes de los territorios no incorporados²⁷. El origen de esta diferenciación se encuentra en el miedo de Estados Unidos a integrar con plenos poderes a territorios que se hallaban alejados de la cultura anglosajona. Pues asumieron que la incorporación de las antiguas colonias hispánicas ralentizaría su desarrollo al hacer peligrar las bases culturales sobre el que se asienta su modelo de progreso²⁸. De ahí que comiencen a postergarse en el tiempo ese papel transitorio que teóricamente posee la dotación de los *Organic Act*, promulgándolas para Puerto Rico (1901)²⁹, Filipinas (1902)³⁰ y Guam (1950)³¹.

²⁴ MCKIBBEN, L. A., «The Political Relationship between the United States and Pacific Islands Entities: the path to self-government in the Northern Mariana Islands, Palau and Guam», *Harvard International Law Journal*, vol. 31, 1990, núm. 1, pp. 257-293.

²⁵ SOLTERO, C. R., *Latinos and American Law: Landmark Supreme Court Cases*, Austin, TX, University of Texas Press, 2006, pp. 19-34.

²⁶ LEIBOWITZ, A. H., *op. cit.*, pp. 17-27.

²⁷ *Balzac v. Puerto Rico*, 258 U.S. 298, Corte Suprema de los Estados Unidos de 10 de abril de 1922.

²⁸ UNDERWOOD, R. A., «The Changing of the colonial guard: what do the guarded have to say?», *Notas de la Conferencia pronunciada por el Congresista Robert Underwood*, 18 de junio de 1998, Guam, MARC, 1998.

²⁹ *The Foraker Act*, 56-191, 31 Stat. 77, Congreso de los Estados Unidos de 12 de abril de 1900; Library of the Congress of United States, «Foraker Act (Organic Act of 1900)», <https://www.loc.gov/rr/hispanic/1898/foraker.html>.

³⁰ *The Philippine Organic Act*, 1369, 32 Stat. 691, Congreso de los Estados Unidos de 1 de julio de 1902; *Official Gazette (Official Journal of the Republic of the Philippines)*, «The Philippine Organic Act of 1902», <https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/the-philippine-organic-act-of-1902/>.

³¹ *The Organic Act of Guam*, 81-630, H. R. 7273, 64 Stat. 384, Congreso de los Estados Unidos de 1 de agosto de 1950; *Judiciary of Guam*, «The Organic Act of Guam and Related Federal Law affecting the governmental structure of Guam», <http://www.guamcourts.org/CompilerofLaws/GCA/OrganicAct/Organic%20Act.PDF>.

La distancia temporal de estos *Organic Acts* se halla en la herencia de la conceptualización hispánica. Los españoles de finales del siglo XIX establecieron una diferenciación en el progreso de las colonias de ultramar. Los habitantes de las Antillas, arrastrados por el peso de Cuba, tuvieron para los españoles decimonónicos un raciocinio pleno para participar en la toma de las decisiones políticas de la metrópoli (así se observa en la constitución de 1876). Sin embargo, los filipinos y sobre todo los chamorros no estarían capacitados para ello. De alguna manera, se seguía observando al filipino como un adolescente que no había llegado a la mayoría de edad para ser consciente de la realidad. A su vez, el chamorro se visualizaba aún más atrasado que el filipino, de ahí que se limitase su autonomía³². Los Estados Unidos cuando asumieron la administración de las colonias hispanas parecen interiorizar esta conceptualización. Desde ese prisma del darwinismo social que hicieron los grandes imperios del siglo XIX de considerarse una especie de padre para justificar el colonialismo, Cuba sería el hermano mayor de edad que adquiere la independencia bajo la vigilancia paterna de la Enmienda Platt; Puerto Rico y Filipinas serían los adolescentes, de ahí adquieran cierta autonomía (*Organic Act*); y Guam el niño al que no se le da ninguna autonomía porque no estaría preparado para ello.

La subordinación de Guam al Ministerio de la Marina y la negación de la ciudadanía estadounidense a los chamorros durante la primera mitad del siglo XX manifiestan este trato. Es cierto que Estados Unidos dará ciertos guiños de autonomía a la isla como prueba la creación del primer Congreso de Guam durante la gobernación de Roy C. Smith, 1916-1918³³. Sin embargo, su facultad consultiva y la potestad absoluta del gobernador estadounidense plasman el total dominio de la isla de Guam por parte del poder norteamericano.

3.2. El germen del fin del régimen colonial: el *Organic Act*

En septiembre de 1949 el traspaso de los asuntos de Guam de Marina al gobierno civil anunciaba un cambio sustancial en la vida política de la isla. La promulgación del *Organic Act*, la fuente jurídica más importante de la isla tras la constitución de Estados Unidos, evidencia esta transformación. Fue aprobada por el Presidente Truman el 1 de agosto de 1950 tras ser autorizada por el Congreso estadounidense, como prueba su inicio:

«Be it enacted by the Senate and the House of Representative of the United States of America in Congress assembled. That:

This Act may be cited as the "Organic Act of Guam"

Sec. 2. The territory ceded to the United States in accordance with the provisions of the Treaty of Peace between the United States and Spain, signed at Paris,

³² MANZANO COSANO, D., «Filipinas en la Historia del constitucionalismo español y su representación en las Cortes españolas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 106, 2016, núm. 1, pp. 273-302.

³³ CUNNINGHAM, L. J. y BEATY, J. J., *A history of Guam*, Honolulu, The Bess Press, 2001, p. 203.

December 10, 1898, and proclaimed April 11, 1899, and known as the island of Guam in the Marianas Islands, shall continue to be known as Guam»³⁴.

Siguiendo la tendencia de los textos normativos de comenzar el escrito aludiendo a la fuente que le otorga la legitimidad del acto jurídico, el *Organic Act* señala al tratado de París de 1898 acordado por España y Estados Unidos. Resulta curioso que en el contexto del nuevo sistema jurídico internacional que aparece tras la Segunda Guerra Mundial (el cual protege el derecho de los pueblos colonizados a decidir), la potencia estadounidense (cuyo peso es crucial en el nuevo orden internacional que se está creando) dote a los chamorros de un régimen jurídico donde ellos no participan en su elaboración. Mas ello solo hace certificar la consideración de colonia que hasta la fecha había tenido Guam para la comunidad internacional.

El control del territorio de Guam estaba en España hasta la celebración de tratado de París de 1898. Tras ello, Estados Unidos lo heredó y marginó a los chamorros en la toma de decisiones políticas de su isla. Washington la percibió como una isla geoestratégica para dominar el Pacífico norte. La observaba como una especie de barco. De ahí que fuera integrada durante toda la primera mitad del siglo xx dentro del departamento de Marina. Los derechos civiles de los nativos eran relegados a un segundo plano como plasma que se les negase la ciudadanía estadounidense. Esta visión colonial estaba legitimada por esa concepción pueril con la que la sociedad internacional observaba al conjunto de la Micronesia (así se manifiesta en la aprobación de la Sociedad de Naciones del mandato C de Japón en las islas del Pacífico en 1922)³⁵. Sin embargo, en 1950 se va a producir un punto de inflexión en la relación de Estados Unidos con la isla como consecuencia del cambio del nuevo sistema internacional que surge tras la Segunda Guerra Mundial, el cual camina hacia la descolonización.

El nuevo sistema internacional asumió el derecho de los pueblos colonizados a ser consultados para expresar libremente su opinión sobre cómo debían organizarse políticamente y económicamente³⁶, aunque a la vez reconoció la dificultad de los mismos de ejercer estos derechos por la limitación de sus recursos. En este sentido, permitió la continuidad de las estructuras políticas coloniales hasta que alcanzasen la plenitud del gobierno propio. Por consiguiente, en este periodo de transición se permite a las potencias la administración de estos territorios para ayudarlos a ejercer su soberanía en un futuro próximo. El sistema internacional los clasificó en dos categorías atendiendo a criterios eminentemente políticos: los territorios no autónomos (colonias de las potencias vencedoras o Estados no enemigos) y los territorios de administración fiduciaria (colonias de los Estados vencidos en la Segun-

³⁴ *The Organic Act of Guam*, 81-630, H. R. 7273, 64 Stat. 384, Congreso de los Estados Unidos de 1 de agosto de 1950.

³⁵ MARK, R., *Nan'yō: The Rise and Fall of the Japanese in Micronesia, 1885-1945*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1988, pp. 60-61.

³⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El uso de la fuerza y el Derecho internacional después de la descolonización*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1988, p. 199.

da Guerra Mundial). Guam se integró en el primer grupo³⁷, de ahí que no estuviera sometido a un sistema de administración controlado por las Naciones Unidas, tal como especifican los Capítulos XII y XIII de su Carta para el caso de los territorios fideicomisos. La normativa internacional no describe ningún tipo de organismo encargado de supervisar la gestión de las potencias administradoras en los territorios no autónomos. Empero, el gobierno de Washington concedió a Guam su *Organic Act* para dar la apariencia al sistema internacional de que la isla estaba caminando hacia la plenitud del gobierno propio.

Siguiendo el símil de las teorías del desarrollo que aludimos anteriormente, este acto de alguna dejaba atrás esa visión pueril que hasta la fecha las potencias colonizadoras habían tenido en Guam. Estados Unidos comenzaba a tratarla como ese adolescente que alcanzaba una mayor autonomía (*Organic Act*) pero que necesitaría aún la tutela paterna (plasmada en la Sección 3.^a del mencionado texto normativo). En él se define a Guam como un territorio no incorporado a Estados Unidos (por lo que implícitamente se acepta la constitución estadounidense como la norma suprema de su ordenamiento jurídico)³⁸ y se detalla la subordinación de toda norma que emane de los poderes de Guam a Washington:

«Sec. 3. [...] *The government of Guam shall consist of three branches, executive, legislative and judicial, and its relations with the Federal Government shall be under the general administrative supervision of the head of such civilian department or agency of the Government of the United States as the President, may direct*»³⁹.

La promulgación del *Organic Act* supuso un punto de inflexión en el avance de los derechos políticos de los habitantes de Guam porque creó la actual y única cámara legislativa de la isla. A la Legislatura llegaron en su origen 21 senadores (actualmente su número se ha reducido a 15) con el propósito de hacer progresar la isla desde sus entrañas. Sin embargo, a efectos prácticos no transformó la conceptualización estadounidense que recordaba a los tiempos del colonialismo⁴⁰. Pues las normas que eran aprobadas por la cámara legislativa de Guam debían de ser autorizada en primera instancia por el gobernador (designado hasta los años sesenta por el ejecutivo de Washington) y en última por las autoridades de Estados Unidos. Aun así, el *Organic Act* de 1950 tuvo una gran importancia para el futuro jurídico de la isla porque Estados Unidos definió la relación que actualmente tiene con la isla y siembra la semilla para su futura autodeterminación, especificando qué población tiene este derecho y bajo qué estructura política se debería de desarrollar.

³⁷ 66 (I), Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1946.

³⁸ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Teoría pura del Derecho)*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1934.

³⁹ *The Organic Act of Guam*, 81-630, H. R. 7273, 64 Stat. 384, Congreso de los Estados Unidos de 1 de agosto de 1950.

⁴⁰ UNDERWOOD, R. A., «Micronesian political structures and US models: lessons taught and lessons learned», *The Journal of Pacific Studies*, vol. 29, 2006, núm. 1, p. 7.

Habría que cuestionarse por qué Washington aprobó este texto si no hubo un cambio sustancial en la definición de la soberanía de la isla. La respuesta se encuentra en el cambio de la coyuntura internacional. La derrota de Japón en la Segunda Guerra Mundial fue aprovechada por Estados Unidos para convertir el Pacífico norte en una especie de *American Lake*⁴¹, ya que por la Resolución de 2 de abril de 1947 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas otorgó a Estados Unidos la administración de los *Trust Territories of the Pacific Islands*, es decir, el área que había formado parte del Mandato C de Japón en la Micronesia. Al situarse bajo la órbita americana sus seis distritos originarios (Marianas del Norte, Palaos, Yap, Pohnpei, Chuuk y Marshalls), Estados Unidos vio satisfecha su aspiración de alejar a las potencias enemigas de su zona de interés en el Pacífico⁴². Sin embargo, la presión de la URSS fue clave para alejar de los *Trust Territories of the Pacific* la proyección de propiedad que Japón había hecho hasta la fecha del área. Pues la soberanía del territorio descansó de forma exclusiva en la población nativa como se observa en el art. 9 del acuerdo del *Trusteeship Agreement*⁴³. Sin embargo, ante la falta de recursos de los oriundos se le permitía a Estados Unidos administrar de forma transitoria el territorio, tutelando así los asuntos relacionados con la seguridad exterior.

Así desde el comienzo de su administración potenció las municipalidades para que sus habitantes eligieran a sus representantes y fomentó la división tripartita del poder «occidental» en pos de la creación de sus propias cámaras legislativas⁴⁴. En este marco de desarrollo de los derechos políticos de la Micronesia parece comprensible que los habitantes de la vecina isla estadounidense de Guam clamasen por tener un trato similar. De ahí que a finales de los años cuarenta los chamorros redoblasen su esfuerzo para acabar con el trato colonial que en la práctica le estaba otorgando Estados Unidos⁴⁵. Fruto de esta presión surgió un contexto para iniciar el camino de la autogestión de los habitantes de la Micronesia, promulgándose así *Organic Act* de 1950.

3.3. El problema del fin del territorio no autónomo

La promulgación del *Organic Act* dotó a Guam de una estructura política propia de los Estados democráticos, caracterizada por la supeditación del

⁴¹ UNDERWOOD, R. A., «The Amended US Compact of Free Association with the Federated States of Micronesia and the Republic of the Marshall Islands: Less Free, More Compact», *Pacific Island Development Series*, East West Center, Working Papers, 2003, p. 16.

⁴² HIGUCHI, W., «A history of Prewar Japanese Residents of Guam», en CARTER, L. D., WUERCH, W. y CARTER, R. R. (eds.), *Guam History: Perspectives*, University of Guam, t. 1, 1997, pp. 141-180.

⁴³ HILLS, H. L., «Compact of Free Association for Micronesia: Constitutional and International Law Issues», *International Lawyer Simposio Free Association for Micronesia*, vol. 18, 1984, núm. 3, pp. 583-608 (esp. p. 595).

⁴⁴ DAVIS, J. E. y HART, D., *Government of Palau, a nation that honors its traditions*, Koror, Ministerio de Educación de Palaos, 2002, p. 51.

⁴⁵ COULTER COGAN, D., *We fought the Navy and Won. Guam's quest for Democracy*, Honolulu, University of Hawaii, 2008.

ejecutivo al legislativo. Desde 1950 el legislativo fue elegido por sus habitantes, mientras que el ejecutivo continuó siendo nombrado por Washington (ya que designaba directamente a su gobernador). La ausencia de una representatividad efectiva del pueblo chamorro en la toma de decisiones políticas de la isla junto a la corriente democratizadora que estaba protagonizando Estados Unidos en Micronesia condujeron a los oriundos a defender su derecho a elegir a su gobernador. Mas esta petición en un primer momento no fue escuchada, como advierte la procedencia de los apellidos de los gobernadores que se suceden tras el *Organic Act*: Carlton Skinner, Ford Q. Elvidge, Richard Barrett Lowe.

La designación del Gobernador Joseph Flores en 1960 creó un punto de inflexión. Ya que después de casi tres siglos (desde 1668, con la colonización hispánica) la isla volvía a tener como máximo representante a un chamorro. De nuevo el apellido de los sucesores del Gobernador Flores (William P. Daniel, Manuel F. L. Guerrero, Carlos G. Camacho, Ricardo Bordallo, etc.)⁴⁶ evidencia dos fenómenos cruciales que han sido una constante en la vida política de Guam desde la promulgación del *Organic Act* hasta la actualidad: el poder manifiesto y soberano de Estados Unidos en la isla (representado por el Gobernador texano Daniel); y la progresiva cesión de poder a los chamorros para que estos puedan definir su autodeterminación bajo la influencia de Estados Unidos. Tras la designación de Guerrero todos los gobernadores han sido oriundos de la isla. En este cambio fue crucial el devenir de los *Trust Territories* ante el deseo del gobierno americano de agilizar la democratización de la región. Lo hizo movido por la presión del sistema internacional que a finales del año 1960 exaltó el principio de la autodeterminación y el fin de la era colonizadora. Así lo prueban las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 1514 (1960), 1541 (1960) y 1654 (1961), las cuales crearon el Comité de Descolonización⁴⁷.

El asentimiento de la capitalidad de los *Trust Territory* en Guam (1951-1962)⁴⁸ advierte la relación estrecha que existió entre ambas entidades políticas, las cuales fueron conceptualizadas por la Administración estadounidense de forma dispar. Guam era considerada parte de su territorio por lo que su soberanía permanecería en su seno. Mientras la soberanía de los *Trust Territory* residiría en sus habitantes. Por esta diferenciación Estados Unidos se mostró más flexible a la hora de ceder derechos a los habitantes de los territorios fideicomisos, ya que era consciente de la presión del sistema internacional por el compromiso adquirido en 1947 de tutelar su soberanía. En este contexto, Estados Unidos redactó en 1963 el llamado informe Salomón que intentaba frenar las críticas internacionales ante la falta de desarrollo de los *Trust Te-*

⁴⁶ CUNNINGHAM, L. J. y BEATY, J. J., *A history of Guam*, Honolulu, The Bess Press, 2001, p. 301.

⁴⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La subjetividad internacional (II): La personalidad internacional de otros sujetos», en Díez de Velasco, M. (ed.), *Instituciones de derecho internacional público*, 18.ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, pp. 298-323.

⁴⁸ WILLENS, H. P. y SIEMER, D. C., *An Honorable Accord. The covenant between the Northern Marianas Island and United States*, Honolulu, University of Hawaii, 2002, p. 13.

rritories. Su autor, Anthony Salomón, señalaba la necesidad de incrementar la inversión y fomentar la formación de una clase política local que liderasen la celebración de los referéndums de autodeterminación⁴⁹. Empero, Estados Unidos no sintió esa presión en Guam porque el sistema internacional había asumido que era parte su territorio. Por tanto, inmiscuirse en los asuntos de la isla significaría inmiscuirse en los asuntos de soberanía estadounidense, y ello sería motivo de generar una disputa internacional por un área que no era esencial en la geopolítica del resto de las potencias.

Pese a este trato diferenciador ambas entidades políticas se influenciaron mutuamente. Así, por ejemplo, el derecho a la autodeterminación que quería fomentar Estados Unidos en los *Trust Territory* con la formación de *The Future Political Status Commission* fue exportado a Guam en 1969 cuando su población se negó en referéndum a unirse a las Marianas del Norte por las secuelas que allí dejaron los japoneses en la Segunda Guerra Mundial⁵⁰. El deseo de potenciar la participación de los líderes locales en el área de la Micronesia fue decisivo para que Estados Unidos permitiese a los chamorros elegir a su propio gobernador desde 1970⁵¹. Por su parte, el modelo del *Organic Act* de 1950 lo exportó a los *Trust Territory* como manifiesta la constitución del Congreso de la Micronesia de 1965, pues como ocurriera en Guam fue Washington quien creó una cámara legislativa para que los micronesios desarrollen sus propias medidas políticas bajo la supervisión estadounidense.

La cesión de Estados Unidos de los puestos públicos a los líderes locales de Guam se contrapone con su negativa tajante a dotar a la isla de representación en su cámara soberana en Washington. De esta manera, con la formación del Congreso de la Micronesia se redoblaron las movilizaciones de los chamorros para reclamar este derecho⁵². Estas tienen un gran valor para comprender la consolidación del deseo de los habitantes de Guam de integrar su soberanía dentro de la estructura administrativa americana. Los *Guamanian* asumieron en los años sesenta la conceptualización estadounidense de considerar a su isla como parte del territorio americano. De ahí que aceptasen la constitución estadounidense como la fuente principal de Derecho y al Congreso de Washington como su cámara soberana. A diferencia de los *Trust Territories*, apartaron la cuestión de la autodeterminación del foco del debate. El logro de la ansiada ciudadanía otorgada por el *Organic Act* y los fondos que recibían de Washington situaron en un plano absolutamente marginal esta cuestión. Sin embargo, Estados Unidos se negaba a aceptar la petición de Guam de participar en su cámara soberana porque temía reducir

⁴⁹ DIBBLIN, J., *U.S. Nuclear Testing and the Pacific Islander. Day of two suns*, Nueva York, 1990, pp. 170-174.

⁵⁰ LEIBOWITZ, A. H., *op. cit.*, p. 324.

⁵¹ *Public Law 90-497*, TROUTMAN, C. H. (comp.), *The Organic Act of Guam and Related Federal Laws affectin the governmental structure of Guam (Through June 11, 2001)*, Guam, University of Guam, 2001, pp. 31-32.

⁵² TAITANO, C., «Guam: the struggle for civil and political rights», *Politics in Micronesia*, Suva, University of the South Pacific, 1983, p. 137.

su control militar, de ahí que limitase los derechos de participación política de los chamorros en los órganos de representación estatal⁵³. Esta perspectiva se transformará en 1972 como consecuencia de los cambios en la geopolítica del Pacífico.

La Administración Nixon buscó en la Micronesia un área para reubicar al ejército estadounidense en Okinawa, dado la intención de Japón de recuperar la isla y la negativa de los Estados asiáticos a aceptar a las tropas estadounidenses asentadas allí. Con el proceso de la autodeterminación de los *Trust Territory* estancado por la desavenencia entre Estados Unidos y el Congreso de la Micronesia, Washington dio un golpe de efecto para consolidar su presencia militar en la región. Permitió la disgregación de los distritos de los *Trust Territory* para negociar con las Marianas del Norte su integración en Estados Unidos bajo la figura de la Commonwealth⁵⁴; y por otro lado, aprobó las demandas de Guam de tener representación en el Congreso de Washington por medio de la *Public Law 92-271*, de 10 de abril⁵⁵. Sin embargo, lo hizo a medias porque ese representante tendría poder de voz, pero no de voto.

El acto es significativo para la definición de la autodeterminación de Guam porque por primera vez las partes aceptan de forma manifiesta cuál es la relación entre la isla y Estados Unidos. Los habitantes de Guam, a través de las leyes que emanan de la Legislatura que ellos eligen, muestran su voluntad de aceptar la soberanía estadounidense. Y como ciudadanos estadounidenses quieren participar en la toma de decisiones de su estado en el Congreso de Washington. Por su parte, Estados Unidos por medio de esta *Public Law* respalda el deseo de Guam. Sin embargo, no le otorga los mismos poderes de representación respecto a los territorios incorporados. Pese a esta limitación, el envío del delegado de Guam a Washington es considerado todo un logro en la isla. Aun así, Guam se siente agraviado con respecto a los territorios fideicomisos vecinos (*Trust Territory*) donde avanzaba más rápidamente el proceso local de empoderamiento. De este modo, presionaron a Estados Unidos para conseguir un trato similar. Lo hicieron sobre todo a finales de los años sesenta por dos motivos fundamentales: primero, por el trato discriminatorio que ellos consideran que han sufrido con respecto a las vecinas Marianas del Norte; y segundo, por la política que la Administración Carter establece en la Micronesia.

Las Marianas del Norte por el referéndum celebrado el 17 de junio de 1975 aprobó su deseo de integrarse dentro de Estados Unidos bajo la figura polí-

⁵³ UNDERWOOD, R. A., «The Changing of the colonial guard: what do the guarded have to say?», *Notas de la Conferencia pronunciada por el Congresista Robert Underwood*, 18 de junio de 1998, Guam, MARC, 1998.

⁵⁴ La aprobación de las Marianas lo aprueba en referéndum el 17 de junio de 1975, y tras aceptarlo el Congreso estadounidense, Marianas se convierte en Commonwealth por la *Public Law 94-241* firmada por Gerald Ford el 24 de marzo de 1975; McPHETRES, S. F., *Self Government and citizenship in the Commonwealth of the Northern Mariana Island U.S.A.*, Saipan, CNMI Public School System, 1997, p. 6.

⁵⁵ GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE, «Public Law 92-270-APR», Congreso de los Estados Unidos de América, 6 de abril de 1972, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-86/pdf/STATUTE-86-Pg118-2.pdf>.

tica de la Commonwealth. Esta voluntad fue ratificada por Estados Unidos con la promulgación de la *Public Law* 94-241, firmada por el Presidente Ford el 24 de marzo de 1976⁵⁶. Por consiguiente, las Marianas del Norte habían necesitado menos de un lustro para ver cómo su deseo de ser parte del territorio de Estados Unidos era aceptado por esta nación. Por su parte, Guam llevaba desde 1899 bajo el control de Estados Unidos. Ambas partes habían aceptado de forma implícita la soberanía estadounidense en la isla; sin embargo, aún estaba en un limbo saber qué estructura política tendría la relación de ambos. Esta política comparativa entre las entidades políticas de las Marianas (Guam y Marianas del Norte) conducirá a los chamorros a la movilización hacia la autodeterminación por sentirse agraviados.

Por otro lado, el camino de la autodeterminación de los *Trust Territory* se agilizó con la llegada al poder del Presidente Carter a finales de los setenta. Este se propuso acabar con la administración fideicomisaria en la Micronesia antes de que terminase su mandato en 1981⁵⁷. Para ello ideó un modelo caracterizado por los siguientes pasos: 1) necesidad de diseñar una constitución por parte de los poderes nativos; 2) aprobación de esa constitución por parte de la población, y 3) creación de un plebiscito para definir su estatus internacional para hacer efectivo el mandato internacional de acabar con el régimen colonial.

De esta manera, las entidades de la Micronesia que no habían ejercido su autodeterminación a finales de los años sesenta (Palaos, Marshall y los futuros Estados Federados de Micronesia) iniciaron su andadura hasta este derecho concretado en la Libre Asociación con Estados Unidos (*The Compacts of Free Association, COFA*)⁵⁸. Guam se vio influenciado por esta ola de democratización, aunque en su caso su objetivo fue diametralmente distinto. Pues no buscaron definir su soberanía (ya que la habían integrado en Estados Unidos con el envío de su representante a Washington), sino más bien concretar cuál era su relación. Así lo prueba el referéndum celebrado el 4 de septiembre de 1976 donde el 58 por 100 de los habitantes de Guam se mostraron a favor de desarrollar el *statu quo*, 24 por 100 crear un estado dentro de Estados Unidos (*Statehood*), 9 por 100 mantener el estatus y solo un 3 por 100 se inclinó por la independencia⁵⁹.

Los debates enmarcados en la autodeterminación adquirieron un gran protagonismo a finales de los años setenta, pues en este contexto se presionó a Estados Unidos para que permitiese a Guam su anhelada definición política. Siguiendo el modelo diseñado por los americanos en Micronesia, Guam persiguió

⁵⁶ MCPHETRES, S. F., *op. cit.*, p. 61.

⁵⁷ MASON, L., «A Marshallese Nation emerges from the Political Fragmentation of American Micronesia», *Pacific History*, vol. 13, 1989, núm. 1, pp. 1-46.

⁵⁸ ARMSTRONG, A. J., «The emergence of the Micronesians into the International Community: a Study of the creation of a new international entity», *Brooklyn Journal of International Law*, V, 1979, núm. 2, pp. 207-261; LEVY, J., *Micronesian Government: yesterday, today and tomorrow. A Micronesian Civics Textbooks*, Pohnpei, EFM, 2008, pp. 228-235.

⁵⁹ ROGERS, R. F., *Destiny's Landfall, a History of Guam*, Honolulu, University of Hawaii, 1995, p. 262.

dotarse de una constitución porque era la herramienta necesaria para celebrar un referéndum de autodeterminación oficial cuyos resultados fuesen aceptados por Washington. Y lo fue así porque Estados Unidos conceptualizó esta herramienta como el tránsito de la adolescencia de un pueblo a la madurez.

Dado que la soberanía de Guam descansa en última instancia en el Congreso de los Estados Unidos, la Legislatura de Guam solicitó su consentimiento para iniciar el proceso constituyente. Washington lo aprobó por la Ley Pública 94-584 (21 de octubre de 1976), de ahí que se formase en Guam una convención para la redacción de la futura constitución. Su texto fue aprobado por el Congreso de los Estados Unidos en 1977, por lo que Guam se preparó para celebrar este referéndum constitucional que tendría lugar el 4 de agosto de 1979. La postergación en el tiempo y la instrumentalización que hicieron los partidos políticos de su texto dio alas a los sectores que visualizaron esta constitución como un nuevo *Organic Act* impuesto por Estados Unidos. El lema del grupo político «Para Pada» (Paren de abofetear a los chamorros) ganó fuerza. De esta manera, los pocos habitantes que acudieron a votar (48 por 100 del electorado) rechazaron la Constitución (82 por 100). El resultado mostró al gobierno de Washington que la isla de Guam seguía una tendencia diferente al resto de la Micronesia en el sentido de que no aprobarían su propia constitución hasta que no hubieran resuelto la cuestión de la autodeterminación. En parte porque los nativos temían que la aprobación del texto constitucional fuese interpretada por la comunidad internacional como un acto de autodeterminación y, de este modo, finalizaría los derechos que les otorga la consideración de ser un pueblo colonizado. Hasta dicha fecha la relación directa entre los chamorros y los interlocutores internacionales había sido casi inexistente como consecuencia de la influencia de Estados Unidos, quien se había esforzado de apartar el tema de Guam de la ONU. Sin embargo, en los años ochenta esta relación se estrechó como consecuencia del activismo del OPIR (*Organization of People for Indigenous Rights*), quienes consiguieron establecer reuniones con diferentes representantes internacionales, en especial con los miembros del Comité de Descolonización.

El tema de la autodeterminación copó el protagonismo de la vida política de Guam durante toda la década de los años ochenta. De hecho, en 1980 su Legislatura creó una comisión al respecto. Fruto de ello se celebró una consulta popular en enero de 1982, acudiendo a votar el 37 por 100 de los electores. La baja participación se achacó a la confusión sobre las opciones del estatus político existentes en la papeleta. De ahí que se celebrase una segunda vuelta en septiembre de ese mismo año con las dos opciones más votadas en enero: Commonwealth y Estatalidad. En esta ocasión acudió a las urnas el 81 por 100 de los votantes, quienes se inclinaron de forma abrumadora por la Commonwealth (72 por 100)⁶⁰.

⁶⁰ ADA, J. y BETTIS, B., «The Quest for Commonwealth, the Quest for Change», *Kumalemtem Puli-tikát: Siñenten i Chamorro. Issues in Guam's Political Development: The Chamorro Perspective*, Guam, Political Status Education Coordinating Commission, 1996, pp. 162-202.

Los resultados evidenciaron el deseo de Guam de integrarse dentro de las estructuras de Estados Unidos, pero también la complejidad del asunto del fin del estatus colonial porque este dependía de la voluntad soberana de la potencia administradora de aceptar esta relación. En un principio, Estados Unidos se mostró favorable. De hecho, instaron a las autoridades de Guam a diseñar un borrador que definiese esa Commonwealth para que posteriormente fuese discutido entre las partes. Tras varias reformas, se presentó en Guam ese proyecto de ley de Commonwealth. Cada uno de sus capítulos se sometió a votación popular en agosto de 1987, rechazándose el art. 1 (relación Estados Unidos-Guam y derechos de chamorros) y al art. 7 (inmigración). Estos se reformularon y finalmente se aprobaron en un nuevo referéndum celebrado en noviembre de ese mismo año⁶¹. Al año siguiente, este *Guam Commonwealth Act* se presentó en el Congreso de los Estados Unidos. Sin embargo, su tramitación se paralizó por la negativa de los activistas chamorros de ceder al gobierno federal la potestad de realizar cambios en la normativa de la ley. En este contexto, que coincide con el acercamiento de la Micronesia a la opinión pública internacional como consecuencia de la suscripción de los COFA, los líderes de Guam intensificaron las reuniones con los representantes de los organismos internacionales. En 1990 lograron introducir en la agenda de la Asamblea de Naciones Unidas una resolución donde se interpretase el *Guam Commonwealth Act* como un instrumento de autodeterminación de los chamorros. Con ello pretendían que la comunidad internacional presionase a Estados Unidos para que aprobase la Commonwealth y así concluir su misión de acabar con el estatus de pueblo colonial de Guam. Sin embargo, esta resolución finalmente salió de la agenda al aceptarse la argumentación estadounidense de que el acto de la aprobación de la Commonwealth era un asunto interno⁶².

Constituidos los estados de la Micronesia como miembros soberanos de la Asamblea General de Naciones Unidas (Estados Federados de Micronesia y Marshall en 1990; Palaos en 1994), el debate de la autodeterminación fue perdiendo fuerza en Guam. Sin embargo, el tema aún continúa en la agenda política de la isla como prueba que en agosto de 1997 se formase una nueva comisión para la descolonización de la isla. La ausencia de la celebración de un referéndum efectivo por falta de fondos y el protagonismo que ha adquirido la cuestión del derecho a voto en este futuro plebiscito frente al propio asunto de definir la autodeterminación, ha provocado que este tema se encuentre en una situación marginal dentro de las conversaciones de los isleños (a diferencia de otros puntos del Pacífico como Nueva Caledonia)⁶³. Recientemente, el camino de la autodeterminación ha sufrido un freno debido al debate que ha surgido sobre quién tiene el derecho a votar en Guam. Siguiendo la doctrina que marcó la primera comisión de autodeterminación constituida

⁶¹ ROGERS, R. F., *op. cit.*, pp. 245-290.

⁶² ADA, J. y BETTIS, B., *op. cit.*, p. 201.

⁶³ CHAPPELL, D., *The Kanak awakening. The rise of Nationalism in New Caledonia*, Honolulu, University of Hawaii, 2013.

en 1980, en este proceso solo se preveía la votación de los chamorros, es decir, «*all those born on Guam before August 1, 1950*» (extendiéndose esta consideración que emana del *Organic Act* a los descendientes de los habitantes de la isla en 1898). De este modo, más de la mitad de la población actual de la isla, los *Guaminians*, tendrían vetado el derecho a voto. Sin embargo, el ciudadano Arnold Davis denunció este trato a su juicio discriminatorio en 2011, dándole la razón los tribunales, los cuales han prohibido en julio de 2019 la celebración del referéndum hasta que se clarifique la cuestión⁶⁴. Precisamente ese mismo año el Comité de Descolonización abordó el asunto de la autodeterminación de Guam como consecuencia del incremento de la atención internacional hacia las islas del Pacífico gracias al referéndum de Nueva Caledonia. Para conseguir resolver esta problemática internacional este organismo emitió una resolución abordando la cuestión de los territorios no autónomos. En relación a Guam se recuerda los principios del sistema internacional de proteger los derechos de los pueblos colonizados, pero no se efectúa ninguna medida concreta⁶⁵. La razón de ello habría que buscarla en la complejidad del asunto de esta isla, puesto que el Derecho internacional se entremezcla con el Derecho interno de un estado. Ya que el camino hacia la autodeterminación que han elegido los chamorros (Commonwealth) solo se materializaría con la expresión soberana de la nación estadounidense de aceptar esta relación, como ya hiciera en 1975 con las vecinas Marianas del Norte. De este modo, si tenemos en cuenta la predisposición mostrada por Washington de reducir su presencia en la Micronesia⁶⁶, así como su tendencia a ralentizar la cuestión de la autodeterminación de Guam, se podría augurar que el estatus de territorio no autónomo de esta isla no se va a modificar a corto plazo.

4. CONCLUSIONES

Los chamorros son considerados por el actual sistema internacional como un pueblo colonial debido al estatus de territorio no autónomo de la isla de Guam. Su origen está relacionado con el imperio ultramarino español puesto que la monarquía de Carlos II comenzó la colonización de las Marianas a mediados del siglo XVII. Desde ese momento hasta la actualidad, Guam ha sido administrada por una potencia internacional. Primero lo hizo España desde 1668 hasta 1899 y posteriormente Estados Unidos. España trató a la isla como una posesión para satisfacer sus intereses comerciales y políticos como consecuencia del contexto internacional de la época. De ahí que apar-

⁶⁴ LIMTIACO, S., «Governor AG to discuss next steps for decolonization», *The Pacific Day News*, 6 de agosto de 2019, p. 9.

⁶⁵ COMITÉ ESPECIAL DE DESCOLONIZACIÓN, *Special Decolonization Committee Approves Draft Resolutions on 8 Non-Self-Governing Territories, Also Considers Status of French Polynesia, New Caledonia*, 27 de junio de 2019, <https://www.un.org/press/en/2019/gacol3339.doc.htm>.

⁶⁶ YI MA, W., *To Maxime Sources of foreign aid in the Federated States of Micronesia: Understanding the Donor Countries*, Guam, University of Guam, 2011, p. 20.

tase a los habitantes de las Marianas de la participación política del imperio, incluso durante el siglo XIX, donde se exaltaron los principios del liberalismo. De este modo, ninguna constitución decimonónica reconoció de forma directa el derecho a voto de los chamorros como consecuencia de los fundamentos del darwinismo social. Estas tesis fueron heredadas por la administración estadounidense cuando ocupó Guam, ya que asumieron la visión paternalista que los españoles decimonónicos proyectaron sobre sus colonias ultramarinas. A su vez desarrollaron la doctrina jurídica del *Insular Case* (1901) ante su reticencia de admitir con plenitud de derechos a los habitantes de las excolonias hispánicas. De este modo, Guam se integró en Estados Unidos como un territorio no incorporado, permitiendo a esta potencia apuntalar el régimen colonial. Sin embargo, el modelo ideado tuvo que redefinirlo tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. El nuevo orden internacional reconoció el derecho de soberanía de los pueblos colonizados, de ahí que instase a las potencias administradoras de los territorios no autónomos a acabar con las estructuras coloniales. En este sentido, Estados Unidos promulgó el *Organic Act* en 1950 para ampliar los derechos de los chamorros y dar la apariencia internacional de que el gobierno de Guam caminaba hacia la descolonización. Sin embargo, la elección de Washington del gobernador de la isla hasta 1970, su constante negativa a dotar de una participación efectiva a Guam en la cámara soberana estadounidense unido a los obstáculos para que la isla se convirtiese en estado libre asociado (Commonwealth), advierten la presencia de estructuras políticas que recuerdan al tiempo del colonialismo. No en vano, ninguna de sus principales fuentes jurídicas (Constitución de 1787 y *Organic Act* de 1950, cuya fuente de legitimidad se asienta en el tratado de París de 1898) ha emanado de la voluntad de los chamorros.

Todo ello podría hacer pensar que Estados Unidos no está cumpliendo los acuerdos internacionales para permitir al pueblo chamorro expresar su autodeterminación y acabar con el régimen colonial. Sin embargo, habría que refutar esta hipótesis si se atiende a la tendencia de Estados Unidos de consentir la celebración de referéndums para que los chamorros definan su soberanía (1969, 1976, 1979, 1982, 1987). El problema del fin del estatus colonial de Guam se encuentra en la opción de autodeterminación elegida por este pueblo (Commonwealth), la cual está relacionada con el ejercicio soberano de la potencia administradora. De este modo, el fin del estatus de territorio no autónomo de Guam se halla estancado porque Estados Unidos es reticente a la aceptación de la Commonwealth y los chamorros no buscan una vía de autodeterminación alternativa debido a los beneficios económicos y sociales que les ofrece la ciudadanía estadounidense.

EL NUEVO MARCO EUROPEO SOBRE NOTIFICACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO: HACIA UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO DIGITALIZADO

Nuria MARCHAL ESCALONA*

RESUMEN

EL NUEVO MARCO EUROPEO SOBRE NOTIFICACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO: HACIA UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO DIGITALIZADO

La pandemia de covid-19 ha puesto de relieve la necesidad de contar con un sistema judicial moderno y digital. Las herramientas digitales pueden mejorar el funcionamiento de los procedimientos judiciales, en particular los transfronterizos. El nuevo Derecho europeo, contenido en los Reglamentos 2020/1783 y 2020/1784, ha supuesto la acogida a nivel regional de la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la obtención de pruebas y notificación y traslado de documentos entre Estados miembros. Este estudio analiza, por una parte, el impacto de las nuevas tecnologías en el espacio judicial europeo para la obtención de pruebas y el traslado de documentos; y, por otra, las modificaciones que el legislador europeo ha incorporado respecto de la normativa existente.

Palabras clave: espacio judicial europeo, obtención de pruebas entre Estados miembros, notificación de documentos entre Estados miembros, nuevas tecnologías.

ABSTRACT

THE NEW EUROPEAN FRAMEWORK ON THE SERVICE AND TAKING OF EVIDENCE ABROAD: TOWARDS A DIGITALIZED EUROPEAN JUDICIAL AREA

The covid-19 pandemic has highlighted the need for a modern, digital judicial system. Digital tools can improve the functioning of judicial proceedings, in particular cross-border proceedings. The new European law, contained in Regulations 2020/1783 and 2020/1784, has led to the adoption at a regional level of the use of new technologies in the field of taking evidence and the service of documents between Member States. This study analyses, on the one hand, the impact of new technologies in the European judicial area for the taking of evidence and the service of documents and, on the other hand, the modifications that the European legislator has made to the existing rules.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Granada (nmarchal@ugr.es). Todas las páginas web mencionadas en el estudio han sido consultadas el 20 de enero de 2022.

Keywords: European judicial area, taking of evidence between Member States, service of documents between Member States, new technologies.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. HACIA UN MARCO JURÍDICO MÁS EFICIENTE EN EL ÁMBITO JUDICIAL EUROPEO.—2.1. El principio «digital por defecto» y las garantías establecidas.—2.2. La transmisión directa entre organismos competentes a través del sistema informático descentralizado.—2.2.1. El proceso para obtener pruebas en otro Estado miembro.—2.2.2. El proceso de notificación de documentos a otro Estado miembro.—3. LAS NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO.—4. LAS NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO.—4.1. Fomento de la seguridad jurídica y del acceso a la justicia.—4.2. Mejora de las vías de transmisión y notificación o traslado.—4.2.1. De la igualdad a la jerarquía de vías.—4.2.2. La notificación electrónica.—4.3. Incremento de la protección de los derechos de defensa del destinatario.—5. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La transformación digital ha cambiado profundamente la vida de las personas en las últimas décadas y seguirá haciéndolo. La crisis de la covid-19 ha confirmado la necesidad de invertir en herramientas digitales y de utilizarlas, incluso, en los procedimientos judiciales¹. No cabe duda de que las herramientas digitales pueden mejorar el funcionamiento de los sistemas judiciales en beneficio de los ciudadanos y las empresas, contribuir a simplificar los trámites, a reducir los costes y plazos aumentando la eficacia, la eficiencia y la accesibilidad de los procedimientos judiciales, en particular de los transfronterizos². Así, para facilitar el buen funcionamiento del mercado interior, y después de años de trabajos preparatorios, han sido publicados dos nuevos reglamentos sobre obtención de pruebas y notificaciones transfronterizas. Se trata, respectivamente, del Reglamento (UE) 2020/1783³

¹ El desarrollo de las innovaciones tecnológicas en la justicia es un elemento que favorece el acceso a la justicia, uno de los objetivos proclamados por la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>) y una las prioridades de la Unión Europea, como así lo demuestra las Conclusiones del Consejo «Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización» de 13 de octubre de 2020 (DO C-3421, de 14 de octubre de 2020). De hecho, en la Comunicación titulada «La digitalización de la justicia en la Unión Europea: un abanico de oportunidades», de 2 de diciembre de 2020, la Comisión Europea presenta cuál es la estrategia a seguir en la digitalización de la justicia. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2247.

² Algunos autores han llegado a hablar de la llegada de cuarta revolución industrial en la Administración de Justicia [BARONA VILLAR, S., «Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)», *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*, vol. XI, 2018, núm. 1, pp. 17-53].

³ Reglamento (UE) 2020/1783, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) —versión refundida—, DOUE L-405, de 2 de diciembre de 2020. Este reglamento será aplicable cuando el órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite en materia civil o mercantil la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado, o la obtención de pruebas directamente en otro Es-

(en adelante Reg. 2020/1783) y del Reglamento (UE) 2020/1784 (en adelante Reg. 2020/1784⁴)⁵.

tado miembro de la Unión Europea, salvo Dinamarca. Dicho texto limita su aplicación a las solicitudes de obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en procedimientos judiciales iniciados o que se prevea incoar (art. 1.1). Esta fórmula pretende evitar que la obtención de pruebas sea utilizada con una finalidad policial. Se aplicará, con carácter general, a partir del 1 de julio de 2022 (art. 35.1). No obstante, el art. 7 lo hará a partir del primer día del mes siguiente al periodo de tres años después de la fecha de entrada en vigor de los actos de ejecución para establecer el sistema informático descentralizado (art. 35.3). Este instrumento desplazará al Reglamento (CE) 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, *DOUE* L-174, de 27 de junio de 2001 (en adelante, Reg. 1206/2001) y prevalecerá sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros que tengan el mismo ámbito de aplicación que el presente reglamento, sin perjuicio de que puedan ser celebrados otros convenios para facilitar en mayor medida la cooperación, siempre que sean compatibles con el presente reglamento (art. 29). Al respecto, véase MARCHAL ESCALONA, N., «La nueva normativa europea relativa a la notificación y traslado de documentos y obtención de pruebas en el extranjero: los Reglamentos (UE) 2020/1783 y 2020/1784 de 25 de noviembre de 2020», *REEI*, 2021, núm. 41, pp. 10-19, esp. p. 10. No obstante, este reglamento no debe ser óbice para que las autoridades puedan intercambiar información en el marco de los sistemas establecidos en virtud de otros instrumentos de la Unión, lo que deja la elección del método más adecuado a la autoridad requirente, salvo siempre las competencias soberanas del Estado en que se realiza la prueba (STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87). Además, según el TJUE en la Sentencia de 6 de septiembre de 2012, asunto C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540, el órgano jurisdiccional competente siempre está facultado para citar ante él en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro e interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del citado órgano jurisdiccional. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *Derecho internacional privado*, 11.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2020, p. 344.

⁴ Reglamento (UE) 2020/1784, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») —versión refundida—, *DOUE* L-405, de 2 de diciembre de 2020. Este reglamento constituirá la norma a través de la cual deberán transmitirse las notificaciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en el espacio judicial intraeuropeo (art. 1.1), incluyendo a Dinamarca —dado que notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reg. 2020/1784 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2021:019:FULL&from=EN>)—. Se aplicará solo a la notificación de documentos en el ámbito jurídico-privado, excluyendo los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como a la responsabilidad de un Estado miembro por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). No obstante, para el TJUE las notificaciones de demandas interpuestas por particulares tenedores de deuda pública contra un Estado están incluidas en su ámbito de aplicación (Sentencia de 11 de junio de 2015, asuntos C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13, ECLI:EU:C:2015:383). Esta interpretación amplia permite aplicar el reglamento a supuestos en los que el Estado extranjero es demandado ante un tribunal (GÓMEZ JENE, M., «La notificación judicial a un Estado extranjero», *CDT*, vol. 13, 2021, núm. 2, pp. 39-744). Será aplicable con carácter general a partir del 1 de julio de 2022 (art. 37.1). No obstante, los arts. 5, 8 y 10 lo harán a partir del primer día del mes siguiente al periodo de tres años después de la entrada en vigor de los actos de ejecución a que se refiere el art. 25 (art. 37.2). Este reglamento derogará al Reglamento (UE) 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, *DOUE* L-405, de 2 de diciembre de 2020 (en adelante, Reg. 1393/2007) y prevalecerá sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros, en particular el Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965. El presente reglamento no excluye la celebración de convenios o acuerdos dirigidos a acelerar o simplificar la transmisión de los documentos, siempre que dichos convenios o acuerdos sean compatibles con él (art. 29).

⁵ Ninguno de los dos reglamentos es de aplicación a Reino Unido tras el Acuerdo sobre la retirada de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la finalización del periodo transitorio del mismo, *DOUE* L-29, de 31 de enero de 2020, art. 68.b).

Ambos textos apuestan por potenciar la comunicación electrónica entre las autoridades competentes de los Estados miembros como forma de agilizar los trámites en la notificación de documentos, así como en la solicitud de pruebas en el extranjero y economizar así sus costes, respetando plena y debidamente los derechos y las libertades fundamentales (art. 7 del Reg. 2020/1783, art. 32 del Reg. 2020/1784). Sin duda alguna, una de las claves para el éxito de la justicia digital es la interoperabilidad de las comunicaciones entre autoridades. Para ello se prevé desarrollar un sistema informático descentralizado de intercomunicación y puntos de acceso que posibilite la transmisión electrónica. La plataforma e-CODEX (*e-Justice Communication via On-line DataExchange*) pretende servir de apoyo a este sistema informático descentralizado que se va a crear⁶. A tales efectos, ambos reglamentos adoptan, como veremos, el principio «digital por defecto» que supone la obligatoriedad y la preferencia del uso de medios electrónicos para notificar y obtener pruebas en otro Estado miembro. Se trata, sin duda, de una de las principales medidas en orden a la simplificación de los procesos transfronterizos. Los reglamentos han apostado abiertamente por establecer la obligatoriedad de su uso, no dejando pues otra alternativa a otro tipo de comunicación que no sea electrónica, salvo los casos en los que esta resulte imposible o desaconsejable. Una de las principales consecuencias de la adopción de este principio es que se impone una jerarquía entre las distintas vías de comunicación existentes entre los Estados miembros, así como la necesidad de establecer salvaguardas suficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas, tanto el de la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea⁷ y el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)⁸ como el de la protección de datos personales⁹; y considerar la situación de las personas vulnerables, a fin de evitar la denominada brecha digital¹⁰ e incluir aquellas medidas que sean necesarias para garantizar un nivel de fiabilidad y seguridad suficiente que hagan posible acreditar la remisión e integridad del contenido de la comunicación y recepción de las solicitudes. Con el fin de garantizar la eficacia de ambos reglamentos, y dado que ambos reglamentos operan en un marco de «integra-

⁶ El e-CODEX (<https://www.e-codex.eu/projects>) está gestionado por un consorcio de Estados miembros y otras organizaciones, pero se prevé trasladar su gestión a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA). Sobre su funcionamiento, véase LUPO, G. y BAILEY, J., «Designing and Implementing e-Justice Systems: Some Lessons Learned from EU and Canadian Examples», *Laws*, 2014, pp. 353-387.

⁷ Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), *DOUE* L-364, de 18 de diciembre de 2000.

⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁹ Aspecto contemplado en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, *DOUE* L-119, de 4 de mayo de 2006.

¹⁰ Así, se pronuncia el apartado XVIII (apdo. 4) de la Carta de los Derechos Digitales del Gobierno de España. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.

ción procesal», las circunstancias en las que es posible denegar la ejecución de una solicitud de notificación o de obtención de pruebas han de circunscribirse a situaciones excepcionales estrictamente delimitadas (cdos. 16 del Reg. 2020/1783 y 23 del Reg. 2020/1784).

El nuevo Derecho europeo trata dar cumplimiento a los retos que plantea el uso de las nuevas tecnologías en este ámbito y que resultan cruciales para la viabilidad de un espacio judicial digitalizado, a la vez que aprovecha para incorporar ciertas modificaciones puntuales que se revelaban necesarias, según el Informe presentado por la propia Comisión, así como también la doctrina derivada en distintas decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

El objetivo del presente estudio es dar cuenta de las principales modificaciones previstas por el legislador europeo tanto en el ámbito de las notificaciones como en el de la obtención de pruebas en procedimientos transfronterizos, presentando sus elementos esenciales y los cambios que suponen frente a la normativa actual. Este análisis nos permitirá comprobar hasta qué punto los objetivos que con esta reforma se propone el legislador han sido alcanzados o no, incluyendo, además, aquellas recomendaciones de reforma y de cambio que se consideren necesarias.

2. HACIA UN MARCO JURÍDICO MÁS EFICIENTE EN EL ÁMBITO JUDICIAL EUROPEO

2.1. El principio «digital por defecto» y las garantías establecidas

La refundición de los reglamentos sobre obtención de pruebas y notificación y traslado de documentos al extranjero tiene por objeto acelerar su ejecución aprovechando al máximo las herramientas digitales. A tales efectos, establecen como norma que toda comunicación e intercambio de documentos debe efectuarse a través de un sistema informático descentralizado seguro y fiable que comprenda sistemas informáticos nacionales que estén interconectados y sean técnicamente interoperables, sin perjuicio de un progreso tecnológico ulterior, sobre la base de e-CODEX (art. 7 del Reg. 2020/1783 y art. 5 del Reg. 2020/1784). Los reglamentos no exigen el uso de e-CODEX, sino simplemente «un sistema informático descentralizado basado en una solución interoperable como e-CODEX», lo que no impide la utilización de otra solución técnica que en el futuro pudiera estar operativa.

Tanto el reglamento de obtención de pruebas como el de notificaciones han optado por acoger el principio «digital por defecto». La vía prioritaria a utilizar en la transmisión de las solicitudes de obtención de pruebas o de notificación es el sistema informático descentralizado, esto es, una red de sistemas informáticos nacionales y puntos de acceso interoperables que opera bajo la responsabilidad y la gestión individual de cada Estado miembro y permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable

entre los sistemas informáticos nacionales (arts. 3 del Reg. 2020/1783 y 5 del Reg. 2020/1784). Solo cuando la transmisión a través del sistema informático descentralizado sea imposible por interrupción del sistema, por circunstancias excepcionales (cdos. 19 del Reg. 2020/1783 y 15 del Reg. 2020/1784), esta deberá realizarse por las vías alternativas más adecuadas. Tales vías deben proporcionar una transmisión lo más rápida y segura posible. Dicha prioridad implica un cambio en la filosofía y en la aplicación de los textos institucionales y, en particular, en el ámbito de la notificación y traslado de documentos, pues supone un giro y un cambio de la postura mantenida por el TJUE en la Sentencia dictada el 9 de febrero de 2006¹¹ sobre la ausencia de jerarquía existente entre las diferentes vías de transmisión reguladas en el reglamento de notificaciones.

Es evidente el avance que supone imponer la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la notificación y obtención de pruebas en el extranjero. Sin embargo, el éxito de esta vía requiere de la operatividad y del buen funcionamiento del sistema informático descentralizado, de cuya creación, mantenimiento y desarrollo se ocupará la Comisión (art. 27). Esta digitalización adicional y avanzada requerirá notables inversiones en infraestructura, diseño, proceso de implantación y mantenimiento en los diferentes Estados miembros. Por esta razón, cobra un alto interés la posibilidad que tienen estos de recurrir a la ayuda financiera de la Unión Europea, tal y como apunta el art. 28.3 de los respectivos reglamentos.

No obstante, también es cierto que los progresos que suponen las nuevas tecnologías generan nuevos retos que son difíciles de solucionar¹². La incorporación de la comunicación electrónica queda vinculada a la existencia de una tecnología segura para la viabilidad de esta clase de comunicaciones donde lo que se encuentra en juego no solo es la eficiencia del sistema judicial, sino también, y, en particular, en el ámbito de las notificaciones, el derecho de defensa, y donde resulta necesario además garantizar la integridad de la información y confidencialidad del documento que se transmite al constituir factores esenciales para la confianza en el funcionamiento del sistema. Por esta razón resulta vital que los órganos judiciales, al enviar sus solicitudes de asistencia, puedan hacer uso de sistemas de autenticación seguros.

En relación con la seguridad que debe ofrecer el sistema informático que deberá implantarse, hay que señalar que esta es una cuestión que compete a la Comisión, como responsable que es de adoptar los actos de ejecución para establecer el sistema e-CODEX (arts. 25 del Reg. 1783/2020 y del Reg. 1784/2020)¹³. El art. 10 de la Propuesta de Reglamento sobre e-CODEX,

¹¹ Asunto C-473/04, ECLI:EU:C:2006:96.

¹² VINCENT, R., «La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile», *RCDIP*, 2021, núm. 1, pp. 67-77, esp. p. 67.

¹³ La Unión Europea está preparando una iniciativa para promulgar los actos de ejecución por los que se establece el sistema informático descentralizado que se utilizará para la notificación y el traslado transfronterizos de documentos y la obtención transfronteriza de pruebas. Disponible en <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13228-Cross-border-service-of-do>

presentada en diciembre de 2020¹⁴, establece que cada entidad será responsable de la seguridad de su punto de acceso y el conjunto será supervisado por la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA)¹⁵. Al asumir la responsabilidad de la gestión operativa del sistema e-CODEX, será la encargada de garantizar que los programas informáticos existentes sigan siendo operativos en un entorno técnico evolutivo.

La transmisión de pruebas y de notificaciones en formato electrónico implica, igualmente, problemas en torno a la privacidad y tratamiento de los datos personales. Ambos reglamentos incorporan las correspondientes cautelas en torno a la protección de datos y privacidad en el sistema para los intercambios electrónicos entre órganos jurisdiccionales (art. 30 del Reg. 1783/2020 y art. 31 del Reg. 1784/2020), pero no hay que olvidar que las infraestructuras informáticas públicas de los poderes judiciales de los Estados miembros están sometidas a constantes ataques informáticos, hecho que podría multiplicarse debido precisamente a la creciente interconexión de los sistemas (a escala nacional y de la Unión Europea). En este sentido, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) lamentó en su Dictamen la falta de disposiciones sobre la responsabilidad de los distintos agentes en caso de ciberataques o fallos del sistema informático¹⁶.

A fin de hacer posible que se haga uso de sistemas de autenticación seguros, el legislador establece que el marco jurídico general que rige la utilización de los servicios de confianza cualificados establecido en el Reglamento (UE) 910/2014¹⁷ (Reglamento eIDAS) será de aplicación a la transmisión de documentos y solicitudes de cooperación a través del sistema informático descentralizado¹⁸. De manera que, cuando los documentos o solicitudes que se deban trasladar requieran o incorporen un sello o una firma manuscrita, estos se podrán reemplazar por un sello electrónico cualificado o una firma electró-

cuments_en y en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13227--Cross-border-taking-of-evidence-in-civil-and-commercial-matters_en.

¹⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos transfronterizos penales y civiles (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, COM (2020) 712 final. Este reglamento tiene como objetivo establecer una base jurídica para e-CODEX y dar la responsabilidad del proyecto a la Agencia eu-LISA, que gestiona las operaciones de sus sistemas informáticos a gran escala.

¹⁵ Esta Agencia se creó en 2011. Sobre la misma véase <https://www.eulisa.europa.eu/>.

¹⁶ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, COM (2018) 378 final - 2018/203 (COD).

¹⁷ Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, *DOUE* L-257, de 28 de agosto de 2014.

¹⁸ Para un análisis en profundidad, véase RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., *Impacto de la nueva regulación europea sobre identificación electrónica y servicios de confianza en el ámbito de la contratación privada dotada de firma electrónica*, Tesis doctoral, Universidad de Bolonia, 2018. Disponible en <http://amsdottorato.unibo.it/849111/Juan%20Francisco%20Rodr%C3%ADguez%20Ayuso.pdf>.

nica cualificada respectivamente, tal como se definen en el Reglamento (UE) 910/2014 (arts. 7.2 y 3 del Reg. 2020/1783 y art. 5.2 y 3 del Reg. 2020/1784).

Con el objetivo de garantizar el éxito de este sistema, se establece un paquete de medidas de diversa índole: de carácter técnico-jurídico, garantistas, financieras y políticas. Así, se impone el deber de reconocimiento de efectos jurídicos y del valor probatorio de los documentos transmitidos electrónicamente (art. 8 del Reg. 2020/1783 y art. 6 del Reg. 2020/1784), se desarrolla el régimen jurídico aplicable al tratamiento e intercambio de datos e información derivada de la utilización del sistema, se establece el desglose financiero de los costes de su creación, desarrollo y mantenimiento; y, por último, se fija el calendario para la ejecución de las medidas necesarias para su instauración definitiva¹⁹.

2.2. La transmisión directa entre organismos competentes a través del sistema informático descentralizado

Las solicitudes de notificación y de obtención de pruebas deberán ser transmitidos «por defecto» a través del sistema informático descentralizado directamente entre los organismos de transmisión y los organismos de recepción (arts. 7 del Reg. 2020/1783 y art. 8 del Reg. 2020/1784) designados por cada Estado (art. 3)²⁰. Los reglamentos regulan con todo detalle la formulación de la solicitud, la lengua en la que las solicitudes deberán cumplimentarse²¹, su tramitación y la subsanación de los eventuales defectos, así como los motivos por los que la práctica de tales solicitudes podrá denegarse. Aspectos que analizaremos a continuación.

2.2.1. El proceso para obtener pruebas en otro Estado miembro

El órgano jurisdiccional ante el que se halle iniciado o se prevea incoar el procedimiento (órgano jurisdiccional requirente) transmitirá directamente al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro (órgano jurisdiccional requerido) las solicitudes de la práctica de diligencias de obtención de pruebas a través del sistema informático descentralizado (art. 3).

¹⁹ RAMÍREZ BENAVENTE, M. D., «La obtención de prueba en la Unión Europea: evolución y análisis del Reglamento (UE) 2020/1783 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil», *RGDE*, 2021, núm. 51, pp. 245-271, esp. p. 270.

²⁰ Cada Estado tiene también la obligación de designar a una autoridad central que tiene un papel auxiliar (facilitar información y solucionar cualquier dificultad) y, excepcionalmente, podrá dar traslado a una solicitud al órgano jurisdiccional requerido a instancia de un órgano jurisdiccional requirente (arts. 4 del Reg. 2020/1783 y del Reg. 2020/1784).

²¹ Estos deberán redactarse en la lengua oficial del Estado miembro requerido o, cuando existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o las pruebas solicitadas, o en otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado que puede aceptar (arts. 6 del Reg. 2020/1783 y art. 8.2 del Reg. 2020/1784).

El órgano jurisdiccional requerido competente expedirá al órgano jurisdiccional requirente, en un plazo de siete días a partir de la recepción de la solicitud, un acuse de recibo por medio del formulario B que figura en el Anexo I. Si la solicitud no pudiera ejecutarse por no contener todos los datos necesarios con arreglo al art. 5, el órgano requerido informará de ello al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario D con la mayor brevedad y, a más tardar, en el plazo de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, y solicitará al órgano requirente la transmisión de los datos que falten, que habrán de indicarse del modo más preciso posible. Las solicitudes de obtención de pruebas deben ejecutarse con rapidez. Si no es posible ejecutar una solicitud en un plazo de noventa días a partir de su recepción por el órgano jurisdiccional requerido (art. 12.1), este debe ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional requirente, indicándole las razones que impiden que la solicitud sea ejecutada con rapidez (art. 17). Solo en casos excepcionales podrá denegar la ejecución de una solicitud (art. 16). Esta se ejecutará de conformidad con lo establecido en el Derecho nacional del Estado requerido (art. 12.2), pudiéndose utilizar medidas coercitivas que sean adecuadas y que estén previstas en el Derecho del Estado requerido (art. 15). No obstante, el órgano requirente tiene la facultad de solicitar que se ejecute de acuerdo con alguno de los procedimientos especiales previstos en su Derecho nacional. El órgano requerido ejecutará la solicitud de acuerdo con el procedimiento especial, a no ser que ello sea incompatible con su Derecho nacional o que no pueda hacerlo debido a que existen grandes dificultades prácticas. Dicho órgano podrá solicitar que se utilice en la obtención de pruebas la videoconferencia y la teleconferencia, que deberá ser utilizada a no ser que sea incompatible con el Derecho nacional o no pueda utilizarla debido a dificultades prácticas (art. 12).

De lo dispuesto en el Reg. 1206/2001, el nuevo reglamento conserva muchos elementos como la asistencia y participación en la práctica de las pruebas de las partes y sus representantes. El reglamento permite, en caso de que el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente lo prevea, que tanto las partes como sus representantes estén presentes durante la obtención de pruebas, para poder, así, seguir dicho proceso (art. 13). También prevé la asistencia y participación de mandatarios del personal judicial del Estado requirente (art. 14.1 y 3). En relación a los gastos, el reglamento establece cuáles deben ser asumidos por el órgano jurisdiccional requirente (art. 22) y el modo de hacerlo efecto, llegando incluso a denegar la ejecución de la prueba [art. 16.2.d)].

2.2.2. *El proceso de notificación de documentos a otro Estado miembro*

Las solicitudes de notificación se transmitirán a través del sistema informático descentralizado directamente y lo antes posible entre los organismos de transmisión y los organismos de recepción (art. 8) designados por cada Estado (art. 3) a través del formulario A. Una vez recibido el documento, el

organismo receptor enviará automáticamente al organismo transmisor un acuse de recibo a través del sistema informático descentralizado utilizando el formulario D tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, en un plazo de siete días a partir de su recepción (art. 14)²². Si la solicitud de notificación o traslado estuviera manifiestamente fuera del ámbito de aplicación del presente reglamento, o si el incumplimiento de las condiciones formales exigidas hiciera imposible la notificación o el traslado, se devolverán al organismo transmisor la solicitud y los documentos transmitidos en cuanto se reciban, sin demora, junto con una comunicación de devolución por medio del formulario F. Se limita así los supuestos —excepcionales— en los que puede denegarse la práctica de una notificación al no incluir, como sus precedentes, una cláusula de orden público²³. Si un organismo receptor recibe un documento para cuya notificación carece de competencia, deberá expedirlo, junto con la solicitud y sin demora, al organismo receptor competente²⁴. El organismo receptor procederá a efectuar o a hacer que se efectúe la notificación o el traslado del documento, bien de conformidad con el Derecho del Estado miembro requerido o bien según el modo particular solicitado por el organismo transmisor, siempre que este no sea incompatible con el Derecho de ese Estado miembro. Este debe realizar todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o el traslado del documento tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de su recepción (art. 11).

El reglamento, al igual que su predecesor, proporciona un sistema por el que el Derecho del Estado miembro requerido determina la fecha de notificación o traslado, salvo que el documento deba notificarse o trasladarse dentro de un plazo determinado, en cuyo caso la fecha será la fijada por el Derecho del Estado requirente (art. 13)²⁵. También prevé el derecho del destinatario a ser informado en materia lingüística y a rechazar la notificación, si el documento no esté redactado o traducido en una de las lenguas estipuladas (art. 12)²⁶, así como la posibilidad que existe de subsanar su carencia²⁷. No

²² En caso de que no se pudiera dar curso a la solicitud de notificación o traslado debido a deficiencias de la información o de los documentos transmitidos, el organismo receptor se pondrá en contacto con el organismo transmisor sin demora indebida, con el fin de obtener la información o los documentos que falten utilizando el formulario E.

²³ Cabe preguntarse qué sucede en aquellos casos en los que la petición de notificación afecta a los principios y valores fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico. En principio, habría que darle traslado.

²⁴ El organismo receptor informará de ello al organismo transmisor al mismo tiempo utilizando el formulario G. Cuando el organismo territorialmente competente del Estado miembro destinatario reciba el documento y la solicitud, remitirá un acuse de recibo al organismo transmisor tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, en un plazo de siete días a partir de su recepción utilizando el formulario H (art. 10).

²⁵ Para una visión crítica del sistema de doble fecha, véase MARCHAL ESCALONA, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 126-135.

²⁶ Sobre los abusos detectados en materia lingüística, véase CARRILLO POZO, L. F. y ELVIRA BENAYAS, M.^a J., *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012, pp. 84-86.

²⁷ Sobre la posibilidad de subsanar una notificación defectuosa por cuestiones lingüísticas, el TJUE en la Sentencia dictada de 8 noviembre de 2005, asunto C-433/03, consideró que, en casos de ne-

obstante, el nuevo texto incorpora dos novedades. La primera, tendente a asegurar que el destinatario es conocedor de su derecho a rechazar la notificación. A tales efectos, obliga al organismo receptor, si el documento no está redactado en la lengua oficial del Estado miembro requerido, o la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que daba efectuarse la notificación, o no va acompañado de una traducción a dicha lengua, de informar del derecho que tiene el destinatario a negarse a recibir el documento, en una de tales lenguas o en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de origen (art. 12.2). El reglamento prevé incluso que, si el destinatario entiende una lengua oficial de otro Estado miembro, también se facilite el formulario L en esa lengua²⁸. La segunda novedad introducida está destinada a concretar cómo y cuándo puede ejercitar este derecho. En tal sentido el nuevo reglamento amplía una semana más (de una pasa a dos) —como tendremos oportunidad de analizar— el plazo del que dispone el destinatario para ejercitar su derecho y, a tal fin, podrá devolver al organismo receptor el formulario L, o una declaración escrita en la que indique que se niega a aceptar el documento por la lengua en que está redactado (art. 9.3).

3. LAS NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

La génesis del Reg. 2020/1783 se incardina en el programa de trabajo de la Comisión para 2018²⁹ y se elaboró con el objeto de generalizar la transmisión electrónica como canal por defecto para el intercambio de documentos, fomentar el uso de modos modernos de obtención de pruebas, evitar interpretaciones divergentes en torno a su aplicación y mejorar la obtención de pruebas a través de los agentes diplomáticos y consulares³⁰.

Entre las novedades más relevantes que incorpora este reglamento, cabe destacar la formulación de un concepto propio de lo que debe entenderse por «órgano jurisdiccional» (art. 2.1)³¹. El reglamento concreta, así, qué autoridad/es puede/n solicitar la obtención de pruebas en el extranjero. De esta forma soluciona los problemas interpretativos existentes en torno a dicho

gativa, el remitente tiene la posibilidad de subsanar la notificación o traslado remitiendo la traducción requerida. Para una visión crítica de tal posibilidad, véase MARCHAL ESCALONA, N., «Nota a la Sent. del TJCE (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2005. Asunto C-443/03, *Götz Leffler c. Berlin Chemie AG*», *REDI*, vol. 57, 2005, núm. 2, pp. 968-976.

²⁸ A tales efectos, cuando un Estado traduzca el formulario L a una lengua de un tercer país, informará de dicha traducción a la Comisión con el fin de que esté disponible en el Portal Europeo de e-Justicia.

²⁹ Programa de trabajo de la Comisión para 2018. Un Programa para una Europa más unida, más fuerte y más democrática, COM (2017) 650 final, de 24 de octubre de 2017, Anexo II, punto 10, p. 4.

³⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, COM (2018) 378 final, de 31 de mayo de 2018.

³¹ Sobre la dificultad de encontrar un concepto único en el ámbito europeo, véase CARRILLO POZO, L. F. y ELVIRA BENAYAS, M.^a J., *op. cit.*, pp. 166-170.

término³². Para ello el legislador considera como tal a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades de los Estados miembros comunicadas a la Comisión (ex art. 31.3), que ejerzan funciones jurisdiccionales, que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control y que sean competentes, con arreglo al Derecho nacional, para obtener pruebas a efectos de los procedimientos judiciales en materia civil o mercantil. Para concretar dicho término, recurre, por tanto, a tres criterios, a saber: si dicha autoridad ejerce (o no) función jurisdiccional alguna, al sistema de listas —conocido ya en otros reglamentos europeos— y a la habilitación del Derecho nacional para tales cuestiones en procedimientos judiciales. Una habilitación que excluye, a nuestro juicio, la posibilidad de que los notarios españoles³³ y los árbitros puedan ser considerados como tales y hacer uso de este instrumento normativo³⁴.

El reglamento refundido trata además de agilizar la ejecución directa y rápida de las pruebas intracomunitarias. Para ello, establece que las solicitudes de obtención de pruebas sean ejecutadas con rapidez, como máximo en un plazo de noventa días a partir de su recepción (arts. 12 y 17). Se fomenta el empleo de la videoconferencia u otras TIC para recabar declaraciones o interrogatorios de personas presentes en otros Estados miembros siempre que sea posible, tanto si la obtención de pruebas la realiza el órgano jurisdiccional requerido (art. 12.4) —como hemos apuntado— como directamente el tribunal solicitante (art. 19)³⁵. Es evidente, en este último caso, la ventaja que supone la utilización de estos medios³⁶. No obstante, esta tecnología constituye una herramienta útil solo para las pruebas testificales, no para las documentales. Por ello, el reglamento establece que cuando la obtención de pruebas consista en la toma de declaración o en el interrogatorio de un testigo, el órgano jurisdiccional requirente podrá obtener dichas pruebas directamente por videoconferencia u otra tecnología, siempre que esta esté disponible para el órgano jurisdiccional y, habida cuenta de las circunstancias específicas, se considere adecuada la utilización de dicha tecnología (art. 20)³⁷. Ambos órganos (requirente y requerido) se pondrán de acuerdo sobre los aspectos

³² Sobre los problemas para concretar dicho concepto véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «El concepto de “órgano jurisdiccional” en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado», *AEDIPr.*, 2020-2021, pp. 121-162.

³³ Sobre la discutible habilitación de estos profesionales, véase VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Art. 16. Desplazamiento al extranjero de jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y funcionarios al servicio de la administración de Justicia y de otro personal», en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 207-210.

³⁴ Sobre dicha exclusión, véase CARRILLO POZO, L. F. y ELVIRA BENAYAS, M.^a J., *op. cit.*, pp. 166-168.

³⁵ De esta manera, el reglamento da cabida a dos posibilidades de cooperación: la activa y la pasiva. Al respecto, véase DIAGO DIAGO, M.^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, p. 57.

³⁶ Sobre el uso de esta tecnología en Derecho español, YBARRA BORES, A., «La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español», *CDT*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 248-265, esp. p. 261.

³⁷ Para solicitar la obtención directa de pruebas por videoconferencia u otra tecnología de telecomunicaciones debe utilizarse el formulario N.

prácticos de la toma de declaración o el interrogatorio y se proporcionará, previa solicitud, ayuda al órgano jurisdiccional requirente para encontrar un intérprete, en caso necesario.

De su antecesor, el Reg. 2020/1783 conserva la posibilidad de obtención de pruebas en el extranjero directamente por el órgano judicial requirente. Básicamente el nuevo texto reproduce lo dispuesto en el art. 17 del Reg. 1206/2001. La única novedad es la prevista en el art. 12.5 del nuevo Reglamento, norma que prevé que, si en el plazo de treinta días a partir del acuse de recibo de la solicitud para la obtención directa de pruebas, el órgano requirente no ha recibido la información acerca de si la solicitud ha sido aceptada, podrá enviar un recordatorio al órgano central o a la autoridad competente del Estado miembro requerido. Si no recibe respuesta en un plazo de quince días, se considerará admitida la solicitud de obtención de pruebas. No obstante, faculta, en circunstancias extraordinarias, a aducir excepcionalmente los motivos por los que deniega la solicitud directa de pruebas, aunque se haya cumplido el plazo. El órgano central o la autoridad competente del Estado miembro requerido podrá denegar la solicitud para la obtención de pruebas solo si no tiene cabida en el ámbito de aplicación del reglamento, no contiene la información necesaria a la que se refiere el art. 5 o resulta contraria a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico (art. 19.7).

En la dirección hacia la facilitación del procedimiento para la obtención de pruebas, el nuevo texto permite que los agentes diplomáticos o funcionarios consulares obtengan pruebas en el territorio de otro Estado miembro y en la zona en la que estén acreditados, sin que sea necesaria una solicitud previa o la aplicación de medidas coercitivas, mediante la toma de declaración el interrogatorio de nacionales del Estado miembro al que representan, en el contexto de procedimientos judiciales sustanciados ante órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro (art. 21). No obstante, en última instancia, queda a la discreción del Estado miembro determinar si sus agentes diplomáticos o funcionarios consulares tienen la potestad de obtener pruebas en el marco de sus funciones. De estar autorizados, estas deberán realizarse en los locales de la misión diplomática o del consulado, salvo en circunstancia excepcionales (cdo. 25). La posibilidad de la práctica de la prueba por agentes diplomáticos y consulares ofrece, como en su día señalaba M.^a Jesús Elvira Benayas, no pocas ventajas al ser el Derecho que se aplica a la práctica de la prueba el mismo que el del proceso (la *lex fori* del Estado requirente)³⁸. Ahora bien, en principio, es la nacionalidad el elemento que permite la utilización de esta posibilidad. A diferencia de lo que ocurría con el Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970³⁹, donde no solo se les permitía la práctica

³⁸ YBARRA BORES, A., *La obtención de pruebas en el extranjero. Estudio sobre el Convenio de La Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, Madrid, 1997, p. 349.

³⁹ Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970, *BOE* núm. 203, de 25 de agosto de 1987.

de pruebas frente a los nacionales del Estado que representan (art. 15), sino que, además, incluía la posibilidad de extenderla a los nacionales del Estado de residencia, e incluso de un tercer Estado (art. 16).

Con todo, no hay que olvidar que el reglamento ha acogido el «principio por defecto», lo que supone relegar a un segundo plano la posibilidad de obtener directamente pruebas por el órgano jurisdiccional requirente o por agentes diplomáticos o funcionarios consulares. El problema está en que, según lo dispuesto en dicho instrumento, la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente solo puede llevarse a cabo de forma voluntaria, sin aplicación de medidas coercitivas, como así ocurre en la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o funcionarios consulares, donde, además, solo podrán obtenerlas si su Derecho nacional así lo prevé y solo en relación con sus nacionales, por lo que podría darse el caso de no poder dar curso a la solicitud y, por tanto, la imposibilidad de producir una prueba útil y, por tanto, dar lugar a situaciones de indefensión.

4. LAS NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

En las conclusiones del Informe de evaluación *Regulatory Fitness* (REFIT)⁴⁰, llevadas a cabo por la Comisión, se identificaban las tres cuestiones principales que resultaban preciso abordar en la reforma del reglamento de notificaciones: fomentar la seguridad jurídica, mejorar las vías actuales de transmisión y reforzar la protección de los derechos de defensa del destinatario. El nuevo reglamento se articula en torno a cinco principios básicos: rapidez, eficacia, seguridad, mejora del acceso a la justicia y protección de los derechos de defensa. Cada uno de ellos se concreta en medidas específicas. Así, los dos primeros se materializan en la posibilidad, en determinados casos, de dar traslado a un documento a otro Estado miembro vía electrónica directamente al destinatario. La garantía de la seguridad jurídica y el acceso a la justicia queda garantizada, por una parte, al incorporar al Reglamento eIDAS en la práctica de la notificación electrónica y, por de otra, al tratar de concretar cuándo una notificación debe ser remitida a otro Estado e incluir medidas orientadas a localizar al destinatario en el extranjero y ofrecer un concepto de propio, a efectos de aplicar el reglamento, de lo que debe entenderse por «documento extrajudicial». La última medida tiene que ver con el derecho del destinatario a negarse a recibir y a devolver el documento que se le notifica por cuestiones lingüísticas, así como con el tratamiento procesal de la incomparecencia del demandado en aquellas sentencias dictadas en rebeldía del demandado.

⁴⁰ Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación. Resumen del cuadro de indicadores de REFIT. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/regulatoryfitness-and-performance-programme-refit-scoreboard-summary_es.pdf.

4.1. Fomento de la seguridad jurídica y del acceso a la justicia

Una de las cuestiones más problemática que presentaba la aplicación del Reg. 1393/2007, así como su antecesor, radicaba en saber cuándo es preciso remitir una notificación a otro Estado. En el presente reglamento, el legislador europeo trata de concretar cuándo una notificación es transfronteriza, es decir, en qué casos un documento debe de ser notificado o trasladado a otro Estado miembro, y lo hace de forma negativa. A tales efectos, dispone, siguiendo la decisión adoptada por el TJUE de 19 de diciembre de 2012 (Sala 1.^a)⁴¹, que el reglamento no debe aplicarse a la notificación o el traslado de documentos a un representante autorizado de una parte en el Estado miembro del foro (art. 1.3). Una exclusión que resulta coherente y previsible, puesto que en tales casos la notificación debe de ser calificada de «interna», siéndole de aplicación la normativa procesal vigente en dicho Estado. Lo que ya no compartimos y criticamos es lo dispuesto en el considerando 6 del Reg. 2020/1784 cuando establece que este debe aplicarse a: *la notificación de cualquier documento a una parte en otro Estado miembro cuando así lo exija el Derecho del Estado miembro de foro*. El legislador se aparta así de la postura mantenida por el TJUE contraria a aplicar lo establecido en la normativa procesal del Estado donde se desarrolla el procedimiento para determinar en qué casos un documento debía notificarse a otro Estado, puesto que ello compromete la aplicación uniforme del reglamento. Sin embargo, la solución adoptada en el presente reglamento es criticable no solo por ello, sino también porque es incoherente con la filosofía y el espíritu presente en dicha reforma al obligar a remitir la notificación al extranjero, aunque esta haya sido realizada en el foro al representante procesal. Es cierto que tras esta postura el legislador desea eliminar cualquier forma ficticia de notificación en el ámbito intracomunitario, pero también es cierto que el propio TJUE admite, en supuestos excepcionales y con determinadas limitaciones, la utilización de mecanismos de notificación ficticios establecidos en los respectivos Derechos nacionales (SSTJUE de 17 de noviembre de 2011⁴² y de 15 de marzo de 2012)⁴³. A nuestro juicio, la notificación realizada en un domicilio o a un representante elegido *in casu* por el demandado en el Estado del foro, aun cuando este resida en el extranjero, no solo no impide que dicho proceso adquiera carácter contradictorio, sino que es una opción aconsejable en términos de análisis económico del Derecho, al reducir, evidentemente, costes procesales. Por otra parte, no hay que olvidar que el derecho de defensa es fundamental (STJUE de 2 de abril de 2009)⁴⁴, pero también lo es que el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, que correría el riesgo de quedar privado totalmente de eficacia si no existieran los mecanismos de notificación ficticios,

⁴¹ Asunto C-325/11, ECLI:EU:C:2012:824.

⁴² Asunto C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745.

⁴³ Asunto C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142.

⁴⁴ Asunto C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219.

cuyo uso, es cierto, debe ser limitado y excepcional. Además, no todos los mecanismos de notificación o traslados ficticios resultan incompatibles con la realización del objetivo de protección del derecho de defensa, como así ha estimado el TEDH.

En nuestra opinión, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de concretar de forma clara y expresa que el reglamento debe ser aplicable siempre que el destinatario de la notificación o traslado se encuentre localizado en otro Estado miembro⁴⁵, salvo en aquellos casos en los que esta pueda realizarse en el Estado donde se desarrolla el procedimiento (*lex fori*), como ocurre cuando el destinatario elige un representante procesal en dicho Estado o designe un domicilio a efectos de notificaciones, aunque dicha designación esté establecida por ley, siempre que ello no vulnere los derechos de defensa.

El reglamento trata de fomentar, así mismo, la seguridad jurídica y el acceso a la justicia al incluir medidas de mejora orientadas a localizar al destinatario. El Reg. 2020/1784, como su predecesor, excluye su aplicación cuando la «dirección» del destinatario es desconocida (art. 1.2), aunque el Reg. 1393/2007 utilizaba el término «domicilio» no dirección. Se impide, así, que se pongan en marcha los mecanismos de transmisión establecidos en el mismo cuando se desconoce *ab initio* la dirección del destinatario. No obstante, la naturaleza del Derecho que nos ocupa impone la necesidad de agotar todas las posibilidades existentes a fin de localizarlo para que este pueda ejercer su Derecho de defensa. A tales efectos, y atendiendo a lo dispuesto por el TJUE en la Sentencia de 17 de noviembre de 2011, según el cual la restricción del derecho de defensa solo está justificada cuando el tribunal de origen se cerciore de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado, el reglamento incluye como una de las novedades más destacables la obligación de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros para localizar el paradero del destinatario en otro Estado miembro. En este sentido, el art. 7.1 del Reglamento ofrece tres opciones alternativas, de las cuales cada Estado miembro deberá ofrecer al menos una en su territorio. Estas tres opciones son: auxilio judicial prestado por autoridades nombradas por los Estados miembros, acceso a la información registral pública domiciliaria a través del Portal Europeo de e-Justicia o información pormenorizada a través del dicho Portal sobre las herramientas disponibles para localizar a personas en sus territorios, como así ocurre en algunos Estados miembros (*ad ex.* Rumanía⁴⁶)⁴⁷. La inclusión de una norma que obliga a

⁴⁵ MARCHAL ESCALONA, N., «Nota a la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto: C-325/11», *AEDIPr*, 2012, pp. 979-981.

⁴⁶ FICHA EUROPEAN E-JUSTICE, «Service of documents: official transmission of legal documents (Romania)», *European Judicial Network*. Disponible en https://e-justice.europa.eu/content_service_of_documents-371-ro-en.do?member=1.

⁴⁷ Los Estados miembros deberán notificar a la Comisión cuál de las tres opciones ofrecen en virtud del Reglamento (art. 7.2).

las autoridades de los Estados miembros a cooperar en la localización del paradero del destinatario debe ser bien recibida⁴⁸, al limitar las malas prácticas de los Estados miembros que usan y, en ocasiones, abusan de las notificaciones ficticias.

Siguiendo a su precedente, el art. 21 del Reg. 2020/1784 establece la aplicación de sus disposiciones para notificar documentos extrajudiciales. No obstante, tras la STJUE (Sala 3.^a) de 25 de junio de 2009, quedó patente las dudas que existían sobre qué documentos entraban dentro del concepto de «documento extrajudicial»⁴⁹. Para evitar tales dudas⁵⁰, el considerando 8 considera que tales documentos son documentos que han sido elaborados o certificados por una autoridad pública o funcionario, y otros documentos cuya transmisión formal a un destinatario que resida en otro Estado miembro sea necesaria a efectos de ejercer, probar o preservar un derecho o una acción civil o mercantil. Esta definición no incluye, por tanto, los documentos expedidos por las autoridades administrativas a efectos de procedimientos administrativos.

4.2. Mejora de las vías de transmisión y notificación o traslado

4.2.1. De la igualdad a la jerarquía de vías

El Reg. 2020/1783 prevé como vía prioritaria y de uso obligatorio el sistema informático descentralizado (art. 5), lo que supone la relegación del resto de mecanismos a vías residuales o de excepción. Solo cuando no pueda recurrirse a este sistema, la transmisión deberá realizarse por la vía alternativa que sea más adecuada para efectuar la transmisión lo más rápido posible (cdo. 15). Resulta evidente que las vías más adecuadas para realizar la notificación, dada la lentitud y los problemas inherentes a la vía consular y diplomática (arts. 16 y 17), son la vía postal (art. 14) y la vía de persona privada a autoridad competente (art. 15), vías cuya regulación permanece prácticamente similar a la existente en el actual reglamento con modificaciones puntuales.

En particular, y por lo que se refiere a la vía postal, la práctica ha demostrado que es un modo generalizado, rápido y relativamente barato de enviar documentos al interesado, pero no es muy fiable y tiene un porcen-

⁴⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F. y REQUEJO ISIDRO, M., «A classic cross-border case: the usual situation in the first instance», en HESS, B. y ORTOLANI, P. (coords.), *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law*, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, Strand 1 Mutual Trust and Free Circulation of Judgments, p. 56.

⁴⁹ Asunto C-14/08, ECLI:EU:C:2009:395. Para un comentario de la misma, véase MARCHAL ESCALONA, N., «Quid de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal: A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2009: Roda Golf & Beach Resort», *Diario La Ley*, 2009, núm. 7.273, pp. 20-32.

⁵⁰ CARRILLO POZO, L. F. y ELVIRA BENAYAS, M.^a J., *op. cit.*, pp. 123-125.

taje elevado de casos en que no se lleva a cabo la notificación o el traslado, como así se evidenció en la STJUE de 2 de marzo de 2017⁵¹. De hecho, la Comisión en su Informe propuso introducir un acuse de recibo uniforme para los documentos enviados por correo postal. En esta línea, el art. 14 de la Propuesta de Reglamento obligaba a los proveedores de servicios postales a utilizar un comprobante específico (acuse de recibo) al notificar o trasladar documentos por correo con arreglo al reglamento⁵², e introducía un nuevo apartado en el que se concretaban las personas a las que se podía efectuar la notificación o el traslado en lugar del destinatario, cuando el proveedor del servicio postal no pudiera entregar el documento a este en persona en sintonía con lo dispuesto en el art. 14 del Reglamento (CE) 805/2004⁵³ y del Reglamento (CE) 1896/2006⁵⁴, así como en la STJUE mencionada.

Lamentablemente, no sabemos la razón de esta omisión, pero el texto definitivo solo se limita a establecer que a través de esta vía se podrá efectuar la notificación o el traslado de documentos judiciales directamente por servicios postales a las personas presentes en otro Estado miembro mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente (art. 18), lo que incluye cualquier servicio postal, ya sea privado o público, para notificar y trasladar documentos de diferentes formas de correspondencia, entre ellas paquetes de cartas (cdo. 29). Precisamente, es en el considerando 30 donde se recoge la doctrina sentada por el TJUE en el asunto *Henderson*.

En cuanto a la solicitud directa de notificación, regulada en el art. 15 del Reg. 1393/2007, el actual reglamento aumenta la seguridad jurídica por cuanto obliga a los Estados miembros que permitan dicha forma de notificación a informar a la Comisión sobre las profesiones o personas competentes autorizadas a efectuar la notificación o el traslado directos de documentos en su territorio, información que deberá estar disponible a través del Portal Europeo de e-Justicia (art. 20). No obstante, la propuesta inicial de reforma del art. 15 era más ambiciosa. No permitía que los Estados miembros excepcionaran la validez de esta forma de notificación o traslado, por lo que la notificación o traslado directo hubiera devenido aplicable en todos los Estados miembros⁵⁵.

⁵¹ Asunto C-354/15, ECLI:EU:C:2017:157.

⁵² Con ello, se pretendía dar solución a los problemas derivados de la multiplicidad de acuses de recibo diferentes que no contienen exactamente los mismos datos (ALBA CLADERA, F., «Algunas cuestiones sobre la refundición del reglamento europeo relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», *Revista General de Derecho Procesal*, 2021, pp. 24-25).

⁵³ Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *DOUE* L-143, de 30 de abril de 2004.

⁵⁴ Reglamento (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo, *DOUE* L-399, de 30 de diciembre de 2006.

⁵⁵ ALBA CLADERA, F., *op. cit.*, pp. 25-26.

4.2.2. La notificación electrónica

Sin duda alguna, una de las novedades más destacable del presente reglamento es que, junto con las vías señaladas, admite asimismo una nueva vía de notificación al permitir que pueda hacerse directamente por medios electrónicos (art. 19). La eficiencia y la celeridad que requieren los procedimientos judiciales trasfronterizos exigen canales directos, ágiles y seguros para la notificación de documentos a personas domiciliadas en otro Estado. El reglamento permite que la notificación se efectúe por medios electrónicos a un destinatario que tenga una dirección —electrónica— conocida. La notificación electrónica permite salvar las barreras de la distancia y el tiempo, pero, a su vez, plantea otros muchos problemas, máxime teniendo en cuenta que el empleo de los medios electrónicos puede restringir el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁶. Aunque también es cierto, no obstante, que el TEDH mantiene la compatibilidad de la notificación administrativa a través de Internet con el art. 6.1 CEDH⁵⁷.

Si bien el uso de este medio que es conocido y utilizado en diferentes sistemas judiciales europeos (España⁵⁸, Francia⁵⁹, Bélgica⁶⁰, Estonia⁶¹, Hungría⁶²,

⁵⁶ Véase DE ASÍS PULIDO, M., «La incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho al debido proceso», *Ius et Scientia*, vol. 6, 2020, núm. 2, pp. 186-199, esp. p. 189; CERNADA BADÍA, R., *La notificación judicial electrónica: garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y retos que plantea a la administración de la Justicia en España*, Tesis doctoral, Valencia, 2016; CEBRIÁN SALVAT, M. A., «Notificación electrónica y tutela judicial efectiva en la Unión Europea», *VI Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid: LEGALTECH*, 19 y 20 noviembre de 2020.

⁵⁷ *Stichting Landgoed Steenberghe and Others v. The Netherlands*, núm. 19732/17, TEDH 2021. En la argumentación de su decisión dicho Tribunal esgrimió la existencia de una base normativa para esta clase de notificación, el alto índice de penetración de Internet y la inexistencia de indicios de que los demandantes no hubieran podido encontrar las decisiones en línea debido a la falta de acceso a un ordenador o al analfabetismo informático.

⁵⁸ Art. 152.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000, y art. 23 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, *BOE* núm. 287, de 1 de diciembre de 2015. Véase Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, propuesta de nueva redacción del art. 33.1 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información en la Administración de Justicia. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>.

⁵⁹ Art. 653 del Code de procédure civile, *JORF* n.º 0285 du 9 décembre 1975. Versión en vigor disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006135900/>.

⁶⁰ Art. 332 del Code judiciaire, *Moniteur belge* du 31 octobre 167. Versión en vigor disponible en https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1967101052&la=.

⁶¹ Art. 311 del Código de Procedimiento Civil, *RT I* 2005, 26, 197. Versión en vigor disponible en <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide>.

⁶² En Hungría desde 2018 los notarios, gobiernos municipales y otros operadores económicos, cuando actúan en nombre de sus clientes y como sus representantes legales, están obligados a comunicarse con los tribunales a través de medios electrónicos en algunos tipos de procedimientos. Véase la Sección 9 (1) de la Ley 222 de 2015 del Reglamento General de la Administración Electrónica y Servicios Fiduciarios (*e-Administration Act*), *Magyar Közlöny* de 23 de diciembre de 2015. Versión en vigor disponible en <https://njt.hu/jogszabaly/2015-222-00-00>.

Italia⁶³, Suecia⁶⁴ y Alemania⁶⁵), su admisibilidad en el ámbito transfronterizo depende del cumplimiento de ciertas garantías de autenticación, confidencialidad, seguridad y disponibilidad. La constancia fehaciente tanto del hecho de la recepción del acto por el destinatario y su fecha, como el contenido del acto constituyen requisitos cruciales para la viabilidad de las comunicaciones electrónicas. Por ello resulta fundamental para la confianza del sistema que la digitalización de la notificación conlleve el uso de sistemas de autenticación seguros. A tales efectos, el reglamento exige la existencia de un consentimiento por parte del destinatario, quien además es quien tiene que proporcionar la dirección del correo electrónico. Dicho consentimiento, a tenor de lo establecido en el art. 19, puede ser prestado de dos modos distintos, bien de forma general para notificar o trasladar documentos en el transcurso de los diferentes procedimientos judiciales que pueden llegar a existir [art. 19.1.a)], en cuyo caso se exige que los documentos se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento eIDAS, o bien dicho consentimiento puede prestarse respecto de un procedimiento en concreto sin utilizar servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de dicho reglamento, siempre que se reciba la prueba de la recepción del documento por parte del destinatario. De esta manera, se da cobertura así a las diferentes prácticas existentes entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Ambas opciones en sí no son contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva, pero es cierto que la primera opción puede dar lugar a situaciones materiales de indefensión, en la medida en que obliga al destinatario a consultar su buzón de correo electrónico con asiduidad, a lo que hay que añadir los diversos fallos de funcionamiento que en la práctica ocurren con el correo electrónico, siendo frecuente los casos en los que los correos electrónicos no llegan, o lo hacen a una carpeta SPAM que no siempre es revisada por el usuario⁶⁶. La afectación de este derecho es máxima si el demandado no tiene conocimiento del inicio del proceso e impide ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva. De hecho, a nuestro juicio, el carácter decisivo de este emplazamiento con todas las garantías es una buena razón para excluir la notificación electrónica en esta clase de comunicaciones, como así suce-

⁶³ El correo electrónico certificado fue regulado en el *Decreto del Presidente della Repubblica* de 11 febbraio 2005 n. 68, G. U. 28 marzo 2005, n. 97. Versión en vigor disponible en https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/leggi_decreti_direttive/dpr_11-feb-2005_n.68.pdf. Sobre su utilización en el ámbito judicial véase la publicación de REALE, M., *La posta elettronica certificata e le sue applicazioni nel mondo della giustizia comunicazioni e notifiche telematiche di cancelleria*, disponible en https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/relazione_Maurizio_Reale.pdf.

⁶⁴ *Regeringens Proposition 2019/20:189 Digital kommunikation i domstolsprocesser*. Disponible en <https://perma.cc/39HF-U5JQ>.

⁶⁵ Desde el 1 de enero de 2018 los abogados están obligados a recibir comunicaciones electrónicas. Disponible en <https://www.brak.de/fuer-anwaelte/bea-das-besondere-elektronische-anwaltspostfach/>.

⁶⁶ En España, la STC 47/2019, de 8 de abril (ECLI:ES:TC:2019:47), dispuso que realizar por correo electrónico la primera notificación a la empresa demandada en un procedimiento laboral iniciado por una trabajadora, dando traslado de la demanda y del señalamiento del acto de conciliación y juicio, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la citación debió hacerse por correo certificado con acuse de recibo.

de, por ejemplo, en el sistema español (art. 155.4 LEC) e incluso en procedimientos que han sido concebidos para tener lugar por completo en línea, como el *Online Civil Money Claim* creado en Reino Unido, la demanda que ha sido presentada *online* del *Online Civil Money Claim* siempre es notificada al demandado por correo postal certificado⁶⁷. Tampoco podría notificarse este escrito por esta vía cuando se exige consentimiento expreso [ex art. 19.1.b)], puesto que, en tal caso, este no podría ofrecerse hasta que no se tuviera conocimiento del inicio del proceso.

La segunda exigencia que establece el art. 19 tiene que ver con la necesidad de utilizar sistemas de autenticación seguros. A tales efectos, exige que los documentos se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica si el consentimiento ha sido prestado de forma general. De ser expreso el consentimiento, es decir, para que se utilice este mecanismo para notificar documentos a una dirección de correo electrónico aportada por el destinatario de la misma en el transcurso de dicho procedimiento, necesitará contar con un acuse de recibo en el que conste la fecha de la recepción efectiva de la notificación, a efectos de que puedan computar los plazos para que esta pueda ser considerada como efectiva [art. 19.1.b)]. A tales efectos, el destinatario debe confirmar la recepción del documento firmando con un acuse de recibo en el que conste la fecha de recepción [art. 19.1.b) *in fine*]. Existe, pues, en tales casos, una relajación de las garantías al prescindir del recurso a servicios cualificados de entrega electrónica certificada al amparo del Reglamento eIDAS⁶⁸. Lo que sí se exige es la confirmación de la recepción la exigencia esencial para generar confianza en la utilización de esta vía de notificación. Así, con el fin de garantizar la seguridad de la transmisión, permite que los Estados miembros puedan especificar y comunicar a la Comisión las condiciones adicionales en las que acepta la notificación, cuando su Derecho establezca condiciones más estrictas al respecto⁶⁹, o no permita que la notificación del traslado se efectúe por correo electrónico. España acepta este tipo de notificaciones a nivel interno, por lo que debe aceptar la práctica de las notificaciones electrónicas transfronterizas. Sí puede, en cambio, especificar e imponer condiciones adicionales a la hora de su tramitación. La cuestión está en que el sistema español es mucho menos garantista que el estipulado por el legislador europeo por cuanto en el art. 23 del Real Decreto 1065/2015 se establece la posibilidad de que se genere de forma automática y de forma independiente a la voluntad del ciudadano un acuse de recibo acreditativo del día y hora de la remisión del acto de comunicación y de la recepción íntegra de su contenido y de los documentos adjuntos, lo que puede generar situaciones de indefensión material.

⁶⁷ HMCTS services, «Online Civil Money Claims». Disponible en <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-services-online-civil-money-claims>.

⁶⁸ ALBA CLADERA, F., *op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ Dichas condiciones podrían referirse a cuestiones como la identificación del emisor y el receptor, la integridad de los documentos enviados y la protección de la transmisión de interferencias externas (cdo. 33).

En suma, la introducción de esta nueva vía de notificación debe ser bienvenida, aunque podría cuestionarse si, en este caso, se vulnera el principio de accesibilidad, particularmente en cuanto a la brecha tecnológica se refiere. El éxito de la misma dependerá de la fiabilidad y de la seguridad que ofrezca, si bien es cierto que su utilización puede dar lugar a problemas particulares que evidencian su falta de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, algunos de los cuales no han sido resueltos expresamente por el legislador europeo. Es cierto que, en lo que se refiere a la cuestión idiomática, las normas previstas en el reglamento se extienden a cualquier medio de transmisión (art. 12.5). El art. 12.7 establece la obligación de informar del derecho a rechazar y devolver la notificación al destinatario. Lo que dicho precepto no dispone es: ¿quién informa al receptor que tiene tales derechos? No creemos que esta exigencia, sobre todo la que establece el art. 12.2, puede cumplirse a través de la remisión de los formularios anexos.

4.3. Incremento de la protección de los derechos de defensa del destinatario

Para la Comisión, resultaba también necesario incrementar la protección de los derechos de defensa del destinatario. Así, la Propuesta de Reglamento introducía una serie de intervenciones específicas sobre el ejercicio del derecho a negarse a aceptar un documento siguiendo las directrices marcadas por el TJUE en la Sentencia dictada el 16 de septiembre de 2015⁷⁰ y en el Auto de 28 de abril de 2016⁷¹, donde el alto Tribunal incorporaba la obligación inexcusable de proporcionar la información sobre el derecho a negarse a aceptar un documento, mediante el formulario normalizado, la ampliación del plazo para ejercitar el derecho de negarse a aceptar un documento y la clarificación del cometido del órgano jurisdiccional de origen en la evaluación de dicha negativa (art. 8 de la Propuesta de Reglamento). Asimismo, la Propuesta proponía cambios evidentes sobre las comprobaciones que deben realizar los órganos jurisdiccionales antes de dictar una sentencia en rebeldía con arreglo al art. 19 del Reglamento. Lamentablemente, el tenor literal del Reg. 2020/1784 se pronuncia en estas cuestiones en términos casi idénticos, aunque aporta una mayor claridad, a lo establecido en su antecesor.

De hecho, en torno al tema del idioma su art. 12 reproduce el contenido del Reg. 1393/2007, ampliando, eso sí, el plazo del que dispone el destinatario para rechazar el documento. No obstante, sigue sin resolver de forma expresa cómo se determina qué conocimiento lingüístico debe poseer el destinatario, es decir, hasta qué punto el destinatario está en condiciones de entender el documento que se le notifica y, lo que es más importante, el grado de conocimiento que puede y debe exigirse, tal y como se evidenció en la decisión del TJUE en la Sentencia de 8 de mayo de 2008⁷², así como qué hacer en caso de

⁷⁰ Asunto C-519/13, ECLI:EU:C:2015:603.

⁷¹ Asunto C-384/14, ECLI:EU:C:2016:316.

⁷² Asunto C-14/07, ECLI:EU:C:2008:264.

abuso o fraude. Es en el considerando 26 donde el que determina tales cuestiones, aunque, a nuestro juicio, debería de haber sido incorporarlo al tenor literal de la norma. Con todo, las críticas que hacíamos en su día al art. 8 del Reg. 1393/2007 sobre la posibilidad de subsanar la notificación cuando el demandado la rechaza, así como la fecha a tener en cuenta cabe reproducirlas en relación con este.

Por su parte, la introducción explicativa de la Propuesta de Reglamento ponía de relieve la cuestión de la protección insuficiente de los demandados frente a los efectos de las sentencias dictadas en rebeldía. Es por ello que introducía dos cambios sustanciales. En primer lugar, se exigía al órgano jurisdiccional que conociera del asunto que remitiera una alerta con la fecha de incoación del proceso o sobre la sentencia dictada en rebeldía a la cuenta de usuario que se conociera del demandado. En segundo lugar, se fijaba un plazo común de dos años, a contar desde la fecha en que se dictare la sentencia en rebeldía, para presentar una acción extraordinaria tendente a la exención de la preclusión. Con estas modificaciones se esperaba reducir el número de causas en las que se dictan sentencias en rebeldía contra una parte demandada que reside en otro Estado miembro y que no tiene conocimiento del proceso incoado contra ella en el extranjero, para de esta forma reducir las acciones tendentes a la exención de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso. Lamentablemente tales cambios, que hubieran tenido una repercusión importante en el espacio judicial europeo —dada la remisión que a esta norma hacen otros textos europeos—, no se han materializado en el texto reformado, o no al menos, en el tenor literal del art. 22, donde se contemplan los derechos de defensa del demandado, sino en el considerando 35. En él, se admite que cuando el Derecho nacional y el presente reglamento permitan al órgano jurisdiccional dictar sentencia a pesar de no haberse obtenido certificación alguna de la notificación o el traslado del escrito de incoación o su equivalente, deben realizarse las diligencias oportunas ante las autoridades competentes o entidades del Estado miembro requerido a fin de obtener dicha certificación antes de que se dicte sentencia alguna de conformidad con cualquier otro requisito para la salvaguardia de los intereses del demandado. A menos que sea incompatible con el Derecho nacional, deben realizarse las diligencias oportunas para informar a la parte demandada de que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto ha incoado un proceso judicial por medio de cualquier canal de comunicación disponible, incluidas las tecnologías de comunicación modernas, en la dirección o a través de una cuenta de la que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tenga conocimiento.

5. CONCLUSIONES

El nuevo Derecho europeo sobre obtención de pruebas y notificación de documentos en la Unión Europea representa una regulación pionera al establecer un marco institucional decidido a favorecer la digitalización de la

transmisión de solicitudes de cooperación entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros. El nuevo Derecho europeo pretende aumentar la eficacia y la celeridad de los procedimientos judiciales, simplificando y agilizando la práctica de obtención de pruebas y traslado de documentos transfronterizos entre los Estados miembros. A tales efectos, acoge el «principio por defecto» que relega a un segundo plano el resto de los mecanismos de transmisión de solicitudes previstos en la normativa institucional. Queda por ver cuál será el éxito de la nueva regulación. Hacer vaticinios en la coyuntura actual se nos antoja un ejercicio fútil, teniendo en cuenta que su funcionamiento depende de cómo se ponga en práctica y se implemente este sistema. Es obvio que supone un avance considerable y necesario, cuyo éxito dependerá de la interoperabilidad que exista, es decir, de la capacidad de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre los organismos transmisores y receptores, lo que exigirá un intenso esfuerzo multinivel, especialmente de ámbito técnico y organizativo, para alcanzar la finalidad que exige. No obstante, será la Comisión la que en última instancia desvele en el futuro los resultados y las repercusiones de ambos reglamentos (art. 33 del Reg. 2020/1784 y art. 34 del Reg. 2020/1784).

El nuevo marco jurídico creado conserva muchos elementos de los anteriores reglamentos a los que desplaza (Reg. 1206/2001 y Reg. 1393/2007) e incorpora considerables novedades que responden a los principios de seguridad, celeridad, eficiencia y protección. En la revisión efectuada hemos examinado cómo el Reg. 2020/1783 apuesta de forma decidida por la simplificación y racionalización de los mecanismos de cooperación en la obtención de pruebas en los procedimientos transfronterizos, así como los problemas que la adopción del «principio por defecto» puede implicar en este ámbito. También hemos identificado que las modificaciones que el Reg. 2020/1784 incorpora podrían haber sido más concluyentes y garantistas, en particular a la hora de concretar cuándo se aplica dicho reglamento, así como al tratar la cuestión del idioma y la incomparecencia en las decisiones dictadas en rebeldía. No obstante, entre sus aciertos cabe cifrar la obligación de cooperación que establece entre las autoridades de los Estados miembros, a efectos de localizar el lugar donde debe remitirse los documentos al destinatario y, principalmente, al incluir la posibilidad de remitir al destinatario las notificaciones por vía electrónica. Hemos demostrado que la viabilidad de esta vía de notificación depende del cumplimiento de ciertas garantías (autenticación, confidencialidad, seguridad y disponibilidad) y de su conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. No se trata de proporcionar una «tutela eficiente», sino de una «tutela judicial efectiva eficiente». Para garantizar la efectividad de tal derecho resulta necesario que se asegure al destinatario el derecho que tiene a negarse a recibir y a devolver toda notificación que no esté redactada o traducida en una de las lenguas que el reglamento contempla. Además, en ningún caso debería ser suficiente el empleo de esta vía de notificación para dar al destinatario el conocimiento del inicio de un proceso en otro Estado miembro.

Con todo, los elementos mejorables detectados no logran ocultar la trascendencia de la nueva regulación europea, que está llamada a ser un instrumento indispensable para la generación de confianza en el mercado interior y un acicate para que los sistemas judiciales de los diferentes Estados miembros incorporen las nuevas tecnologías al ámbito interno.



Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
¿Entre migración y refugio? Desplazamientos por
causas climáticas e inadecuación normativa (II):
la necesidad de buscar respuestas
adecuadas desde la UE/
*Between migration and refuge? Displacements due to
climate causes and current regulatory inadequacy (II):
the need to seek adequate answers from the EU*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 181-183
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2a.01>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

II. FOROS

Coordinación a cargo de
Montserrat ABAD CASTELOS
(Derecho Internacional Público)
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
(Derecho Internacional Privado)
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Relaciones Internacionales)

**¿ENTRE MIGRACIÓN Y REFUGIO? DESPLAZAMIENTOS
POR CAUSAS CLIMÁTICAS E INADECUACIÓN
NORMATIVA (II): LA NECESIDAD DE BUSCAR
RESPUESTAS ADECUADAS DESDE LA UE/
BETWEEN MIGRATION AND REFUGE? DISPLACEMENT
DUE TO CLIMATIC CAUSES AND CURRENT
REGULATORY INADEQUACY (II): THE NEED TO SEEK
ADEQUATE ANSWERS FROM THE EU**

NOTA INTRODUCTORIA
INTRODUCTORY NOTE

Montserrat ABAD CASTELOS

Tal como se indicó antes, la generosa respuesta generada por el llamamiento a la presentación de contribuciones sobre «Migración y asilo: análisis y perspectivas» hizo que no fuera posible reconducir tantas, y tan buenas, propuestas a un solo número de la *Revista*, forzando a dedicar dos sucesivos. A la vez, la diversidad de textos que giraban en torno a los desplazamientos por causas climáticas desde el punto de vista del Derecho internacional público dejó patente una excusa ideal para dedicar un Foro a la materia, que a la fuerza debería distribuirse en dos partes, ya que, si bien todas las propuestas recibidas tenían en común el énfasis en el reconocimiento de la inadecuación normativa actual, cada una proponía estudiar un ángulo jurídico diferente de este fenómeno acuciante. El siguiente paso fue consensuar entre todos los participantes tanto el encabezamiento común, que daría título al Foro de DIP relativo a este tema, como las distintas aproximaciones a realizar. Por lo que se refiere al primero, este sería: «¿Entre migración y refugio?: Desplazamientos por causas climáticas e inadecuación normativa». En lo que respecta a los diversos acercamientos acordados, estos se desgranarán a continuación, al hilo de, por un lado, recordar el subtítulo y las aportaciones de la Parte I, y,

por otro lado, introducir las contribuciones incluidas en la Parte II que ve la luz en este número.

La Parte I se publicó en el núm. 2021-2 bajo la rúbrica «La necesidad de buscar respuestas adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales». Esta primera entrega se componía de las tres contribuciones siguientes: «Estados que se hunden: ¿Qué soluciones ofrece el Derecho internacional a los migrantes climáticos que abandonan los territorios afectados por la elevación del nivel del mar?», por la Dra. Natalia Ochoa; «El principio de no devolución en tiempos de emergencia climática: una revisión necesaria para la protección del refugio y el asilo climático», por las Dras. Susana Borràs y Paola Villavicencio-Calzadilla; y, por último, «La protección regional de los migrantes climáticos», por el Dr. Justo Corti. Remitimos a los lectores por tanto al anterior ejemplar, donde se contienen los textos.

Entrando ya en la presentación del contenido del número actual, ha de señalarse que aquí se publica la Parte II del Foro, con el subtítulo «La necesidad de buscar respuestas adecuadas desde la UE», que se integra a su vez por las dos contribuciones siguientes: «La necesidad de un acción normativa por parte de la Unión Europea en materia de protección de desplazados medioambientales transfronterizos», por la Dra. Gloria Fernández Arribas, y «El visado climático europeo como instrumento de protección jurídica para las personas migrantes climáticas», por la Dra. Beatriz Felipe.

En primer lugar, la Dra. Fernández explora los recursos jurídicos de que dispone actualmente la UE en la materia, y muestra la incapacidad de esta para enfrentarse con solvencia a los retos existentes, debido a que ha de fiarse prácticamente todo al principio de *non-refoulement*, que es imprescindible, por supuesto, pero no suficiente. En efecto, las dos directivas que *a priori* podrían activarse, la Directiva sobre los requisitos para el reconocimiento de protección internacional, de un lado, y la relativa a la protección temporal, de otro, previsiblemente no van a servir para arreglar los problemas: en el primer caso, por el imposible cumplimiento de los requisitos de partida, y, en el segundo, por presentar más inconvenientes que ventajas (fundamentalmente por el carácter meramente temporal de la protección prevista y también por el poco margen práctico que parece haber para su utilización). El examen de todo ello, en definitiva, le permite apuntalar con solidez la conclusión final acerca de la necesidad de una respuesta normativa específica de la Unión.

Y, en segundo lugar, la Dra. Beatriz Felipe indaga en la viabilidad de un visado climático europeo para brindar protección jurídica específica a las personas migrantes climáticas. Aunque todavía no existe ninguna herramienta activa de este tipo, habría precedentes que podrían ser de utilidad para la Unión Europea, en particular ciertas experiencias de acuerdos bilaterales o también ciertos visados ideados por algunos Estados, que, aun sin haber sido exitosos, pueden mostrar lecciones que aprender. Con este entramado, la autora aborda cuáles serían los problemas a resolver para poner a punto un visado climático de la Unión, después de que una iniciativa a este respecto quedara desestimada en el PE en mayo de 2021. Uno de ellos, sin duda, es

el de identificar a sus potenciales beneficiarios. No obstante, pese a pronunciarse netamente a favor del visado, su conclusión es rotunda en el sentido de concebirlo solo como un instrumento de acompañamiento, ya que se precisan otras medidas de protección jurídica basadas en el marco normativo internacional de los derechos humanos, de la movilidad humana («forzada y relativamente voluntaria») y del cambio climático.

Estas dos valiosas contribuciones aquí contenidas forman parte, en suma, de un *todo*, junto con las tres publicadas en el número pasado, en la medida en que las cinco fueron concebidas para complementarse mutuamente, tras comprobar que no había discrepancias en torno a las principales tesis mantenidas, debido, sin duda, al sentido de urgencia y de insuficiencia palmaria que se desprende inevitablemente del estado de cosas en el ámbito universal y también de la Unión Europea. Todas ellas hacen aportaciones de interés incorporando además una conclusión en forma de idea-fuerza en el título del último epígrafe de cada una.

Entre medias de la publicación de las dos partes de este Foro, el Consejo de Derechos Humanos ha adoptado una importante Resolución, en octubre de 2021, reconociendo por fin el R2HE o derecho a un medio ambiente sano, con el simbolismo que ello tiene en el plano universal, donde faltaba; a la vez que ha creado el nuevo mandato de relator/a especial para la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del *cambio climático*. Es de esperar, al menos de desear, que desarrollos como estos puedan actuar como catalizadores para alcanzar nuevos consensos que cimenten la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos que ofrezcan efectivamente a las personas migrantes climáticas la protección que merecen.





Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
¿Entre migración y refugio? Desplazamientos por
causas climáticas e inadecuación normativa (II):
la necesidad de buscar respuestas
adecuadas desde la UE/
*Between migration and refuge? Displacements due to
climate causes and current regulatory inadequacy (II):
the need to seek adequate answers from the EU*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 185-192
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2a.02>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

LA NECESIDAD DE UNA ACCIÓN NORMATIVA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DESPLAZADOS MEDIOAMBIENTALES TRANSFRONTERIZOS

THE NEED FOR EUROPEAN UNION REGULATORY ACTION ON THE PROTECTION OF TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL DISPLACED PERSONS

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS*

Palabras clave: cambio climático, refugiados, desplazados, migración, Unión Europea, no devolución, protección internacional.

Keywords: climate change, refugees, displaced persons, migration, European Union, non-refoulement, international protection.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: AÑOS DE INFORMES Y POCAS SOLUCIONES.—2. LOS LÍMITES DE LA DIRECTIVA SOBRE LOS REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.—3. LA DIFÍCIL APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCIÓN TEMPORAL.—4. UNA RESPUESTA INSUFICIENTE PERO NECESARIA: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE *NON-REFOULEMENT*.—5. CONCLUSIÓN: LA EXIGENCIA DE UNA RESPUESTA NORMATIVA.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: AÑOS DE INFORMES Y POCAS SOLUCIONES

Los desplazamientos de personas como consecuencia del cambio climático y su llegada a territorio europeo llevan varios años en la agenda de la

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (gferarr@upo.es). Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+d+i «Cambio climático y refugiados: Futuro reto de la UE. El Sahel como caso de estudio», financiado a través del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020.



Unión, sin que hasta la fecha se haya adoptado ninguna regulación específica sobre la materia.

En 2008 el informe «*Climate Change and International Security*» como elaborado por el Alto Representante y la Comisión, señalaba las amenazas para la seguridad internacional que podrían derivar de los efectos del cambio climático, entre las que se encontraban el incremento de la presión migratoria que sufriría Europa.

De este modo, y a pesar de que la mayoría de los desplazamientos como consecuencia de situaciones climatológicas adversas son actualmente de carácter interno, debemos considerar que estos desplazamientos internos, unidos a la ausencia de recursos e incapacidad del Estado de garantizar la vida de estas personas, pueden dar lugar a desplazamientos transfronterizos¹ hacia la Unión Europea (UE). Junto con ellos, nos podremos encontrar también con solicitantes de protección internacional que huyen de países en conflicto como consecuencia de los efectos del cambio climático ya que, tal y como señalaba el informe, se podrían producir conflictos por los recursos, apropiación de territorio, radicalización o conflictos de carácter étnico y religioso.

En 2011 el Parlamento Europeo (PE) publicaba un estudio titulado «*Climate Refugees. Legal and policy responses to environmentally induced migration*» en el que señalaba la ausencia de medios para dar respuesta a la llegada de estas personas, y un estudio publicado posteriormente en 2020 («*Climate Change and Migration*») venía a actualizar y profundizar el análisis de las cuestiones mencionadas.

Junto con estos estudios, la Comisión en 2013 elaboraba también un exhaustivo documento de trabajo titulado «*Climate change, environmental degradation and migration*», en el que analizaba la relación entre movimientos migratorios y cambio climático, y la capacidad de respuesta de la Unión no solo frente a la llegada de personas, sino también en los países de origen más afectados.

En todo caso, tal y como señalaba el Parlamento en su Informe de 2019 («*The concept of "climate refugee". Towards a possible definition*»), por el momento no tenemos ningún marco específico para regular la llegada de estas personas a la UE, por lo que en este trabajo analizaremos si la regulación existente podría servir para dar respuesta a la llegada de personas a nuestras fronteras huyendo de los efectos adversos del cambio climático. Para ello, nos centraremos concretamente en dos de las normativas más referidas cuando se analiza esta cuestión: la Directiva sobre los requisitos para el reconocimiento de protección internacional (Directiva 2011/95/UE) y la Directiva sobre protección temporal (Directiva 2001/55/CE). Junto a estas directivas analizaremos la aplicación del principio de *non-refoulement*, esencial en el estudio de la materia referida a protección internacional.

¹ Entendemos que esta definición permitiría determinar el tipo de movimiento, las causas y la necesidad de protección.

2. LOS LÍMITES DE LA DIRECTIVA SOBRE LOS REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La Directiva 2011/95 sobre los requisitos para el reconocimiento de protección internacional regula los dos tipos de protección que otorga la UE: el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria.

En relación con el estatuto de refugiado, el mismo está pensado para aquellas personas que cumplen con los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra, y dado que las personas que huyen de sus países de origen como consecuencia del cambio climático no cumplirían en principio con dichos requisitos, la única opción posible sería la del reconocimiento de la protección subsidiaria.

Esta protección subsidiaria está pensada para aquellas personas que a pesar de no cumplir con los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra necesitan de protección internacional, ya que en caso de regresar a su país de origen se enfrentarían a alguno de los daños graves que recoge la Directiva en su art. 15. De estos daños graves, únicamente daría lugar a su aplicación la opción de considerar que las condiciones de vida de los desplazados climáticos en caso de ser devueltos podrían entenderse como tratos inhumanos o degradantes. Esta opción requiere llevar a cabo una interpretación extensiva de dicho concepto en línea con la desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), siendo en todo caso posible dado que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), el art. 15 de la Directiva se correspondería con el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En todo caso, nos centraremos en lo que consideramos el verdadero problema a la hora de otorgar protección subsidiaria, esto es, el agente del daño, que conforme al art. 6 podría ser el Estado, partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, y agentes no estatales si los agentes anteriores no pueden o no quieren proporcionar protección.

De este modo, surgen dudas sobre el agente causante del daño en el caso de los desplazamientos medioambientales dado que, si bien el cambio climático se atribuye en gran medida a la mano del hombre, establecer una relación directa entre el Estado y, por ejemplo, la degradación ambiental que ha desembocado en una terrible sequía en territorios de Sudán resultaría prácticamente imposible.

Por tanto, la opción más adecuada para la aplicación de la Directiva y el otorgamiento de protección subsidiaria pasaría por una modificación del art. 15 que incluya los daños producidos por el cambio climático, o una modificación del art. 6 que excluyera la necesidad de establecer un agente en caso de daños producidos por los efectos del cambio climático.

3. LA DIFÍCIL APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCIÓN TEMPORAL

La Directiva 2001/55 recoge las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, y en ella se establece únicamente una protección temporal de un año prorrogable por periodos de seis meses hasta otro año. Esta protección plantea elementos positivos desde el punto de vista de las personas que huyen debido a los efectos del cambio climático, dado que la Directiva no establece ningún requisito específico e individual para ser beneficiario, simplemente es suficiente, conforme al art. 2.a), que dichas personas «desplazadas procedentes de terceros países [...] no puedan volver a entrar en su país de origen». En cuanto a los motivos por los que no pueden volver a su país de origen, la Directiva no establece específicamente una lista, pero sí podría servir de ayuda la definición que hace de las personas desplazadas y que serían beneficiarias de dicha protección, señalando que serían aquellas que no pueden regresar en condiciones seguras y duraderas debido a la situación existente en ese país, y concretamente aquellas que «han huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente» o que «hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos». Constituyen, por tanto, supuestos bastante amplios en los que tendrían cabida las personas que huyen de sus países de origen debido a los efectos adversos que el cambio climático tendría en sus condiciones de vida y en su supervivencia.

En todo caso, consideramos que la aplicación de dicha Directiva plantea un mayor número de inconvenientes que beneficios.

En primer lugar, la Directiva requiere la afluencia masiva de personas, lo cual podría cumplirse en el caso de desastres naturales que requieren evacuaciones de emergencia de un número considerable de habitantes, como pueden ser inundaciones, tsunamis o huracanes, si bien estas situaciones no darían lugar a la aplicación de la Directiva si se considera que las personas podrían trasladarse a una zona concreta del territorio, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos de desastres naturales repentinos. Por otra parte, no viene a solucionar los principales movimientos transfronterizos que se producirían por lo que se conocen como efectos de carácter progresivo o *slow-onset effects*, y consistentes en sequías, desertificación o degradación de la tierra, ya que se trata de un cambio gradual que no provoca movimientos masivos.

En segundo lugar, se plantea otro problema en relación con las posibilidades reales de aplicación de la Directiva. Desde 2001, año en que fue adoptada, nunca ha sido activada, ni siquiera durante la grave crisis de llegada masiva de personas procedentes de Libia durante el conflicto armado, ni tampoco con la reciente llegada masiva de personas huyendo del conflicto armado en Siria. En este sentido, el principal obstáculo se encuentra en el propio procedimiento de activación que requiere, a propuesta de la Comisión, la constatación de una

afluencia masiva de personas por parte del Consejo mediante mayoría cualificada. De este modo, si en el contexto de las dos mencionadas crisis no fue posible la activación de la protección que otorga la Directiva, podemos considerar que existen pocos visos de que la misma sea activada por una posible llegada de masiva de personas huyendo de los efectos del cambio climático.

Por último, la protección que otorga la Directiva es de carácter temporal, teniendo una duración máxima de dos años, periodo en el que o bien la persona podría volver a su país de origen, o bien hubiera dado tiempo de tramitarse su solicitud para la concesión del estatuto de refugiado o protección subsidiaria. Ninguno de estos escenarios parece de posible aplicación en el caso de las personas que llegan a Europa huyendo de los efectos del cambio climático ya que, por una parte, los *slow-onset effects* pueden suponer una degradación ambiental en la mayoría de los casos de carácter permanente que impedirán la vuelta en un futuro, y por otra parte, tampoco cumplirían con los requisitos para el otorgamiento de protección subsidiaria, quedando, por tanto, en un limbo jurídico.

En consecuencia, esta Directiva viene a confirmar la ausencia de recursos jurídicos para determinar el estatuto y protección de estas personas.

4. UNA RESPUESTA INSUFICIENTE PERO NECESARIA: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE *NON-REFOULEMENT*

Como se ha señalado, la regulación de la UE en materia de protección internacional no vendría claramente a dar cabida a las personas que huyen de sus países como consecuencia de los efectos adversos del cambio climático. Por ello, consideramos que el principio de *non-refoulement* constituye el elemento determinante y canalizador de la protección internacional para los desplazados medioambientales transfronterizos.

En el ámbito de la UE, este principio se encuentra recogido en el art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), y en el ámbito del CEDH, si bien dicho principio no viene recogido en el propio Convenio, sí ha sido desarrollado por el Tribunal a lo largo de una extensa jurisprudencia².

Por tanto, se trata de determinar si la expulsión de un desplazado medioambiental transfronterizo a su país de origen podría conllevar la violación del art. 19 de la CDFUE o de los arts. 2 o 3 del CEDH, y atendiendo al contenido de dichos artículos, la única posibilidad que cabría considerar sería que la expulsión conllevase la existencia de un riesgo para la vida de la persona, o un riesgo de que la persona fuese sometida a un trato inhumano o degradante como consecuencia de los efectos adversos del cambio climático.

² Junto con los citados, véanse, entre otros, *Soering c. Reino Unido*, núm. 14038/88, TEDH 1989; *Chahal c. Reino Unido*, núm. 22414/93, TEDH 1996; *Saadi c. Italia*, núm. 37201/06, TEDH 2008; *J. K. c. Suecia*, núm. 59166/12, TEDH 2016.

El TJUE ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones la relación y el valor de la jurisprudencia del TEDH a la hora de interpretar el concepto de tortura o tratos inhumanos o degradantes³, por lo que recurriremos a la jurisprudencia del TEDH para determinar si las condiciones de vida de los desplazados medioambientales transfronterizos en sus países de origen podrían ser consideradas como trato inhumano o degradante.

En este sentido encontramos tres asuntos que vienen a clarificar la evolución y amplitud del concepto de trato inhumano o degradante. En el primero de ellos, *D. c. Reino Unido*⁴, el TEDH señalaba que las condiciones en las que se encontraría el solicitante, que estaba gravemente enfermo, en caso de ser devuelto a su país constituirían una violación del art. 3 dado que, no dispondría de tratamiento médico, ni de familia que pudiera atenderlo, además de no garantizarse acceso a alimentación, alojamiento o ayuda social⁵. Este asunto fue tomado en consideración por el TJUE en el asunto *M'Bodj*, señalando que solo en circunstancias excepcionales cabría considerar como violación del art. 3 la devolución de una persona aquejada de una enfermedad grave a un país de origen en el que no existan los tratamientos adecuados, y que además, ello no daría lugar a la concesión de la protección subsidiaria recogida en la Directiva 2011/95⁶, sin que por otra parte negara que el Estado pudiera otorgar otro tipo de protección de carácter humanitario. En todo caso, y a pesar de que no lo establece expresamente, podríamos entender que el no otorgamiento de protección subsidiaria no sería una violación de la Directiva, pero sí entendemos que constituiría una violación del art. 19.2 de la CDFUE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 3 del CEDH.

El segundo asunto que viene a ampliar el concepto de trato inhumano o degradante es el conocido asunto *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*⁷, en el que fueron las condiciones socioeconómicas en las que se encontró el solicitante de protección internacional al ser devuelto a Grecia, las que llevaron al Tribunal a considerar que esta persona había sido sometida a un trato humillante, lo cual, unido a la incertidumbre sobre si permanecería o no en el país y la ausencia de ninguna posibilidad de mejora de su situación, implicaban un nivel de gravedad que permitía considerar la existencia de una violación del art. 3. Por otra parte, es necesario señalar que el Tribunal tomaba en consideración la especial vulnerabilidad de los solicitantes de protección internacional, vulnerabilidad que consideramos puede ser también aplicable a aquellas personas que huyen de sus países de origen debido a que los efectos del cambio climático hacen imposible la vida en dicho territorio.

³ Sentencia de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94, párr. 28; Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, C-542/13, ECLI:EU:C:2014:2452, párr. 38.

⁴ *D. c. Reino Unido*, núm. 30240, TEDH 1997.

⁵ *Ibid.*, párr. 42.

⁶ *Mohamed M'Bodj c. État belge*, párr. 40.

⁷ *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, núm. 30696/09, TEDH 2011.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el tercer asunto traído a colación aquí es probablemente el determinante en esta materia. Se trata del asunto *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, ya que en este caso se consideró que la devolución de estos solicitantes a sus países de origen, donde acabarían en campos de refugiados o desplazados internos, constituía una violación del art. 3 debido a las condiciones de vida en dichos campos. Según el Tribunal, estos campos se encontraban masificados, no había alojamiento para todos, apenas agua o servicios sanitarios, además de una inseguridad con altos niveles de robo, violencia sexual y explotación⁸.

En relación con este asunto consideramos interesante hacer referencia a la sequía que asoló Somalia en 2011 y que provocó que unos 160.000 somalíes cruzaran la frontera de Kenia dirigiéndose la mayoría de ellos al campo de refugiados de Dadaab⁹, precisamente uno de los campos mencionados por el TEDH en el asunto *Sufi y Elmi*. A ello debe unirse el impacto medioambiental del propio campo de refugiados de Dadaab, que ha provocado una escasez de recursos en la zona y que ha llevado a la población cercana a una mayor vulnerabilidad frente a las sequías y a unos mayores niveles de inseguridad alimentaria¹⁰.

Este escenario, unido a las situaciones de conflicto que pueden surgir como consecuencia de los efectos de cambio climático, permitiría considerar que la devolución de estas personas a sus países de origen en las circunstancias descritas podría constituir un trato inhumano o degradante en línea con la jurisprudencia del TEDH. En este caso, si bien la Directiva no permite el otorgamiento de protección subsidiaria, una interpretación del art. 19.2 de la CDFUE conforme a la jurisprudencia del TEDH conllevaría la obligación de no devolver a estas personas, debiendo los Estados encontrar fórmulas para su permanencia en el territorio. Este resultado sería de nuevo insatisfactorio desde el punto de vista de la respuesta de la UE, ya que, si bien la propia normativa de la Unión impediría la devolución, la misma normativa de la UE en materia de protección internacional impediría el otorgamiento de la protección necesaria. Lo más coherente sería que la UE arbitrara un mecanismo para dar respuesta a la aplicación del art. 19 de la CDFUE.

5. CONCLUSIÓN: LA EXIGENCIA DE UNA RESPUESTA NORMATIVA

Los efectos del cambio climático en los movimientos internos y transfronterizos de personas son hoy una realidad que ha sido reconocida a nivel internacional por diversas instituciones gubernamentales y no gubernamentales, señalándose en la mayoría de los casos la necesidad de dar una respuesta a este fenómeno tanto desde el punto de vista social como jurídico.

⁸ *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, párrs. 288-291.

⁹ THE NANSEN INITIATIVE, *Agenda for the Protection of Cross-Border...*, op. cit., p. 9.

¹⁰ KRALER, A., CERNEI, T. y NOACK, M., «Climate Refugees», *Legal and policy...*, op. cit., p. 26.

A pesar de ello, actualmente no contamos con una normativa de carácter internacional que permita determinar el estatuto jurídico de estas personas, por lo que se hace necesario recurrir al ámbito regional para determinar el posible otorgamiento de protección internacional.

En este sentido, la UE, dada la vulnerabilidad de las regiones vecinas frente al cambio climático y dado el amplio desarrollo normativo jurisprudencial en materia de protección internacional, podría considerarse preparada para otorgar una respuesta a este fenómeno, si bien el análisis de su normativa arroja una visión completamente diferente.

La UE no goza de recursos jurídicos para dar respuesta a la llegada de personas huyendo de los efectos adversos del cambio climático, ya que la Directiva para el reconocimiento del estatuto de refugiado y protección subsidiaria no sería de aplicación al no cumplir los desplazados medioambientales transfronterizos los requisitos exigidos para obtener protección; y la Directiva relativa a la protección temporal resulta de exigua y difícil aplicación.

La protección de estas personas debe arbitrarse por tanto, a través del principio de *non-refoulement*, que parece haberse convertido con carácter general en la piedra angular de la protección de las personas que huyen de sus países de origen debido al riesgo de violación de derechos humanos, y que si bien ha sido recogido en la CDFUE, la aplicación del mismo y por tanto, la no expulsión de estas personas nos lleva de nuevo a constatar la ausencia de una figura jurídica o estatuto jurídico otorgado por la UE para las personas que no pueden ser expulsadas.

Finalmente, la UE ha venido a reconocer los efectos del cambio climático y ha creado una agenda verde para gestionar su propio futuro. A pesar de la importancia de dicho avance, resulta necesario recalcar que la Unión no puede dejar a un lado la regulación de los problemas que el cambio climático tendrá también en terceros Estados y que, como se ha señalado, podrán trasladarse a nuestras fronteras. Razón por la cual, si bien buscar soluciones en estos terceros Estados resulta absolutamente necesario para evitar los desplazamientos medioambientales, estar preparados para ofrecer soluciones en caso de que los mismos se produzcan constituye una necesidad a fin de proteger los valores en los que se fundamenta la Unión.



Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
¿Entre migración y refugio? Desplazamientos por
causas climáticas e inadecuación normativa (II):
la necesidad de buscar respuestas
adecuadas desde la UE/
*Between migration and refuge? Displacements due to
climate causes and current regulatory inadequacy (II):
the need to seek adequate answers from the EU*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 193-200
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2a.03>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

EL VISADO CLIMÁTICO EUROPEO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN JURÍDICA PARA LAS PERSONAS MIGRANTES CLIMÁTICAS

THE EUROPEAN CLIMATE VISA AS A LEGAL INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF CLIMATE MIGRANTS

Beatriz FELIPE PÉREZ*

Palabras clave: migraciones climáticas, Derecho internacional, UE, visado humanitario, visado climático, emergencia climática.

Keywords: climate migration, international law, EU, humanitarian visa, climate visa, climate emergency.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TODAVÍA LIMITADA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LAS MIGRACIONES CLIMÁTICAS.—3. EXPLORANDO EXPERIENCIAS PREVIAS PARA EL DISEÑO DEL VISADO CLIMÁTICO EUROPEO.—4. CONCLUSIÓN: VISADO CLIMÁTICO EUROPEO SÍ, PERO JUNTO CON OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA PARA LAS PERSONAS MIGRANTES CLIMÁTICAS.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que continúa siendo un fenómeno desconocido por gran parte de la población, la movilidad humana inducida por los desastres y los efectos del cambio climático es una realidad que está teniendo lugar en la actualidad. Ya hay ejemplos de personas obligadas a abandonar sus hogares por un conglomerado de causas entre las que destacan los efectos de la crisis climática. Desde los pequeños Estados insulares de escasa elevación, que se enfrentan

* Investigadora asociada al Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT) de la Universitat Rovira i Virgili (URV) e investigadora de CICrA Justicia Ambiental. Correo electrónico: beatriz.felipe@cicra.coop.



a los problemas asociados a la elevación del nivel del mar y a las tormentas más intensas, como se ha comentado previamente en otras contribuciones en la primera parte de este Foro, hasta quienes habitan en ciertos pueblos en Alaska, que ven cómo sus hogares e infraestructuras no logran mantenerse debido a las consecuencias del derretimiento del permafrost.

En la propia Unión Europea (UE) ya hay movimientos de población inducidos por desastres y efectos de la crisis climática, como demuestran los informes anuales del Centro para el Monitoreo Interno¹ (IDMC, por sus siglas en inglés). Sin embargo, la gravedad y magnitud de estos desplazamientos es mucho menor si se compara con lo que está ocurriendo en otras regiones del planeta, más vulnerables y menos responsables.

Al sur del Mediterráneo, en Faouar (Túnez), por ejemplo, es común que algunas familias migren ante las condiciones climáticas cada vez más adversas. Esto forma parte de un proceso más amplio de transformación socio-económica en el que las personas se trasladan para hacer frente a los cambios ambientales y climáticos, adaptarse a ellos u optimizar sus medios de vida². En Egipto, a su vez, los impactos del cambio climático en la economía y el bienestar social están influyendo en la movilidad interna desde las zonas rurales hacia la capital³.

En Marruecos, las inundaciones y las sequías, intensificadas por el cambio climático, están afectando a la agricultura, de la que depende directamente gran parte de la población del país. Esto está induciendo, junto con otros factores como la pobreza, diversas formas de movilidad humana⁴. Este país recibe, a su vez, a personas procedentes de otros Estados africanos que huyen de las consecuencias de los desastres y de los impactos climáticos, entre otros motivos. Entre estas personas se encuentran pescadores de África occidental cuyo sustento también se está viendo afectado por la elevación de la temperatura y la acidificación del mar, así como por la reducción del caudal de los ríos. Otro factor, realmente clave, es la destrucción de los ecosistemas marinos y el agotamiento de la pesca en la región, liderada, sobre todo, por empresas extranjeras, muchas de ellas europeas⁵.

Los casos señalados, así como la mayoría de las migraciones climáticas, están teniendo lugar predominantemente dentro de los Estados, especialmente en las naciones empobrecidas del Sur global. Sin embargo, como se

¹ IDMC, *Global Report*. Disponible en www.internal-displacement.org/global-report.

² SOBZAK-SZELC, K. y FEKIH, N., «Migration as one of several adaptation strategies for environmental limitations in Tunisia: evidence from El Faouar», *Comparative Migration Studies*, vol. 8, 2020, núm. 8, <https://doi.org/10.1186/s40878-019-0163-1>.

³ ULLAH, A., «Climate change and climate refugee in Egypt: an overview from policy perspectives», *TMC Academic Journal*, vol. 7, 2012, núm. 1, pp. 56-70.

⁴ FERNÁNDEZ, C., SIERRA-HUEDO, M. L. y CHINARRO, D., «Climate Change-Induced Migration in Morocco: Sub-Saharan and Moroccan Migrants», en PARADISO, M. (ed.), *Mediterranean Mobilities*, Reino Unido, Springer, 2019, pp. 177-194.

⁵ SOW, P., MARMER, E. y SCHEFFRAN, J., «Between the heat and the hardships. Climate change and mixed migration flows in Morocco», *Migration and Development*, vol. 5, 2015, núm. 2, pp. 293-313.

ha comentado previamente en este Foro, también hay (y habrá) casos de movilidad internacional asociada directa e indirectamente a estos impactos.

Ante los efectos de las inundaciones, sequías o tormentas tropicales, los grupos en situación de mayor vulnerabilidad a menudo quedan «atrapados» en situaciones extremadamente precarias. Estos grupos de población suelen carecer de los recursos económicos para migrar de manera planificada y segura y, si a esto se suma la carencia de protección jurídica internacional, es probable que, si consiguen trasladarse, se embarquen en travesías peligrosas o que sean víctimas del tráfico de personas. Esto está dando lugar a tragedias como las que se están viviendo diariamente en las costas canarias.

Aunque la comunidad internacional está comenzando a prestar más atención a las migraciones climáticas, los avances que se están dando en el plano del Derecho internacional continúan siendo inadecuados para brindar una asistencia justa y a tiempo al creciente número de personas afectadas⁶. La UE, en concreto, como responsable de la emisión de una gran parte de los gases de efecto invernadero (GEI) que sobrecalientan la atmósfera común⁷, así como de otras prácticas insostenibles que contribuyen a la crisis climática, tiene el deber de proteger a las personas migrantes climáticas.

2. LA TODAVÍA LIMITADA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA A LAS MIGRACIONES CLIMÁTICAS

En los últimos años, la llegada de personas procedentes de terceros Estados ha sido uno de los asuntos políticos que más tensiones ha generado en el marco de la UE. Como comentábamos en el informe titulado «El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas»:

«Si se tiene en cuenta lo conflictivo que se ha vuelto el tema de la movilidad humana en los foros políticos y jurídicos de la UE, y las graves violaciones que están viviendo las personas que intentan ingresar en la región, no es difícil predecir que los debates sobre las migraciones climáticas en el seno de la UE serán tensos y resultará complicado adoptar acuerdos específicos al respecto»⁸.

En este sentido, a las iniciativas que ya comentaba la Dra. Fernández Arribas en este Foro, hay que sumar otras en las que la UE ha reconocido la realidad de las migraciones climáticas. Por ejemplo, una de las primeras fue la Resolución del Parlamento Europeo de 1999 en la que se incluye el tema

⁶ Sobre el vacío jurídico que prevalece en el ordenamiento jurídico internacional, véase FELIPE, B., *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*, Navarra, Aranzadi, 2019.

⁷ HICKEL, J., «Quantifying national responsibility for climate breakdown: an equality-based attribution approach for carbon dioxide emissions in excess of the planetary boundary», *Lancet Planet Health*, vol. 4, 2020, pp. 399-404.

⁸ FELIPE, B., *El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas*, Madrid, ECODES, 2019, p. 21.

de las personas «refugiadas climáticas»⁹ o las conclusiones del Consejo de la UE de mayo de 2016, en las que aseguraba que «el cambio climático, las catástrofes tanto naturales como antropogénicas, así como la falta de posibilidades de desarrollo o de seguridad humana plantean retos adicionales» a lo que denominaban «crisis mundial de refugiados y migratoria»¹⁰.

Desde la UE se ha mantenido, por lo general, una aproximación demasiado cautelosa. Las instituciones de la UE han permanecido bastante reacias a liderar la cuestión de la protección de las personas migrantes climáticas hasta el momento. De hecho, la activación de las dos directivas que podrían utilizarse en el caso específico de las migraciones climáticas internacionales, analizadas por la Dra. Fernández Arribas en su contribución al presente Foro, parece casi imposible si no se cuenta con mucha mayor voluntad política por parte de la UE y de los Estados miembros.

A pesar de lo anterior, cabe destacar que algunos Estados miembros ya han avanzado en este sentido. Por ejemplo (y aunque en la actualidad se encuentra suspendida esta disposición), en Finlandia la Ley de Extranjería de 2004 proveía la figura de la protección temporal, de tres años de duración como máximo, a las personas que no podían regresar a sus países debido a los efectos de un desastre ambiental. Asimismo, la Ley de Extranjería de Suecia, de 2005, contiene medidas parecidas. La decisión, en el caso de Suecia, se tomaba para casos individuales y no para grupos. En principio, la protección se otorgaba de manera temporal, pero la legislación de este país preveía que algunas de estas personas recibieran soluciones permanentes. Suecia optó por una derogación temporal desde el 20 de julio de 2016 hasta el 19 de julio de 2019, que posteriormente fue prorrogada hasta julio de 2021.

Por lo general, desde la UE se ha abordado la situación a través de la óptica de la securitización de las fronteras, en lugar de hacerlo desde la solidaridad y la responsabilidad global, como correspondería desde la perspectiva de la justicia climática y si se tuviera en cuenta el principio de las responsabilidades comunes, pero diferenciadas.

En 2020, la Comisión de Desarrollo del Parlamento Europeo lideró un proceso político asesorado por investigadoras e investigadores especializados en migraciones climáticas. En este marco, se publicó un informe de iniciativa propia titulado «El impacto del cambio climático en la población vulnerable en los países en desarrollo»¹¹ que tenía entre sus objetivos la inclusión del componente climático en todos los programas de protección exterior de pro-

⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolution on the environment, security and foreign policy*, 2019. Disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT+REPORT+A4-1999-005+0+DOC+XML+V0%2F%2FEN.

¹⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones del Consejo relativas al planteamiento de la UE sobre desplazamiento forzoso y desarrollo*, 2016. Disponible en www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/05/12/conclusions-on-forced-displacement-and-development/.

¹¹ COMITÉ DE DESARROLLO, *Informe sobre el impacto del cambio climático en la población vulnerable en los países en desarrollo [2020/2042(INI)]*, 2020. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0115_ES.html.

tección internacional, lograr financiación mediante el nuevo instrumento de desarrollo y vecindad y ampliar los instrumentos de ayuda humanitaria, como los visados humanitarios, al ámbito de las migraciones climáticas¹².

3. EXPLORANDO EXPERIENCIAS PREVIAS PARA EL DISEÑO DEL VISADO CLIMÁTICO EUROPEO

Si bien hoy en día no existe ningún visado climático activo, ya hay experiencias de acuerdos bilaterales que pueden servir de ejemplo para la UE. En los últimos años, además, han surgido propuestas en este sentido en diferentes regiones del mundo que merece la pena explorar a la hora de definir un posible visado climático europeo. Asimismo, los visados temporales que algunos Estados ya ofrecen en casos de desastres pueden servir de modelo para la UE.

En relación con los acuerdos laborales que permiten una migración segura, cabe destacar el caso de los alcanzados entre algunos pequeños Estados insulares de escasa elevación del Pacífico con Nueva Zelanda y Australia. Un ejemplo de los frutos de este tipo de acuerdos es la *Pacific Access Category Resident Visa*¹³, que permite trasladarse cada año a Nueva Zelanda a un número determinado de personas de Fiji, Tuvalu, Kiribati y Tonga, donde obtienen un permiso de residencia de duración indefinida.

Para participar en este programa, las personas que lo solicitan tienen que tener una serie de características determinadas, entre las que se encuentran: tener entre dieciocho y cuarenta y cinco años, una oferta de empleo en Nueva Zelanda, demostrar su conocimiento de inglés, contar con unos mínimos ahorros económicos, pasar por un examen médico, etc. Aunque es un acuerdo para personas cualificadas y no estrictamente migrantes climáticas (de hecho, muchas afectadas, como las personas mayores, quedarían fuera), es un ejemplo de cooperación internacional en el que las personas migran desde Estados menos responsables de la crisis climática, pero más vulnerables, a otros con mayor peso, y lo hacen de manera más segura.

En cuanto a otras propuestas de visado climático, en 2017 el ministro de cambio climático de Nueva Zelanda anunció que el país estaba considerando emitir una categoría de «visado humanitario experimental»¹⁴ para las perso-

¹² SILVANA, M. y GAMERO, J. M., «Hacia una respuesta europea ante las migraciones climáticas y medioambientales», *El País*, 2020. Disponible en https://elpais.com/economia/2020/08/04/alternativas/1596544579_383773.html.

Véase también SILVANA, M., GAMERO, J. M. y FELIPE, B., «Hacia un visado climático europeo», *El País*, 2021. Disponible en https://elpais.com/economia/2021/03/29/alternativas/1617018191_849954.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir.

¹³ GOBIERNO DE NUEVA ZELANDA, *Information about Pacific Access Category Resident Visa*, 2021. Disponible en www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/apply-for-a-visa/visa-factsheet/pacific-access-category-resident-visa.

¹⁴ DEMPSTER, H. y OBER, K., *New Zealand's «Climate Refugee» Visas: Lessons for the Rest of the World*, 2021. Disponible en www.cgdev.org/blog/new-zealands-climate-refugee-visas-lessons-rest-world.

nas residentes en los Estados insulares del Pacífico desplazadas por los efectos del cambio climático. Este plan tenía como objetivo permitir que casi 100 personas al año afectadas directamente por los impactos de la crisis climática emigraran a Nueva Zelanda.

Sin embargo, y a pesar de la gran expectativa internacional que se creó, Nueva Zelanda abandonó su plan seis meses después del anuncio. Uno de los motivos para abandonar esta propuesta fue que muchas personas isleñas no querían este visado humanitario, que percibían como una opción de último recurso. En cambio, pedían al gobierno de Nueva Zelanda que redujera las emisiones de GEI, apoyara los esfuerzos de adaptación y proporcionara vías de migración digna y segura para quienes quisieran abandonar sus países. En definitiva, los habitantes de las islas del Pacífico priorizaban las medidas que les ayudaran a permanecer en sus países de origen mientras fuera posible.

Otra iniciativa con escaso éxito, pero bien intencionada, fue la del *German Advisory Council on Global Change* (WBGU), que en 2018 propuso al gobierno alemán la idea de crear y difundir la idea del *climate passport* entre otros Estados miembros de la UE¹⁵. La idea del WBGU estaba basada en el instrumento jurídico internacional ideado por Fridtjof Nansen, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tras la Primera Guerra Mundial. El pasaporte «Nansen» permitía a las personas apátridas ser reconocidas como nacionales de otros Estados más seguros que su lugar de origen.

El pasaporte climático que proponía el WBGU se pensó como un instrumento multilateral de política climática que abriría vías de migración temprana, voluntaria y humanitaria a personas que residieran en países amenazados por la posible pérdida de territorio debido al cambio climático. Además, le permitiría a cada persona decidir libremente adónde migrar y establecerse, otorgándole no solamente el derecho de ser admitida en otros países, sino derechos similares a la ciudadanía. Los países y regiones que más han contribuido a la crisis climática, sobre la base del principio de «quien contamina, paga», como la UE, serían los que tendrían que acoger a más personas.

Uno de los inconvenientes que surgen a la hora de desarrollar en la práctica los visados climáticos es la identificación de quiénes serían las personas susceptibles de recibirlos. Normalmente, la movilidad humana forzada surge en contextos donde no solo se materializan los impactos climáticos, sino que estos conviven y potencian otras crisis, como la pobreza generalizada o los conflictos. En este sentido, los mapas de vulnerabilidad y de riesgos climáticos permitirían identificar las áreas de origen prioritarias a la hora de otorgar los visados climáticos. Asimismo, una correcta identificación de la persona que lo solicite, priorizando aquellas en situación de mayor vulnerabilidad, especialmente a las mujeres, que sufren los impactos de la crisis climática y de

¹⁵ WBGU, *Just & In Time Climate Policy. Four initiatives for a Fair Transformation*, Berlín, German Advisory Council on Global Change, 2018.

la movilidad asociada de manera diferenciada¹⁶, debe tenerse especialmente en cuenta.

De hecho, deberá desarrollarse un sistema de priorización que tenga en cuenta el nivel de riesgo al que se enfrenta la persona. A pesar de que todas las personas afectadas y que quisieran trasladarse mediante este sistema voluntario deberían poder beneficiarse del visado climático europeo, habría que establecer una prioridad aquellas que ya se están viendo gravemente afectadas y las que lo estarán pronto. Para esto, es importante que se designe un grupo de trabajo integrado por personas expertas que puedan establecer unos parámetros, así como procedimientos adecuados para identificar quiénes deben tener prioridad.

Para finalizar, cabe mencionar que, al igual que Suecia o Finlandia, algunos Estados fuera de la UE han desarrollado, a su vez, un sistema de protección complementario en el que se ofrece protección temporal o subsidiaria a personas que abandonan sus hogares de manera forzada cruzando fronteras internacionalmente reconocidas por motivos de degradación ambiental de los que también se podría aprender para desarrollar el visado climático europeo. En Brasil, por ejemplo, los visados humanitarios ya han servido para proveer de vías de migración segura a personas de Haití y de Siria¹⁷.

En Estados Unidos la *US Immigration and Nationality Act* prevé la posibilidad de otorgar lo que se denomina *Temporary Protected Status* a personas que no pueden regresar a sus países por motivos de un desastre, como un terremoto o un huracán. Este estatuto solo es aplicable a quienes ya se encuentran en Estados Unidos en el momento en el que se designe el país de origen como peligroso para la vida debido a una serie de condiciones temporales (conflictos armados, desastre ambiental y otro tipo de circunstancias extraordinarias). Además, la situación del país de origen debe ser estrictamente temporal, es decir, si la degradación ambiental tiene consecuencias permanentes, la designación de este estatuto no sería posible.

Esta protección fue otorgada en el caso del huracán *Mitch*, que en 1998 afectó a grandes partes de América Central. Sin embargo, el mecanismo no fue activado en situaciones similares como las devastadoras inundaciones que asolaron Haití en 2008, aunque sí se activó desde 2010 hasta el 2016, tras el terremoto. A pesar de que este instrumento da cabida a la protección de algunas personas migrantes climáticas, solo es útil para aquellas que huyen de un desastre repentino, como un desastre relacionado con el cambio climático, pero no para las afectadas por las de desarrollo lento¹⁸.

¹⁶ FELIPE, B., *Perspectiva de género en las migraciones climáticas*, Madrid, ECODES, 2019.

¹⁷ LYRA, L., MUIÑOS, C. S. y DE LIMA, A., «Visados humanitarios: la experiencia de Brasil como base», *Forced Migration Review*, vol. 53, 2016, pp. 76-78.

¹⁸ KÄLIN, W. y SCHREPFER, N., *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change. Normative Gaps and Possible Approaches*, Ginebra, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2012. Véase también MESSICK, M. y BERGERON, C., *Temporary Protected Status in the United States: A Grant of Humanitarian Relief that is less than Permanent*, 2014. Disponible en www.migrationpolicy.org/article/temporary-protected-status-united-states-grant-humanitarian-relief-less-permanent.

4. CONCLUSIÓN: VISADO CLIMÁTICO EUROPEO SÍ, PERO JUNTO CON OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA PARA LAS PERSONAS MIGRANTES CLIMÁTICAS

En la actualidad vemos con esperanza como uno de los gobiernos que más ha contribuido a la crisis climática, el de Estados Unidos, ha comenzado a interesarse por las migraciones climáticas¹⁹. La UE no puede, ni debe, quedarse atrás. Aunque la iniciativa mencionada sobre el visado climático europeo quedó desestimada en el Parlamento Europeo en mayo de 2021 ya que no contó con los votos necesarios para prosperar²⁰, la futura creación de un instrumento de este tipo sería una oportunidad única a la hora de ofrecer protección jurídica a algunas de las personas más afectadas por la crisis climática. Como hemos visto, hay propuestas y experiencias en diferentes regiones del mundo que sirven de ejemplo para desarrollar esta medida teniendo en cuenta sus aciertos y errores.

En este sentido, sería importante la adopción de un visado climático europeo, pero siempre teniendo en cuenta que ningún instrumento, en solitario, proveerá protección a todas las personas migrantes climáticas, por lo que se debe concebir como una intervención adicional y no como una solución aislada. Debe compaginarse con otras medidas de protección jurídica basadas en el marco normativo internacional de los derechos humanos, de la movilidad humana (forzada y relativamente voluntaria) y del cambio climático.

Tanto la UE como sus Estados miembros deben desarrollar y promover la adopción de nuevos instrumentos jurídicos, así como la aplicación efectiva de los ya existentes, para proteger los derechos de estas víctimas del cambio climático. Estos instrumentos deben garantizar la migración digna y el respeto de los derechos humanos de quienes tienen que huir de los efectos de la crisis climática.

¹⁹ GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS, *Executive Order on Rebuilding and Enhancing Programs to Resettle Refugees and Planning for the Impact of Climate Change on Migration*, 2021. Disponible en www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/04/executive-order-on-rebuilding-and-enhancing-programs-to-resettle-refugees-and-planning-for-the-impact-of-climate-change-on-migration/.

²⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Procedure file 2020/2042(INI). The impacts of climate change on vulnerable populations in developing countries*, 2020. Disponible en [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/2042\(INI\)&l=el](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/2042(INI)&l=el).



Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
Una década desde las Primaveras Árabes:
¿Qué ha cambiado en el orden regional en Oriente
Medio y el Norte de África?/
*The Arab Springs a decade later: what has changed in
the regional order of the Middle East and North Africa?*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 201-202
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2b.01>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

**UNA DÉCADA DESDE LAS PRIMAVERAS ÁRABES:
¿QUÉ HA CAMBIADO EN EL ORDEN REGIONAL
EN ORIENTE MEDIO Y EL NORTE DE ÁFRICA?/
*THE ARAB SPRINGS A DECADE LATER:
WHAT HAS CHANGED IN THE REGIONAL ORDER
OF THE MIDDLE EAST AND NORTH AFRICA?***

**NOTA INTRODUCTORIA
*INTRODUCTORY NOTE***

Inmaculada MARRERO ROCHA

Transcurrida una década desde el comienzo de las llamadas «Primaveras Árabes», resulta pertinente desarrollar una reflexión desde la disciplina de las Relaciones Internacionales sobre cómo las implicaciones que este proceso y los acontecimientos que de él se derivaron han afectado a las relaciones internacionales que tienen lugar en la región de Oriente Medio y el Norte de África y, especialmente, a las instituciones y normas en que se sustentan las relaciones entre los actores de este sistema regional.

Los dos investigadores y profesores que han asumido la tarea de realizar estos dos breves, pero concienzudos análisis, presentan dos posiciones muy distintas sobre la cuestión que nos ocupa. El Profesor Priego Moreno se centra en el análisis de los cambios más significativos que han sufrido muchos de los Estados que conforman la región y de los que se han derivado dinámicas que afectan a la zona en su conjunto. Por tanto, suponen alteraciones en las pautas de comportamiento en las que estos actores tradicionalmente se han socializado, como el fin del paradigma del excepcionalismo autoritario, la consolidación del modelo monárquico a través de algunos avances de corte democrático, la emergencia de otros actores externos que participan y condicionan los principales procesos en la región o la normalización de las relaciones con Israel, entre otros, además de la victoria del panislamismo sobre el panarabismo que, de alguna manera, como afirma el autor, afectan a las rela-



ciones que habitualmente habían mantenido. Sin embargo, el Profesor Quero Arias ofrece una posición diametralmente opuesta sobre la repercusión de las Primaveras Árabes en la región, considerándolas un fenómeno que principalmente ha tenido consecuencias a nivel interno, en algunos casos solo temporalmente, pero que no ha transformado las instituciones ni las normas fundamentales del orden de Oriente Medio y el Norte de África. De manera que las pautas en las que se han socializado los Estados de la región durante décadas, como la soberanía, la no injerencia, la solidaridad intrarregional o la diplomacia siguen subsistiendo gracias a que el sistema ha conseguido asumir tanto los cambios acaecidos a nivel doméstico, como las consecuencias de los conflictos internacionalizados que han tenido lugar en algunos de los Estados de la región, reequilibrándose y evitando un cambio profundo en las instituciones y las normas que vienen sentenciando las relaciones en esta área de la sociedad internacional.

Ambas posiciones, bien fundamentadas, contribuyen a enriquecer desde la doctrina española un debate que seguirá abierto y que será objeto de futuros análisis, teniendo en cuenta que muchos de los acontecimientos que ambos autores describen siguen evolucionando y pueden provocar una revisión futura de sus análisis. Estas dos visiones distintas que se ofrecen en este foro incitan al lector a plantear un examen comparativo de las argumentaciones presentadas que, sin duda, encontrará muy estimulante y enriquecedor.



Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
Una década desde las Primaveras Árabes:
¿Qué ha cambiado en el orden regional en Oriente
Medio y el Norte de África?
*The Arab Springs a decade later: what has changed in
the regional order of the Middle East and North Africa?*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 203-209
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2b.02>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

TENDENCIAS DE LA TRANSFORMACIÓN DE ORIENTE MEDIO Y EL NORTE DE ÁFRICA DESDE LA PRIMAVERA ÁRABE

TRENDS IN THE TRANSFORMATION OF THE MIDDLE EAST AND THE NORTH OF AFRICA SINCE THE ARAB SPRING

Alberto PRIEGO MORENO*

Palabras clave: Primavera Árabe, autoritarismo, Irán, Israel, Qatar y Rusia.

Keywords: Arab Spring, authoritarianism, Iran, Israel, Qatar and Russia.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CAMBIOS EN ORIENTE MEDIO TRAS LAS PRIMAVERAS ÁRABES.—3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de diciembre de 2010, el tunecino Mohamed Bouazizi se quemó a lo bonzo como forma de protesta por su desesperada situación personal. Este aparentemente insignificante acto provocó una ola de cambios políticos que ha transformado completamente el orden regional de Oriente Medio. Cambios de régimen, guerras civiles y golpes de Estado son solo algunas de las consecuencias de la llamada Primavera Árabe. Lo que había sido una región absolutamente estática se ha convertido en una zona cambiante con realidades desconocidas hasta la fecha, como son la intervención saudí en Yemen o la llegada al gobierno de los Hermanos Musulmanes en Egipto o en Túnez.

En este trabajo se va a defender la tesis de que la Primavera Árabe ha supuesto una transformación de Oriente Medio y del Norte de África, des-

* Profesor Propio Agregado en la Universidad Pontificia Comillas (apriego@comillas.edu).



tacando seis tendencias que, si bien podrían ser identificadas como previas a la Primavera Árabe, esta las ha acelerado significativamente. Estas son las seis tendencias que vamos a plantear como elementos de cambio del orden regional en Oriente Medio:

- a) El fin del paradigma del excepcionalismo autoritario.
- b) El triunfo del modelo monárquico frente al republicano.
- c) La prevalencia del panislamismo sobre el panarabismo.
- d) La división en el mundo árabe tradicional (Arabia Saudí vs. Qatar).
- e) La emergencia de Irán y Rusia como actores exógenos en el mundo árabe.
- f) La normalización de las relaciones diplomáticas de Israel con algunos Estados árabes.

2. CAMBIOS EN ORIENTE MEDIO TRAS LAS PRIMAVERAS ÁRABES

Históricamente, se ha asumido que Oriente Medio en general, y el Mundo Árabe en particular, eran lugares esquivos para el desarrollo de la democracia. Aunque este tipo de afirmaciones no son ni mucho menos nuevas —previamente se plantearon en otros casos como Alemania, Italia, Portugal o España—, en el caso de Oriente Medio los académicos se han empleado con mayor virulencia, llegando incluso a identificar a la región como la única donde no podía haber democracia. Este fenómeno se conoce como el «excepcionalismo autoritario»¹.

El origen de esta supuesta incapacidad tiene varias explicaciones. Para algunos autores como Elie Kedourie², el origen de esta particularidad está en la cultura regional y sobre todo en la imposición de planteamientos políticos occidentales que aparecen como incompatibles con los originarios de Oriente Medio. Otros autores como Steven Heydemann³ plantean que los beneficios sociales y económicos ofrecidos por los gobiernos provocan un adormecimiento de la población, que desarrolla una cultura política de siervo. Por último, estarían aquellos autores como Eva Bellin⁴ que centran la explicación de este supuesto autoritarismo endémico en la cooptación de las élites como forma de control de la población. De esta forma, la población se quedaría sin referentes sobre los que organizar el cambio político.

Sin embargo, a pesar de estas construcciones teóricas, al igual que ocurrió en el sur de Europa en los setenta y en Europa del Este a finales de

¹ DIAMOND, L., «Is The Third Wave over?», *Journal of Democracy*, vol. 7, 1996, núm. 3, pp. 20-37.

² KEDOURIE, E., *Democracy and Arab Political Culture*, Washington, The Washington Institute for Near East Policy, 1992.

³ HEYDEMANN, S., *Networks of Privilege in the Middle East: The Politics of Economic Reform Revisited*, Londres, Palgrave MacMillan, 2004.

⁴ BELLIN, E., «The Robustness of Authoritarianism in the Middle East: Exceptionalism in Comparative Perspective», *Comparative Politics*, vol. 36, 2004, núm. 2, pp. 139-157.

los ochenta, la democratización llegó a Oriente Medio y al Norte de África. Algunos autores hemos identificado ese cambio como una cuarta ola cuyo mejor exponente es Túnez. Aunque es cierto que el resultado fue peor de lo esperado, las Primaveras Árabes no solo provocaron reformas políticas y sociales liberalizadoras en lugares como Marruecos, Arabia Saudí, Kuwait o Jordania, sino que abrió la opción a futuros cambios políticos en la región desmontando la tesis del «excepcionalismo autoritario».

La segunda de las tendencias que se aceleró tras las Primaveras Árabes fue el triunfo del modelo de organización político monárquico frente a las opciones republicanas. El principal aval de este argumento lo encontramos no solo en las complicaciones sociales que han sufrido repúblicas como Libia, Egipto o Siria, sino en la gestión de las demandas que han llevado a cabo monarquías como Marruecos, Jordania o Bahréin. Podemos destacar al menos tres elementos que explican por qué las monarquías resistieron mejor que las repúblicas ante estos cambios:

a) En primer lugar, debemos mencionar que las monarquías de la región no solo fueron capaces de introducir las reformas demandadas por la población, sino que en la mayor parte de los casos fueron precisamente las casas reales las que se pusieron al frente de tales reformas consiguiendo de este modo un extra de legitimidad.

b) En segundo lugar, debido a su propia naturaleza organizativa, las monarquías fueron capaces de separar la inestabilidad política de la inestabilidad institucional, impidiendo que se desvanecieran los regímenes. En la mayor parte de los casos la institución monárquica no sufrió el desgaste provocado por las revueltas, lo que otorga al régimen un plus de estabilidad.

c) En tercer lugar, las monarquías estaban mejor organizadas que las repúblicas, por lo que pudieron hacer frente a las revueltas de forma conjunta y coordinada. Un ejemplo de esta coordinación fue la operación *Península Shield* montada por Arabia Saudí al amparo del Consejo de Cooperación de Estados Árabes del Golfo que evitó la caída del rey de Bahréin.

Gracias a estos tres elementos, el modelo monárquico ganó la batalla al modelo republicano como forma de organización política. Como efecto no buscado, pero sí logrado, se ha producido un incremento de la cooperación entre las monarquías, cooperación que ha estado fomentada y liderada por Arabia Saudí⁵ y que no solo se ha reducido al Golfo Pérsico, sino que se ha extendido por toda la región. Desde el año 2011, y especialmente desde la llegada del clan Salman al poder Arabia Saudí, se ha mostrado como un actor activo, ya que Riad percibe como necesario el cambio de una política exterior reactiva a otra más activa. La mejor prueba es su actuación en lugares como Yemen, Irak o Líbano⁶.

⁵ CHARTE, M., *Arabia Saudí se pone al volante de la «contrarrevuelta» árabe*, RTVE, 17 de junio de 2011. Disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20110617/arabia-saudi-se-pone-volante-contrarrevuelta-arabe/440022.shtml>.

⁶ PRIEGO, A., «La reconfiguración de Arabia Saudí. Del “Modelo de los Tres Pactos” a la “Visión 2030”», *Documentos de Opinión IEEA*, 2017, núm. 5, pp. 464-477.

La tercera de las tendencias es la prevalencia del panislamismo sobre el panarabismo como proyecto integrador del Mundo Árabe. Durante décadas, los dos proyectos han competido por liderar el Mundo Árabe. Mientras que el panarabismo es esencialmente un proyecto que trataba de unir en torno a la lengua y a la cultura árabes, el segundo apuesta por el islam como elemento de integración de los pueblos. El panarabismo tampoco es homogéneo, ya que dentro de este movimiento también existen importantes divisiones como el *nasserismo* de Egipto y el *baazismo* de Siria e Irak. Si bien las décadas de los cincuenta y sesenta pueden ser consideradas como las décadas doradas del panarabismo, la Primavera Árabe ha supuesto el punto final de esta idea que buscaba unir a los árabes en torno a la lengua y posteriormente también en torno al socialismo. Si bien es cierto que el proyecto *baazista* iraquí fracasó con la caída de Sadam en 2004 y que el de Yemen ya llevaba años agonizando, el egipcio y el sirio fueron víctimas propiciatorias de las revueltas árabes, y Mubarak y Al Asad fueron identificados como principales objetivos.

Como si de un juego de suma cero se tratase, la progresiva caída de los proyectos árabe y socialista supusieron el imparable ascenso de la alternativa religiosa de integración: el panislamismo. Este proyecto, que sí estaba basado en el islam, debe ser visto como la alternativa de las monarquías del Golfo Pérsico para combatir el panarabismo y fomentar la integración regional. Como gesto que certifica este triunfo del proyecto panislamista sobre el panarabista tenemos que mencionar la suspensión de Siria⁷ como miembro de pleno derecho de la Liga Árabe, algo que estuvo propiciado por uno de los principales defensores del panislamismo: Qatar.

En todo caso y a pesar de que las monarquías del Golfo son en su conjunto partidarias del panislamismo y enemigas del panarabismo, también existe una cierta rivalidad entre ellas. Así, tenemos que hacernos eco de la rivalidad entre Qatar y Arabia Saudí, como dos Estados que se han disputado el rol de líder del proyecto panislámico.

Esta disputa entre Qatar y Arabia Saudí es la cuarta tendencia que nos deja la Primavera Árabe. Se trata de una fractura en el bloque tradicionalista árabe que se escenifica con una rivalidad entre Doha y Riad por ejercer la influencia hegemónica sobre el resto de los Estados de la región. Esta competencia se aprecia sobre todo en aquellos lugares donde la Primavera Árabe ha supuesto un enfrentamiento civil; es decir, Siria, Libia y, en menor medida, Egipto.

— *Guerra Civil en Siria*. Mientras que en Siria, Arabia Saudí ha apoyado al denominado Ejército de la Victoria, Qatar optó por prestar su apoyo al Frente Al Nusra (un grupo asociado de Al Qaeda)⁸. Este enfrentamiento ha impedido la pacificación de Siria, ya que a los enfrentamientos entre los actores internos se suman rivalidades entre los actores exógenos.

⁷ TESÓN, N., «La Liga Árabe suspende a Siria y le impone sanciones», *El País*, 12 de noviembre de 2011. Disponible en https://elpais.com/internacional/2011/11/12/actualidad/1321109380_030047.html.

⁸ PRIEGO, A., «Los Actores Exógenos a la Guerra Civil Siria», *Cuadernos de pensamiento político FAES*, enero de 2016, núm. 49.

— *Guerra en Libia*⁹. Qatar fue el principal promotor de la intervención aérea en Libia como forma de derrocar a Gadafi. En cambio, Arabia Saudí no solo se opuso a dicha intervención, sino que una vez Gadafi fue derrocado se ha mostrado como un firme partidario del General Haftar frente a Turquía y Qatar¹⁰, que se han decantado por apoyar al Gobierno de Reconciliación Nacional Fayez al Serrai, vinculado a los Hermanos Musulmanes. Esta rivalidad ha impedido que Libia pudiera desarrollar pacíficamente la transición desde el autoritarismo hasta la democracia.

— *Revolución y cambio en Egipto*. Egipto fue el escenario del cambio más relevante de las Primaveras Árabes. La caída de Hosni Mubarak y el posterior ascenso de Mohamed Morsi supuso una batalla más en la disputa entre Qatar y Arabia Saudí por el control regional. Mientras que el primero trató de ejercer influencia en Egipto a través de los Hermanos Musulmanes y sobre todo a través de su líder Yusuf Qadarawi, el segundo buscó revertir el proceso revolucionario apoyando el golpe de Estado liderado por el General, y hoy Presidente, Al Sisi. La gratitud del hoy presidente es tal, que tras su llegada al poder regaló a Arabia Saudí dos islas¹¹ que se encuentran en pleno mar Rojo, algo impensable con líderes como Mubarak o Nasser.

Como punto culminante de esta rivalidad encontramos el bloqueo¹² ejercido por Arabia Saudí sobre Qatar después de que Riad acusara a Doha de apoyar el terrorismo internacional¹³. Si bien es cierto que en enero de 2021 se escenificó la reconciliación en la Cumbre de Consejo de Cooperación del Golfo en Al-Ula, la desconfianza entre los dos Estados es persistente y supone oportunidades de influencia regional para actores no árabes como Rusia o Irán.

La quinta tendencia es la emergencia de Irán, y en menor medida de Rusia, como actores exógenos en las relaciones entre los árabes. Desde las Primaveras Árabes dos actores no árabes, Irán y Rusia, han incrementado significativamente su presencia en la región.

a) *Irán*. Gracias a los fondos descongelados con el Acuerdo Nuclear, y usando a actores no-estatales (Hezbollah, los Houthies, las milicias pro-iraníes de Irak o Hamás), Irán ha podido incrementar su presencia en la región. A día de hoy Teherán es uno de los actores clave en las relaciones inter-árabes, lo que se traduce en un incremento de la tensión entre árabes chiitas y sunitas.

⁹ PRIEGO, A., «Las Primaveras Árabes: la influencia de Qatar y sus relaciones con los estados del Golfo», *Unisci Discussion Papers*, octubre de 2015, núm. 39. Disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-74789/UNISCIDP39-10PRIEGO.pdf>.

¹⁰ Doha usó a los Hermanos Musulmanes libios como su apuesta de gobierno de Libia.

¹¹ CARRIÓN, F., «El régimen egipcio regala dos islas del mar Rojo a Arabia Saudí», *El Mundo*, 11 de abril de 2016. Disponible en <https://www.elmundo.es/internacional/2016/04/11/570b6e72ca4741635b8b4621.html>.

¹² PRIEGO, A., «La crisis del islamismo y sus repercusiones para la estabilidad del Golfo Pérsico», *Documento de Opinión IEEE*, 2017, núm. 80.

¹³ PRIEGO, A., «Catar y las tensas relaciones con sus vecinos del Golfo», *Política Exterior*, vol. 31, julio-agosto de 2017, núm. 178, pp. 36-41.

b) *Rusia*. Si bien es cierto que Moscú estableció una alianza estratégica con la Siria de los Assad en los años setenta, jamás antes lo había hecho de forma tan activa como lo está haciendo ahora en la guerra civil de Siria. Ya sea por el temor de Moscú a un Oriente Medio dominado por los Hermanos Musulmanes, ya sea por el deseo ruso de ocupar el vacío dejado por unos Estados Unidos cada vez menos interesados en la región, el Kremlin ha incrementado de forma exponencial su presencia en la región. Su implicación en Siria, su alianza con Irán y su cooperación nuclear con Egipto son solo algunos de los aspectos que muestran la implicación de Rusia en la región.

La sexta y última tendencia es la normalización de las relaciones de algunos Estados árabes con Israel. El nacimiento del Estado de Israel se produjo en contra del criterio de sus vecinos, quienes no dudaron en declararle la guerra tras su independencia. Sin embargo, en 1979 y posteriormente en 1994 Israel firmó sendos acuerdos de paz con Egipto y Jordania. Desde entonces, esta relación con Jordania y Egipto no se había traducido en avances significativos en la normalización de las relaciones de Israel con sus vecinos. Sin embargo, en la pasada década el alineamiento de Irán con el eje Qatar-Turquía-Hermanos Musulmanes y sobre todo sus desarrollos nucleares hicieron que Israel cambiara su estrategia. Para Jerusalén, el acercamiento a las monarquías sunitas que se consumó en los acuerdos de Abraham¹⁴ no solo supone un impulso importante de su estrategia de normalización, sino también una forma de aislar regionalmente a su gran amenaza: Irán. Desde agosto de 2020, Israel ha normalizado sus relaciones con Emiratos Árabes Unidos, Bahréin, Marruecos y Sudán y, sin llegar a la normalización, ha iniciado una importante cooperación con Arabia Saudí y con Omán. Este hecho, además de permitir que Israel pueda desarrollar su papel de actor regional, ha conllevado el aislamiento de los palestinos, quienes ya parecen no contar con el apoyo de estos Estados. Así, podemos decir que otro de los efectos de la Primavera Árabe ha sido el aislamiento regional de Irán y la ruptura de la solidaridad árabe con la causa palestina.

3. CONCLUSIONES

Los cambios políticos provocados por las Primaveras Árabes y las consecuencias que estos hechos han tenido para Oriente Medio han modificado significativamente el orden regional. A pesar de que las revoluciones no triunfaron en Egipto, en Libia o en Bahréin, y que la democracia parece no estar consolidada en Túnez, lo que queda demostrado es que el paradigma del «excepcionalismo autoritario» no era más que un prejuicio occidental con los países de Oriente Medio. Probablemente en los próximos años asistiremos a procesos de cambio en la región, procesos que tarde o temprano acabarán por cuajar.

¹⁴ PRIEGO, A., «El Acuerdo de Abraham sí es el “acuerdo del siglo”», *Política Exterior*, 24 de septiembre de 2021. Disponible en <https://www.politicaexterior.com/el-acuerdo-de-abraham-si-es-el-acuerdo-del-siglo/>.

En segundo lugar, debemos reiterar la resistencia, o al menos la mayor capacidad de adaptación, de los sistemas monárquicos a los cambios políticos. Si bien en los sistemas republicanos las Primaveras Árabes han provocado caos (Egipto) o incluso guerras civiles (Libia o Siria), estos fenómenos han reforzado los sistemas políticos de las monarquías.

En tercer lugar, las Primaveras Árabes han puesto de manifiesto la incapacidad del panarabismo para ofrecerse como una ideología que inspire proyectos regionales en Oriente Medio. Mubarak, Al Assad y anteriormente Sadam Hussein fueron los representantes de estos proyectos inspirados en el panarabismo, y tras las Primaveras Árabes esta ideología ha firmado su punto final. Frente a esta opción, el panislamismo, de la mano de las monarquías árabes, parece ser la única alternativa que aún puede inspirar proyectos de construcción en Oriente Medio.

La cuarta tendencia que nos ha dejado las Primaveras Árabes ha sido la división en las propias monarquías del Golfo Pérsico. El apoyo brindado por Qatar y Turquía a los Hermanos Musulmanes ha supuesto un alejamiento progresivo del grupo de Estados liderado por Arabia Saudí. La tensión entre estos dos grupos se elevó hasta el punto de provocar que Arabia Saudí orquestara un bloqueo contra Qatar y contra la familia Al Thani. A pesar de que los dos Estados wahabíes escenificaron la paz en una ceremonia de reconciliación, la fractura sigue viva y divide al islamismo tradicional.

La quinta tendencia que identificamos tras las Primaveras Árabes es la emergencia de dos actores exógenos —Irán y Rusia— que tratan de influir a su manera en las relaciones árabes. La entrada de estos dos actores supone la ruptura de un principio básico de la región: las cuestiones de los árabes las solucionan los árabes.

El sexto y último fenómeno no tiene su origen en el pueblo árabe, sino en Israel. El país hebreo ha sabido acercarse a las monarquías sunitas para aislar regionalmente a Irán y a los palestinos. Esta maniobra no solo permite a Israel reducir las posibilidades de desarrollo nuclear de Irán, sino que además reduce sustancialmente las opciones de negociación de los palestinos ante un hipotético y futuro proceso de paz.

Así pues, estamos en posición de afirmar que las Primaveras Árabes han transformado sustancialmente el orden regional en Oriente Medio y en el Norte de África.





Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS

Una década desde las Primaveras Árabes:
¿Qué ha cambiado en el orden regional en Oriente
Medio y el norte de África?
*The Arab Springs a decade later: what has changed in
the regional order of the Middle East and North Africa?*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 211-218
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2b.03>

© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

LA CONTINUIDAD EN EL ORDEN REGIONAL DE ORIENTE MEDIO TRAS UNA DÉCADA DESDE LAS PRIMAVERAS ÁRABES

CONTINUITY IN THE REGIONAL ORDER OF THE MIDDLE EAST AFTER A DECADE OF ARAB SPRINGS

Jordi QUERO ARIAS*

Palabras clave: Primaveras Árabes, orden regional, *Pax Americana*.

Keywords: Arab Springs, regional order, *Pax Americana*.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ¿QUÉ CONTINÚA IGUAL TRAS 2011?—3. ¿QUÉ HA CAMBIADO DENTRO DEL PROPIO ORDEN DESDE 2011?—3.1. Las transformaciones originadas en 2003: cambios coetáneos, pero no resultantes.—3.2. Las transformaciones dentro del orden.

1. INTRODUCCIÓN

Si comparamos la foto fija del orden regional en Oriente Medio y el norte de África en 2011 con la de 2021 el resultado es prácticamente idéntico. Las instituciones y las normas que establecen los patrones de conducta sancionados y considerados legítimos entre los actores regionales, vigentes como mínimo desde 1973, no se han visto prácticamente alteradas. Los cambios más significativos producidos en el marco de las diferentes revoluciones coetáneas iniciadas en 2011 son internos, transformando de formas muy asimétricas la realidad social y política nacional de algunos Estados de la región. Pero estos no han ido de la mano de permutas significativas en las relaciones exteriores entre los integrantes del sistema regional.

* Profesor de Relaciones Internacionales en el *CEI International Affairs - Universitat de Barcelona* (jordi.quero@ceibcn.com).



Es importante tener en cuenta que algunos de los cambios domésticos más importantes no han sobrevivido. En Egipto, la revolución de 2011 acabó con la autocracia de Hosni Mubarak para que luego la contra-revolución reaccionaria de 2013 del Mariscal Abdelfatah Al-Sisi finiquitase el primer gobierno democráticamente elegido de su historia y devolviese a un caudillo al Palacio de Heliópolis. En Túnez, la «Revolución del Jazmín» forzó al exilio al Sátrapa Zine El Abidine Ben Ali, acabando en apariencia con los herederos del *burguínismo* e iniciando un periodo democrático; el país ve hoy como, constitución mediante, el Presidente Kais Saied suspende *sine die* el parlamento electo tras asumir plenos poderes. Las reformas institucionales iniciadas en países como Marruecos, Jordania o el Líbano han tenido unos resultados limitados y, en ningún caso, con efectos directos y atribuibles sobre su comportamiento exterior. Incluso los acontecimientos de mayor calado, las guerras fratricidas en Libia, en Yemen y especialmente en Siria, no han significado una transformación profunda de las instituciones del orden, sino una mera puesta en práctica de las conductas que estas sancionan.

Esta contribución propone dos argumentos centrales que nos servirán para estructurarla. Primero, las Primaveras Árabes han sido procesos transformadores que han producido cambios en las realidades político-institucionales y sociales internas, pero que no han generado modificaciones profundas en las instituciones y normas del orden regional. Existe una gran continuidad en cómo se relacionan hoy los actores regionales y cómo lo hacían hace una década, más allá de procesos revolucionarios y cambios de gobernantes.

Segundo, eso no quiere decir que las relaciones internacionales de Oriente Medio y el Norte de África se hayan mantenido estáticas, sino que los cambios de la última década: *a)* tienen su origen en tendencias anteriores, iniciadas fundamentalmente con la invasión estadounidense de Irak en 2003, y por tanto no tienen una relación causal con las Primaveras Árabes; o *b)* se corresponden con cambios en la realidad internacional, pero que suceden en el devenir ordinario de las instituciones y normas del orden.

2. ¿QUÉ CONTINÚA IGUAL TRAS 2011?

Las olas revolucionarias iniciadas en 2011 no causaron un cambio sustancial en las normas e instituciones que constituían —y siguen haciéndolo— el orden regional en Oriente Medio. La continuidad en los patrones de conducta sancionados socialmente y considerados legítimos ha sido la norma, más allá de los cambios en las realidades domésticas.

La soberanía sigue siendo, parafraseando a Christian Reus-Smit, el principio organizador fundamental del sistema en tanto que institución pilar de la estructura constitucional del orden regional¹. Las protestas de 2011 perse-

¹ REUS-SMIT, C., «The constitutional structure of international society and the nature of fundamental institutions», *International Organization*, vol. 51, 1997, núm. 4, pp. 555-589.

guían cambios en los liderazgos políticos internos; no planteaban variaciones sobre el modelo de organización territorial (como si sucediera en las décadas de los cincuenta y sesenta con las revoluciones *nasseristas* pan-arabistas que planteaban aniquilar el sistema de Estados en la región). Ni siquiera las revoluciones generaron olas de irredentismo que pusiera en cuestión la distribución territorial vigente². Fue bien simbólica en este sentido la supervivencia de los Acuerdos de Paz de Camp David entre El Cairo y Tel Aviv durante el nuevo gobierno de los Hermanos Musulmanes en Egipto desde 2012, quien, más allá de ejercicios esporádicos de retórica combativa, no denunció los acuerdos y respetó su contenido durante su mandato.

Existieron tres excepciones a destacar, pero cuya importancia habría que relativizar debido a que no consiguieron materializarse o no sobrevivieron al paso del tiempo. La primera fue Estado Islámico, que proponía la desaparición del sistema westfaliano de Estados en favor de una convergencia transnacional en un único califato-imperio que gobernase sobre los territorios considerados parte del *dar-al-islam* («la casa del islam»). Su control efectivo del territorio en partes de Irak y Siria fue considerado como contrario al Derecho internacional no solo por la comunidad internacional, sino, primero y fundamentalmente, por los actores de la región. No solo fracasó en la ejecución de su propuesta —sin poner realmente en jaque a la soberanía— sino que la invitación a cambiar el principio organizador del sistema no tuvo eco entre los actores regionales. La segunda fue el proyecto de construcción nacional kurdo, también en territorios soberanos de Siria e Irak. Ni el colapso de Bagdad ni la guerra de la élite damascena contra su población permitió la verdadera materialización del proyecto y sigue siendo una aspiración pareja a la que el pueblo kurdo mantenía antes de 2011. Por último, el proyecto de ciudad-autónoma de Misrata planteó una alternativa cuasi-soberana ante el colapso efectivo de Libia, pero que el devenir de la guerra ha impedido poner en práctica de forma efectiva.

El Derecho internacional se ha mantenido a su vez como institución del orden regional sin que los nuevos dirigentes iniciasen un proceso de denuncia y retirada masivo de los acuerdos internacionales firmados por sus predecesores. Especial interés despierta el principio de no injerencia, corolario de la soberanía, que sigue siendo una norma del orden regional que encuentra las mismas limitaciones que antes de 2011. La dicotomía entre su reconocimiento formal y la puesta en práctica de ejercicios de injerencia puntuales ha pervivido, ofreciendo las revoluciones tan solo nuevos contextos sobre los que se ponen de relieve las responsabilidades especiales de los polos de poder regionales (*great power management*) o las «guerras por interposición» (tratadas a continuación), ambas instituciones del orden.

Ello, a su vez, nos habla de la supervivencia de otra institución del orden clásico: la solidaridad intrarregional, especialmente entre actores árabes. El

² La única excepción en este sentido fueron ciertas propuestas secesionistas en Yemen del Sur que, además de no prosperar, cabría explicar como consecuencia del conflicto bélico desde 2011.

marco referencial ofrecido por una sensación de pertinencia común no se ha visto variado por los procesos revolucionarios. Tras la superación en la década de los años setenta del siglo pasado del choque repetido entre panarabismo y los defensores de una soberanía westfaliana, esta institución ha seguido sancionando una cooperación reforzada entre los actores regionales árabes más allá de quién gobernase en cada momento. Los nuevos liderazgos en Túnez, Libia o Egipto no pusieron en duda sus elementos normativos y siguieron participando de la solidaridad intrarregional.

La última de las instituciones inalteradas ha sido la diplomacia. La diplomacia multilateral y la bilateral han seguido siendo las herramientas ordinarias de uso en las relaciones regionales, con la misma predilección por la segunda frente a la primera. El multilateralismo vivió un corto periodo de resurgimiento de la mano de la reactivación de la Liga Árabe y el Consejo de Cooperación del Golfo (CCG) para dar respuesta especialmente a las guerras en Siria y Yemen y a la revolución en Bahréin³. Su incapacidad de gestión devolvió las cotas de cooperación multilateral a niveles parejos a los previos a 2011. El bilateralismo siguió en funcionamiento, de manera indiferente a los cambios revolucionarios, y especialmente importante en el día a día de las relaciones de los actores árabes con Israel e Irán.

3. ¿QUÉ HA CAMBIADO DENTRO DEL PROPIO ORDEN DESDE 2011?

3.1. Las transformaciones originadas en 2003: cambios coetáneos, pero no resultantes

El cambio más importante en el orden regional en las últimas décadas, iniciado en 2003, ha sido una lenta autonomización de las potencias regionales frente a los polos de poder global, transformando la institución de la «penetración de las potencias extrarregionales». Esta se refiere a la capacidad especial de superpotencias para desde fuera de la región participar de forma activa en las dinámicas del sistema regional, asumiendo en ocasiones responsabilidades propias de una posición de cierta primacía. La noción fue propuesta por Carl L. Brown, quien sugería la vigencia de la institución desde 1774, momento en el cual se instauran un conjunto de prácticas que llegarían a nuestros días⁴. El ejemplo paradigmático es el papel desarrollado por Estados Unidos en los últimos sesenta años. Desde el declive de la posición de Reino Unido en Oriente Medio, inaugurado con la crisis de Suez en 1956, Washington ha sido un actor con una gran capacidad de influencia en el deve-

³ Louise Fawcett se refiere a este periodo como el «paréntesis regionalista» o la «ilusión regionalista». FAWCETT, L., «Alliances and regionalism in the Middle East», *International Relations of the Middle East*, Oxford, OUP, 2013, pp. 185-204 (esp. p. 201).

⁴ BROWN, C. L., *International Politics and the Middle East: Old Rules, Dangerous Game*, Princeton, Princeton University Press, 1984, esp. p. 5.

nir de las relaciones regionales. Por un lado, con sus intervenciones militares directas (las dos intervenciones en Líbano en 1958 y 1982, en Libia en 1986, en Irak en 1991, etc.) y con su participación política activa en los asuntos regionales (desde su papel en la gestación del Pacto de Bagdad en 1955 hasta su rol en el desarrollo del conflicto árabe-israelí, pasando por su política de contención a Irán tras 1979, por ejemplo). Por el otro, más importante, sirviendo de «paraguas de seguridad» —también referido en la disciplina como «proveedor externo de seguridad»—. *Ultima ratio*, Estados Unidos protegía la integridad territorial de los Estados de la región, especialmente de las monarquías aliadas en el Golfo e Israel, así «[permitiendo] a los países de la región asumir que pueden evitar la responsabilidad última de su propia defensa»⁵. La gestión detrás de la llamada *Pax Americana*, o paz hegemónica regional, es la materialización de esta institución del orden.

El origen de la transformación se encuentra en la invasión estadounidense de Irak en 2003. La decisión de poner fin al régimen de Sadam Hussein despertó grandes recelos, incluso entre aquellos en la región con una relación de animadversión manifiesta contra Bagdad. La primera razón fue la incertidumbre que generó en muchas capitales árabes. La doctrina intervencionista de los «cambios de régimen» del Presidente George W. Bush, inaugurada con la «Guerra contra el Terror», fue respaldada con una narrativa de promoción democrática que generó preocupación sobre el alcance y la supervivencia en el tiempo de los compromisos estadounidenses con gobiernos autocráticos aliados. La segunda razón fue la desaparición de Irak, contrapeso histórico y primer dique de contención contra los potenciales ejercicios de expansionismo de Irán de 1979 en adelante. Ello forzó una revisión de responsabilidades entre todos aquellos que veían en Teherán una amenaza. El resultado de ambos vectores fue una voluntad, primero, y una puesta en práctica, después, de una acción exterior más activa y autónoma por parte de los polos regionales, muy especialmente Arabia Saudí e Irán. Desde 2003 Arabia Saudí empieza a abandonar una política exterior siempre a rebufo de Washington —p. ej., reactivando y dotando de agenda política propia el CCG— y a dotarse de medios autónomos para poder ir más allá de su clásica diplomacia económica *soft*. En Irán, la política regional asertiva del Presidente Mahmoud Ahmadineyad quedó de manifiesto no solo con la reactivación de su programa nuclear —como respuesta a la amenaza estadounidense al *régime change*— sino con el refuerzo de sus vínculos con actores revisionistas como Siria, Hezbollah o Hamás, o algunas fuerzas chiíes en Irak.

Las revoluciones de 2011 dotaron de espacios políticos en los que se pusieron en práctica los nuevos comportamientos recién descritos. Los cambios estratégicos en la política exterior norteamericana promovidos primero por el Presidente Barack Obama y luego por el Presidente Donald Trump con-

⁵ FREEMAN, C. W., «The collapse of order in the Middle East», *Middle East Policy*, vol. 21, 2014, núm. 4, pp. 61-68 (esp. p. 64).

tribuyeron a consolidar la idea de que Washington era un actor cada vez más imprevisible, cuyos cambios de Presidencia podían poner en jaque cada cuatro años incluso los compromisos de largo alcance con la seguridad —y continuidad de los gobernantes— entre aliados como Egipto, Arabia Saudí o incluso Israel⁶. El caso de Riad es el más revelador. El cambio de liderazgo en la corona saudí protagonizado por Mohamed Bin Salman dio un nuevo impulso a la política exterior asertiva en construcción desde 2003. Sus manifestaciones más claras han sido la intervención reaccionaria en Bahréin en 2011 para mantener en el trono a la familia Al-Khalifa, la participación en las guerras de Yemen y Siria, y la crisis con Qatar desde 2017, nacida de la voluntad de reafirmar la ascendencia saudí sobre todos sus vecinos. Un caso interesante fue el ejercicio de proyección de poder saudí por el que Bin Salman primero forzó al cese, y luego reinstauró, a Saad Hariri como primer ministro del Líbano durante una visita de Estado en noviembre de 2017. Lo importante para nuestro análisis es que todas y cada una de estas decisiones de política exterior representaron una emancipación efectiva que, sin ser definitiva, lastraba las capacidades de las potencias extrarregionales en el devenir de la región.

Por tanto, como se puede observar, no existe una relación causal entre las Primaveras Árabes y dichas transformaciones, pese a ser coetáneas. El origen y la lógica que las explican son previas y ninguno de los hechos de 2011 fue condición *sine qua non* para la transformación de la «penetración extrarregional». Las revoluciones dotaron tan solo de nuevos espacios a la realidad política regional donde quedaron de manifiesto los cambios inaugurados casi una década antes.

3.2. Las transformaciones dentro del orden

Por definición, la existencia de cualquier orden internacional no está reñida con que se produzcan cambios en la realidad que rige. Si decimos, por ejemplo, que un orden internacional incorpora la institución del «equilibrio de poder», los vaivenes en los integrantes de cualquier alianza son parte del día a día de ese orden, de su funcionamiento ordinario, y son permutas que se producen siguiendo un patrón y una lógica que ordena la conducta de los integrantes de dicho sistema. Así, orden y estatalidad no deberían ser tratados como sinónimos. En la última década hemos presenciado algunos cambios en el sistema de Oriente Medio que podríamos entender como transformaciones dentro del propio orden regional, parte del devenir ordinario de su funcionamiento. Los ejemplos más significativos son las transformaciones vinculadas a las instituciones de los «patrones de amistad y hostilidad» y de las «guerras por interposición».

⁶ QUERO, J. y DESSÍ, A., «Unpredictability in US foreign policy and the regional order in the Middle East: Reacting vis-à-vis a volatile external security-provider», *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 48, 2021, núm. 2, pp. 311-330.

La institución de los «patrones de amistad y hostilidad» se refiere a las construcciones sociales sobre qué actores internacionales suponen una amenaza para el colectivo —y la consecuente ordenación de alianzas entre el resto. Además, a diferencia de las propuestas estructuralistas, al ser constructos colectivos, no varían con inmediatez mecánica: una vez establecidos los patrones son resistentes y no se transforman automáticamente con los cambios en el poder relativo de un actor. Esta idea está relacionada con la propuesta de Stephen Walt sobre cómo los actores de Oriente Medio reaccionan de formas parejas a lo que esperarían los neorrealistas según las lógicas de equilibrio de poder, pero no de una forma automática, sino tan solo frente a aquellos actores cuyo aumento de poder es considerado como una amenaza⁷.

De la mano de la autonomización regional sugerida en el apartado anterior, el desdibujamiento del papel estadounidense ha abierto la puerta para una consolidación de nuevas líneas de fragmentación. Desde la década de los setenta, con el proceso de normalización de relaciones entre Israel y Egipto que llevó a los Acuerdos de Camp David en 1979 y a la revolución iraní en ese mismo año, el «patrón de amistad y hostilidad» se ha ido transformando de tal forma que la amenaza colectiva por antonomasia ha pivotado de ser Tel Aviv a ser Teherán. Dicho de otra forma, donde anteriormente la hostilidad abierta frente a Israel había sido motor de acción colectiva (1948, 1956, 1967, 1973), la política revisionista de la República Islámica es la que desde 1979 ha engendrado un compromiso social cada vez mayor de representar la mayor amenaza sistémica. A partir de 2003, los actores participan de una división autoconstruida que separa a los defensores del *statu quo* regional (Arabia Saudí y los países del CCG, Marruecos, Jordania y Egipto) con aquellos revisionistas y críticos con las monarquías conservadoras aliadas de Estados Unidos (Irán, Siria, Hezbollah, Hamás)⁸. Aún así, lo que observamos es un cambio dentro de la propia institución del orden: la mutación con el tiempo del acuerdo intersubjetivo sobre quién representa una amenaza para el colectivo es parte de la lógica de la propia institución, que pervive sancionando comportamientos parejos en base a esa brecha y, por ende, ordenando la conducta social de la misma forma.

Algo muy parecido sucede con otra de las instituciones del orden, las «guerras por interposición». Esta se refiere a la recurrencia de los conflictos donde participan actores foráneos, con agendas y objetivos propios, más allá de los contendientes principales y las causas originales del conflicto. Las «guerras

⁷ Al romper con la lógica estructural, se podría argumentar que su propuesta se aproxima a postulados constructivistas en tanto en cuanto la concepción de lo que es una amenaza es un constructo social compartido dentro del sistema. WALT, K., *The Origins of Alliances*, Ithaca, Cornell University Press, 1987.

⁸ Este «patrón de amistad y hostilidad» ha sido en numerosas ocasiones presentado como una división sectaria entre actores sunníes y chiíes, poniendo en el centro del análisis a los dos polos confrontados de Irán y Arabia Saudí, pero sin prestar suficiente atención a que entre los integrantes de cada bloque están mezclados: Irán colabora estrechamente con las fuerzas sunníes de Hamás —igual que lo intentó con el gobierno de los Hermanos Musulmanes de Mohamed Morsi— de la misma forma que Arabia Saudí lo hiciera con diferentes grupos políticos chiíes anti-iraníes en Irak.

por interposición» establecen pautas sobre el comportamiento esperado en relación con el uso de la fuerza, ofreciendo un espacio para canalizar las rivalidades sistémicas surgidas de los patrones de hostilidad. En la historia regional reciente encontramos como ejemplos paradigmáticos las dos guerras civiles libanesas (1958, 1975-1991) o las diferentes rondas de conflicto bélico en Yemen (1962-1968, 1972, 1979, 1994).

Algunas de las revoluciones de 2011 dieron lugar a conflictos armados que, con diferentes intensidades, todavía siguen activos, pero que no han generado un cambio en el orden regional. El derrocamiento y posterior asesinato de Muammar Al-Gadafi, resolución de Naciones Unidas e intervención de la OTAN mediante, dieron inicio a la violencia entre señores de la guerra en Libia que han llevado al país hasta las puertas del colapso. La guerra civil en Siria lleva años en un proceso de cronificación. Yemen lleva una década en un proceso de descomposición nacional haciendo reavivar la división entre el norte y el sur. Pero, desde el estudio del orden regional, el cambio más significativo ha sido que estas otrora potencias medias con proyección regional —especialmente Damasco y Trípoli— se han transformado en un mero «asunto en la agenda». Estamos delante de un cambio de escenario de las guerras por interposición, pero la institución del orden es la misma. En ningún caso los conflictos han generado un cambio profundo en las instituciones y normas previas del orden regional, sino que han dotado al resto de actores de nuevos escenarios donde ponerlas en práctica y proyectarlas.



Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
Extranjeros, Derechos forales y Reglamentos
europeos de Derecho internacional privado/
*Foreigners, foral laws and European Regulations
on private international law*
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 219-221
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.2c.01>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

**EXTRANJEROS, DERECHOS FORALES
Y REGLAMENTOS EUROPEOS DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO/
*FOREIGNERS, FORAL LAWS AND EUROPEAN
REGULATIONS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW***

NOTA INTRODUCTORIA

INTRODUCTORY NOTE

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

Ya desde hace muchos años la doctrina nos viene advirtiendo de la necesidad de actualizar nuestro vetusto sistema de Derecho interregional o interterritorial, y de sus posibles problemas de encaje en el marco de los actuales reglamentos europeos que regulan los conflictos de leyes en materia de Derecho privado. Problemas que se ponen de relieve cuando, en aplicación de uno de dichos reglamentos, resulta aplicable al caso el Derecho español, y entonces hay que determinar cuál de los ordenamientos civiles españoles será aplicable. El caso de una persona de nacionalidad francesa residente en Mallorca que quiso otorgar una donación con pacto de definición con arreglo al Derecho mallorquín, Derecho que exigía la posesión de la vecindad civil mallorquina por parte del ascendiente donante para poder llevar a cabo tal acto de disposición, ha proporcionado un excelente ejemplo de esta problemática, y pareceres encontrados en la doctrina registral y en la jurisprudencia. El marco legal de la controversia es el siguiente: por una parte, el art. 36 del Reglamento europeo 650/2012, de sucesiones, precepto que establece que, si la ley designada por las normas de conflicto del reglamento fuera la de un Estado que comprendiera varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de sucesiones, en tal caso serán las normas para resolver los conflictos internos de dicho Estado las que se tengan en cuenta para determinar la unidad territorial concreta cuyas normas jurídicas resulten aplicables. Subsidiariamente, solo a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes, las referencias que el reglamento haga a la ley del Estado



de residencia habitual del causante o disponente se entenderán hechas a la ley de la unidad territorial donde este tuviera su residencia habitual (y, en el supuesto del art. 36.3 —relativo, en relación con el art. 27, a la validez formal de las disposiciones por causa de muerte—, tal referencia deberá entenderse hecha a la ley de la unidad territorial con la que el testador o la persona cuya sucesión fuera objeto de un pacto sucesorio hubiera tenido una vinculación más estrecha). Por otra parte, el art. 50 de la Compilación de Derecho civil balear, en cuanto requiere la vecindad mallorquina del ascendiente disponente del pacto de definición (o, desde la Ley 7/2017, también menorquina; véase a este respecto el art. 65 de la Compilación; en cuanto a Eivissa y Formentera, art. 77, párr. 3). La Resolución de 24 de mayo de 2019 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP) entendió que, al regirse la sucesión por la ley española, procedía aplicar el art. 36 y en primer lugar acudir a las normas del Derecho interregional español. Al tratarse de una persona extranjera, carente por tanto de vecindad civil, entiende que debía acudirse con carácter subsidiario a la ley de la unidad territorial de residencia del disponente, Mallorca en este caso. Pero, al exigir el Derecho balear que, para poder acogerse al pacto de definición, el ascendiente disponente debía ostentar vecindad mallorquina, concluye que una persona francesa, por definición carente de vecindad civil, no puede acogerse a esta forma de organización sucesoria prevista por el Derecho foral. El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca confirmó la Resolución del centro directivo, pero tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se posicionaron en contra por entender, en apretada síntesis, que cuando el art. 36 del Reglamento europeo remite a la ley de la unidad territorial concreta donde el disponente tuviera su residencia —ya fuera directamente como tal o bien como resultado de aplicar la regla de los vínculos más estrechos—, debe aplicarse dicha ley, sin tener en cuenta el hecho de que la normativa foral restringiera la aplicabilidad de una determinada institución exclusivamente a quienes poseyeran vecindad foral.

Pues bien, esta problemática constituye sin duda un terreno idóneo para el debate en este foro, por la disparidad de opiniones que suscita. Y para ello tenemos la suerte de poder contar con dos contribuciones destacadas: por un lado, la de la Notaria Ana Fernández-Tresguerres García, que aporta interesantes argumentos en favor de la postura de la Resolución de la DGSJyFP, y por otra la del Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Francisco de Borja Iriarte Ángel, que proporciona también argumentos de gran interés a favor de la postura de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia balear. La Dra. Fernández-Tresguerres explica la génesis de la «cláusula española» contenida en el art. 36.1 del Reglamento de sucesiones, defiende la solución alcanzada por la DGSJyFP y critica el resultado al que llega el TSJ balear, que a su juicio supondría alterar lo dispuesto en el Derecho foral, porque haría caso omiso del requisito subjetivo (vecindad foral) que la Compilación exige para poder disponer de los bienes por medio de un pacto de definición. Lamenta, además, el resultado al que la doctrina de los órganos jurisdiccionales podría conducir: un francés habitualmente residen-

te en Mallorca podría otorgar un pacto de definición; en cambio, un español igualmente residente en dicha isla, pero que no tuviera vecindad civil foral, no podría hacerlo. Por su parte, el Magistrado Iriarte expone con detalle el *iter* del asunto en las sucesivas instancias, y defiende con convicción la postura que finalmente adoptaron los tribunales. Entre los muchos argumentos aportados, incide en la necesidad de reinterpretar el viejo Derecho interregional español a la luz de la Constitución (principio de igualdad de los Derechos civiles españoles) y de los principios del Derecho de la Unión.

En definitiva, las contribuciones aquí presentadas no solo proporcionan argumentos en favor de cada una de las posiciones contrapuestas, sino que, al plantearlos, invitan a profundizar en el tema y a nuevos desarrollos. El elemento subyacente a esta polémica doctrinal y jurisprudencial es la tensión a la que se ve sometido nuestro viejo Derecho interregional —que se caracteriza por un importante componente «personalista» en el que la conexión de la vecindad civil constituye un eje vertebrador del sistema— en aquellas situaciones en las que la existencia de un elemento de internacionalidad provoca la aplicación de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado, cuya orientación es esencialmente «territorialista», y en los que la conexión residencia habitual desempeña un papel importante. Además, este nuevo «frente externo» que deriva de los citados reglamentos europeos que regulan aspectos de Derecho aplicable se añade al ya añejo debate sobre la conveniencia de reformar y modernizar nuestro viejo sistema de Derecho interregional. Con semejante telón de fondo, es seguro que las contribuciones que hoy se presentan en este foro no serán las últimas sobre el tema.



LOS REGLAMENTOS EUROPEOS Y EL DERECHO INTERREGIONAL

EUROPEAN REGULATIONS AND INTERREGIONAL LAW

Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA*

Palabras clave: reglamentos europeos de Derecho internacional privado, sucesión internacional, extranjeros, Derechos forales.

Keywords: european regulations on private international law, international succession, foreigners, foral laws.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LLAMADA *CLÁUSULA ESPAÑOLA*.—3. EL SUPUESTO DE LA RESOLUCIÓN DE 24 DE MAYO DE 2019 Y LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO *SUCESIONES*.—4. LAS DISPOSICIONES *MORTIS CAUSA* EN EL REGLAMENTO *SUCESIONES*.—5. DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES Y REGLAMENTOS EUROPEOS.

1. INTRODUCCIÓN

1. La relación entre el Derecho interregional español y los reglamentos europeos aprobados en el contexto de la justicia civil y concretamente en el ámbito de la ley aplicable, presenta notables disfunciones.

Ello es debido a la vocación de uniformidad en sus soluciones que presenta el Derecho europeo, máxime tratándose de reglamentos, auténticas leyes europeas obligatorias en todos sus extremos. Esta es la forma que revisten la totalidad de los instrumentos relativos a la ley aplicable en el dominio de la justicia civil.

* La autora es notaria de Madrid y Académica de Número de la RAJYLE. Es, desde hace más de veinte años, experta española en el Consejo de la UE, designada por el Ministerio de Justicia. Negoció el Reglamento *Sucesiones* y formó parte del *Comité de las Sucesiones mortis causa* de la Comisión Europea. Es autora de la obra *Las sucesiones mortis causa en Europa. Su aplicación en España*, que obtuvo el premio internacional García de Enterría. Próximamente se publicará su segunda edición. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 17 de enero de 2022.

2. La singularidad de nuestro sistema de Derecho civil y la *inmovilización* del Derecho interregional —por la falta de voluntad política de establecer reglas actualizadas— crea problemas de aplicación y de hermenéutica, de las que es claro ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 1/2021, de 14 de mayo (corrección de errores por Auto 1/2021, de 1 de junio), en casación foral.

Con ella, lamentablemente, se ha perdido una oportunidad única para el entendimiento entre los Derechos forales y el Derecho europeo.

Pese al claro interés casacional ante el Tribunal Supremo de este tema, en la intersección del Derecho europeo y el Derecho interregional, ha sido el Tribunal Superior autonómico, quien agotó la vía civil, al considerarse¹ preferente sobre las aristas del Derecho balear.

Se ha perdido, con ello, una oportunidad clarísima de analizar desde la perspectiva del Derecho estatal, que es el relevante para la aplicación en España de los Reglamentos europeos y la relación de estos con los Derechos civiles.

3. La sentencia revoca la Resolución de la hoy D. G. Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 24 de mayo de 2019 (confirmada posteriormente por la de 10 de agosto del 2020)², abriendo un vivo debate del que da fe este foro.

2. LA LLAMADA CLÁUSULA ESPAÑOLA

4. El Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio (Reglamento *Sucesiones*)³, modifica el criterio de los previos Reglamentos (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴, y (CE) 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁵, los cuales, al abordar los conflictos territoriales de leyes, en un Estado con diversas unidades legislativas, designaban directamente la unidad territorial concernida, según los criterios que cada uno de ellos establece.

El art. 14 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 judicial⁶, seguía igual criterio, pero con una pequeña variación lingüística.

¹ Se ignora si el recurso fue inadmitido por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

² Frente a la sentencia de Primera Instancia que confirma la resolución, la SAP de Palma de Mallorca de 30 de diciembre de 2020 estableció otra interpretación del tema de fondo, luego confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

³ DOUE L 201, de 27 de julio de 2012.

⁴ DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

⁵ DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

⁶ DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

5. Fue necesario esperar a la complicada negociación del Reglamento *Sucesiones*, para que se cambiara el criterio hasta entonces seguido, en aras a procurar el respeto y neutralidad en su aplicación en los Estados multilegislativos.

Conforme al art. 36 de dicho Reglamento, si la ley designada fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

En su defecto, el criterio será la residencia habitual del causante seguido, como último criterio, por la regla de los vínculos más estrechos o la ubicación del elemento pertinente (art. 36).

El Reglamento, respecto de la determinación de la ley aplicable, es de aplicación universal, es decir, se aplica aunque conduzca a la ley de un tercer Estado.

6. En el caso español, debe destacarse que el art. 9.8 CC no está derogado.

Situado en el Título preliminar, el precepto se limita ahora a regular conflictos internos, entre los diversos ordenamientos españoles, para el supuesto en el que el causante —sin elemento internacional en su herencia— tuviera nacionalidad española. La vecindad civil será el criterio para dirimir la unidad territorial relevante.

Mayor problema plantea el párr. 3 del precepto dedicado a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, en cuanto al ámbito internacional la Sala 1.^a del Tribunal Supremo antes de la aplicación del Reglamento, pero después de su aprobación (Sentencia de 28 de abril de 2014, en la línea de alguna anterior), establece que estos derechos se rigen por la ley del régimen económico matrimonial y no por la ley sucesoria.

Esta conclusión es contraria al Reglamento *Sucesiones*, que incluye en la ley sucesoria los derechos del supérstite, art. 23.1.b) —incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites—.

7. También incluyen la *cláusula española* los Reglamentos *Parejas*, que presentan normas en general paralelas, en sus arts. 33 a 36⁷.

8. Finalmente se ha incluido la misma cláusula en la tramitación, en el Consejo, del futuro Reglamento que regulará los efectos frente a terceros de las cesiones de crédito (art. 9) —que el día 7 del pasado mes de junio de 2021 obtuvo una orientación general por parte del Consejo y comienza su negociación en trólogos el 2 de diciembre—.

⁷ Reglamentos (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, y (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.

En todos los supuestos se establece un sistema subsidiario de determinación de la ley aplicable en el caso de Estados plurilegislativos.

9. En consecuencia, el Estado al que remite la norma de conflicto, con independencia de que sea o no un Estado miembro —en cuanto, como es sabido, todos los reglamentos civiles sobre ley aplicable presentan carácter universal— determinará la unidad territorial aplicable relevante según sus criterios.

Para España el criterio relevante es la vecindad civil y, por tanto, se limita al exclusivo supuesto de que el causante tuviera nacionalidad española.

Si no fuera así, subsidiariamente, se señalará la unidad territorial a la que se refieren los restantes apartados del art. 36 y que ya han sido mencionados.

3. EL SUPUESTO DE LA RESOLUCIÓN DE 24 DE MAYO DE 2019 Y LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO *SUCESIONES*

10. El supuesto que da lugar a la resolución discutía la posibilidad de un pacto de definición mallorquín entre ciudadanos franceses, presentando el padre donante residencia habitual en Mallorca.

La escritura establecía *professio iuris* a favor de la legislación *mallorquina*⁸.

11. El pacto, conforme al art. 3 del Reglamento, es una disposición *mortis causa* sujeta a los criterios que en el mismo se indican sobre la validez material y formal de las disposiciones *mortis causa*.

En nuestro caso, al compareciente francés se le aplicaba, incorrectamente, conforme a su costumbre histórica, el art. 50 de la Compilación⁹. El precepto establece que los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, *de vecindad mallorquina*, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de estos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

⁸ La *professio* requiere la nacionalidad —al momento de la elección o en el fallecimiento— y una disposición *mortis causa*. El TJUE ha reinterpretado el Reglamento 650/2012, en relación con la inclusión de la donación *mortis causa* entre los títulos *mortis causa* (lo que en la negociación se negó) en Sentencia de 9 de septiembre de 2021 (asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:708) de cuya naturaleza, por tanto, podría participar la definición.

En todo caso la *professio* se realiza a la ley nacional, siendo el fallecimiento del disponente el momento para establecer su eficacia y para verificar por tanto la vecindad civil.

Por lo que no aplica al supuesto planteado que parte de una disposición de presente.

Adicionalmente la *professio* se realiza a favor de una legislación autonómica, lo que no es posible. La elección es a la ley nacional. La legislación autonómica aplicable será la existente al fallecimiento. Es decir, puede cambiar la vecindad civil desde la elección al fallecimiento, incluso puede no llegar a obtener la nacionalidad española o perderla. El momento determinante es la apertura de la sucesión.

⁹ Art. 1 de la Compilación, apartado 3, regla 4.ª, del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, *BOIB* núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

La norma tiene asimilado un tratamiento fiscal muy favorable y el art. 65 de la Compilación balear, en redacción dada por la Ley 7/2017¹⁰, extendió la institución a la Isla de Menorca¹¹.

12. Al carecer el disponente otorgante de vecindad civil (incluida la subvecindad, mallorquina en este caso) en cuanto no es español, se le debía aplicar directamente la normativa de la unidad territorial, en base al siguiente criterio del art. 36 del Reglamento *Sucesiones*, solución a la que se llega además por aplicación de los criterios de la validez formal y material del pacto sucesorio, al que conduce la *definición*.

Por tanto, el asunto debatido no conduce a la inaplicación del Derecho europeo, como considera, erróneamente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sino a la aplicación del criterio subsidiario, que es la residencia habitual del donante, previsto por el mismo Reglamento.

13. La cuestión relevante es el propio sistema español, una vez aplicada la norma europea.

Si no existiera el Reglamento, no podría ser pactada la *definición*, conforme a nuestro Derecho interno. La norma europea no puede incidir en soluciones materiales¹².

4. LAS DISPOSICIONES *MORTIS CAUSA* EN EL REGLAMENTO *SUCESIONES*

14. El Reglamento concede una gran importancia a la planificación sucesoria, como destaca el considerando 48¹³. Aunque esa previsibilidad en la futura sucesión no impidió la inclusión al final de la negociación de un reenvío de segundo grado, no previsto en la propuesta y parcialmente limitado, pero que hace saltar por los aires la previsibilidad de la sucesión¹⁴.

La planificación se articula en el art. 3.d) que introduce entre sus definiciones la *disposición mortis causa* que define (—enumera—) como: un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio.

15. Conducido el problema a una cuestión de validez formal y material (pues no se ubica en el Capítulo III del Reglamento sino en el I y, por tanto,

¹⁰ Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, BOE núm. 223, de 15 de septiembre de 2017.

¹¹ La sentencia tuvo que ser rectificada para aclarar el marco normativo vigente.

¹² Pese al art. 32, sobre *commorriencia*, que debe verse como una norma de conflicto.

¹³ Para garantizar la seguridad jurídica a las personas que deseen planear su sucesión, el presente reglamento debe establecer una norma específica en materia de conflicto de leyes respecto de la admisibilidad y la validez material de las disposiciones *mortis causa*. Para garantizar una aplicación uniforme de esa norma, el presente reglamento debe enumerar los elementos que se deban considerar correspondientes a la validez material. El examen de la validez material de una disposición *mortis causa* puede llevar a la conclusión de que esa disposición *mortis causa* no tiene existencia legal.

¹⁴ Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

no cabe hablar de un conflicto de leyes sucesorio antes del fallecimiento del eventual disponente), la clave del asunto analizado por la Dirección General y posteriores sentencias se limita a la concreción de la normativa aplicable a ese pacto realizado en donación.

Para ello ha de tenerse en cuenta que el tratamiento de los pactos sucesorios no tiene una autonomía tal en el Reglamento que permita separar estas disposiciones de su contexto, finalidad y régimen normativo. Tampoco presenta un objetivo específico dentro del mismo más allá de asegurar la preparación de la sucesión con los ajustes que sean necesarios a su apertura (especialmente, de existir, el régimen legitimario).

16. El considerando 51 es significativo:

«Cuando en el presente Reglamento se hace referencia a la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante que realizó la disposición *mortis causa* si hubiera fallecido en la fecha en que, según fuera el caso, realizó, modificó o revocó tal disposición, esa referencia se ha de entender como una referencia a la ley del Estado de residencia habitual del causante en esa fecha, o, en caso de haber hecho una elección de ley en virtud del presente Reglamento, a la ley del Estado de su nacionalidad en dicha fecha»¹⁵.

Por tanto, además de modalizar el art. 21 del Reglamento conforme al cual: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento», establece una *lex putativa* o presuntiva *iuris et de iure*.

17. En el caso planteado por la resolución, la elección de ley es incorrecta porque la nacionalidad del donante que es el sujeto relevante en ese momento no era la española, y aún si lo fuera (que no es así) no se pudo elegir la vecindad civil fuera del momento de la adquisición de nacionalidad.

Por ello las disposiciones *mortis causa* se someten —y su análisis también— a los criterios de validez material o formal que permiten determinar la admisibilidad, validez y efectos vinculantes del pacto sucesorio¹⁶.

¹⁵ La cursiva es propia.

¹⁶ Como recuerda la resolución revocada, en su función didáctica, pertenecen al dominio de la validez material de las disposiciones *mortis causa* —regido por la *lex putativa* o de la buena fe— la capacidad del disponente para realizar la disposición *mortis causa*; las causas específicas que impidan al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel; la admisibilidad de la representación a efectos de realizar una disposición *mortis causa*; la interpretación de la disposición *mortis causa*; el fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente. Y son elementos de la validez formal la edad, nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales del testador o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio. Un primer análisis del pacto debatido conduce al estudio de su validez formal, pues solo superado este filtro será posible la aplicación de la *lex putativa*. La validez formal en el Reglamento supone una adaptación comunitaria del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 relativo a conflictos de leyes en materia de forma en las disposiciones testamentarias. El Informe explicativo al Convenio, *informe Batiffol*, evidencia en su apartado I la necesidad de establecer los criterios favorables a la disposición testamentaria y con ello la planificación sucesoria. Este criterio sin duda ha pasado al Reglamento europeo si bien añadiendo un indudable *favor pactum*, en indudable influencia germánica.

18. El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias —del que dieciocho Estados miembros son parte (tras el *Brexit*) y cuyas relaciones con el Reglamento se establecen en su art. 75—, no incluye los pactos (aunque sí los testamentos mancomunados), limitándose a las formas testamentarias y siendo posible realizar reserva respecto de los orales (lo que han hecho algunos Estados miembros), mientras en el Reglamento solo caben disposiciones *mortis causa* escritas.

En el caso planteado la transmisión de bienes surte efectos de presente y la renuncia (definición) se adaptará a la ley sucesoria.

19. La resolución revocada realizaba un cuidadoso estudio de la ley aplicable, al caso concreto, que el Tribunal Superior de Justicia ignora¹⁷.

Su conclusión era correcta. En cuanto en el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable, sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión.

Es decir, *no supone un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear*. Y conforme a este, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante, no sea mallorquín.

20. Desde otra perspectiva, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del dominio, en los términos del art. 50 de la Compilación balear, conforme al art. 1, párr. 2, apartados *l*) y *k*), de la norma europea queda fuera de la aplicación del Reglamento.

21. Por ello, concluía la resolución que no corresponde al Centro Directivo valorar y no se prejuzga si la exigencia de la condición de mallorquín (vecindad civil cualificada), en cuanto cualidad subjetiva basada en la tradición y antecedentes históricos, ha de considerarse o no desigualdad en el trato que reciben los ciudadanos europeos residentes en España, *teniendo presente*

¹⁷ Así, señala: «14. Analizada la hermenéutica del instrumento europeo, se está ya en disposición de analizar si el pacto con transmisión de bienes y efecto de definición supera el filtro de la validez formal [...].

En cuanto nacionales franceses, los otorgantes podrían en principio celebrar un pacto sucesorio, conforme a su ley nacional.

15. En Francia (según informa <https://e-justice.europa.eu>), el pacto sucesorio (también denominado “pacto sobre sucesión futura”) se admite desde enero de 2007. En virtud de él, el presunto heredero (el hijo) puede renunciar por anticipado a la totalidad o parte de su herencia en beneficio de una o varias personas, independientemente de que estas tengan o no la calidad de herederos (hermanos o hermanas o sus descendientes).

La renuncia ha de realizarse mediante escritura pública y ser recibida por dos notarios. En el pacto deben designarse asimismo los beneficiarios de la herencia (requisitos de forma que, de no cumplirse, conforme a la ley francesa, determina la validez del pacto).

Por todo ello, *a priori*, el pacto no responde a la ley de la nacionalidad de la donante».

Se recurre, a falta de norma de conflicto interna española, al art. 36.3 del Reglamento, al que conduce la *lex putativa* que, a falta de norma de conflicto, toma como referencia la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido un vínculo más estrecho. Vínculo que referido al momento del otorgamiento del pacto queda reflejado en la residencia habitual en la unidad territorial.

que es, además, la misma situación para un ciudadano español, distinto del mallorquín.

22. Tras la sentencia el ciudadano francés otorgará el pacto, pero no lo podrá hacer el ciudadano español (por ejemplo, andaluz).

5. DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES Y REGLAMENTOS EUROPEOS

23. Los Derechos civiles españoles han experimentado en los últimos quince años una actualización de sus contenidos a través de los Estatutos autonómicos de segunda generación¹⁸.

Sin embargo, esta actualización no ha venido acompañada de una acción legislativa del Estado, en el Derecho conflictual, como hubiera sido deseable y necesario¹⁹.

La inadaptación de estos ordenamientos al Derecho europeo —fuera quizá del art. 30 del Reglamento (UE) 650/2012—²⁰ no es exclusiva en el Derecho balear.

24. Muy claramente, además del pacto de definición analizado, la troncalidad.

En el Derecho vasco la vecindad civil local vizcaína o de los términos municipales de Aramaio y Llodio para los descendientes, en relación con la troncalidad (art. 68 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)²¹ actualizados —según interpretación constitucional del art. 149.1.8 de la Constitución— pero fundados en su tradición jurídica, nada tiene que ver con la conexión «vecindad civil» que es relevante, para la determinación de ciertos supuestos mixtos, en la confluencia del conflicto entre dos unidades territoriales en una sucesión internacional.

25. La finalidad del art. 36 del Reglamento no es alterar las soluciones nacionales, sino determinar una prelación de normas de conflicto.

26. La misma inadecuación se planteaba en Baleares respecto al Reglamento (UE) 2016/1104 (parejas registradas), pues la ley vigente en las Islas conducía a que allí solo pudiera ser registrada una pareja no casada cuando uno de sus miembros poseyere vecindad balear.

¹⁸ En el ámbito de sus competencias constitucionales y estatutarias, arts. 149.1.8 y, en nuestro caso, art. 30, apartado 27, de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, *BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 2007.

¹⁹ Por ejemplo, en materia de cesión de créditos.

²⁰ Disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes.

Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión.

²¹ *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 2015.

Este tema dio lugar a un procedimiento escrito por parte la Comisión Europea, por la discriminación existente.

Como solución, la Ley 18/2001, de Parejas Estables de Baleares²², que impedía a los europeos (y a los españoles) cumplir el requisito del Registro de parejas necesario para la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104, fue modificada por la Ley 9/2019, de 19 de febrero²³, por la que se permiten dos modalidades de inscripción.

27. Por iguales razones una reforma de la Compilación sería el camino adecuado, para actualizar, si así se quiere, el pacto de definición.

28. La sentencia, por el contrario, sobre la base de la interpretación que hace del Reglamento, altera el Derecho foral, sin modificar la ley autonómica, suprimiendo sus requisitos subjetivos para extranjeros, pero no para los españoles que no tienen vecindad civil balear.

Crea con ello una desigualdad de trato injustificable.

29. Por tanto, a la vista de este relevante caso se hace necesaria una reflexión sobre el criterio de la vecindad civil y su ajuste en la intersección con los Reglamentos europeos.

Ni en épocas de gobiernos con mayorías absolutas se ha abordado este tema, tan importante para la aplicación del Derecho europeo y sobre todo para la efectiva igualdad de los españoles en cualquier parte de España.

30. Cabe concluir, por tanto, que la interpretación uniforme de los Reglamentos, en casación, debe ser competencia del Tribunal Supremo —con planteamiento, en su caso, de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea— como ocurre en todos los Estados miembros, pues no se analizan instituciones del Derecho civil español (forales), sino las normas internacionales, de conflicto, relevantes.

También, que el legislador estatal tiene el inexcusable deber de abordar y actualizar el Derecho interregional.

²² Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, Comunidad Autónoma de las Illes Balears, *BOIB* núm. 156, de 19 de diciembre de 2001; *BOE* núm. 14, de 16 de enero de 2002.

²³ Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, *BOE* núm. 89, de 13 de abril de 2019.



¿PUEDE UN EXTRANJERO ESTAR SOMETIDO A UN DERECHO FORAL?

MAY A FOREIGNER BE SUBJECT TO A FORAL LAW?

Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL*

Palabras clave: sucesión internacional, extranjeros, Derechos forales.

Keywords: international succession, foreigners, foral law.

1. Ya adelanto que yo, humildemente y desde mi desconocimiento, creo que sí, como también lo creen la Audiencia Provincial de Baleares y su Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo y la mayor parte de los autores, aunque no todos, que han escrito sobre la cuestión. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹ no lo tiene claro, pero parece que no.

2. En primer lugar, haré un resumen de las posiciones, para, a continuación, desarrollar mi opinión, para lo que seguiré el hilo conductor de las sentencias de los Tribunales baleares.

3. Tanto el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares —Sentencia de 14 de mayo de 2021—² como la Audiencia Provincial —Sentencia de 30 de diciembre de 2020—³ coinciden, en contra de lo dicho inicialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Palma de Mallorca en Sentencia de 11 de mayo de 2020⁴, que un extranjero —en concreto, de nacionalidad francesa— residente en la mencionada comunidad puede otorgar un pacto de definición, por ser la ley mallorquina la de su residencia.

* Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 17 de enero de 2022.

¹ Notorio es que el organismo se llamaba históricamente y hasta tiempos recientes Dirección General de los Registros y del Notariado; en el presente trabajo me referiré a una u otra según la denominación que ostentaba en el momento de emitir las correspondientes resoluciones.

² ECLI:ES:TSJBAL:2021:460 (Ponente: A. J. Terrasa García).

³ ECLI:ES:APIB:2020:2608 (Ponente: C. A. Izquierdo Téllez).

⁴ No publicada en el CENDOJ.

4. Igualmente el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de febrero de 2021⁵, consideró sometida al Derecho catalán una pensión compensatoria derivada de un divorcio entre franceses en tanto la parte acreedora tenía su residencia en Cataluña en el momento de pedirla; para ello aplicaba la norma de conflicto contenida en los arts. 9.7 y 16 CC, que nos remiten al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

5. En cuanto a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, dos son sus opiniones; por un lado, las Resoluciones de 24 de mayo de 2019⁶ y 10 de agosto de 2020⁷ consideran que un extranjero domiciliado en Baleares no puede otorgar un pacto de definición por carecer de vecindad civil balear, y por el otro, la Resolución de 24 de julio de 2019⁸ —como vemos, intercalada temporalmente entre las anteriores— considera sujeta a normativa balear la sucesión de un alemán residente en Formentera.

6. La Resolución de 24 de mayo de 2019, que da lugar al procedimiento seguido ante los tribunales baleares, con referencia al Reglamento 650/2012⁹ determina en primer lugar que la sucesión —o mejor dicho, el pacto sucesorio— se registrará por la Ley española; para buscar la solución al conflicto interno, acude, como punto de partida, a la normativa interna por remisión del art. 36.1, concluyendo que, habida cuenta que los extranjeros carecen de vecindad civil —determinante de la ley personal en los conflictos internos—, debe acudir a la ley de la unidad territorial de residencia de la instituyente —art. 36.3 del Reglamento—, razonamiento que suscribimos.

7. Sin embargo, rechaza la aplicación de la normativa balear, en tanto considera que se trata de una cuestión no de conflicto, sino de normativa sustantiva balear, con el siguiente razonamiento:

«El análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín para su celebración. Esta consideración, como lo es, [...] actualizados —según interpretación constitucional del art. 149.1.8 de la Constitución— pero fundados en su tradición jurídica, nada tiene que ver con la conexión “vecindad civil” que es relevante, como se ha indicado, para la determinación de ciertos supuestos mixtos, en la confluencia del conflicto entre dos unidades territoriales en una sucesión internacional. [...] En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable, sino que será directamente el Derecho de la unidad te-

⁵ ECLI:ES:TS:2021:532 (Ponente: M. A. Parra Lucán).

⁶ BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019.

⁷ BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020.

⁸ BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019. Son especialmente interesantes los criterios que toma en consideración el Centro Directivo para considerar residente en la mencionada isla al ciudadano alemán fallecido.

⁹ Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201, de 27 de julio de 2012, al que nos referiremos como «el Reglamento».

territorial designada la que resuelva la cuestión. Es decir, no supone un problema jurídico de Derecho conflictual, sino de Derecho material balear. Y conforme a este, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante, no sea mallorquín».

Es decir, que, si bien el Reglamento nos lleva al Derecho balear, este no es aplicable porque solo aplica a los avecindados en esta comunidad autónoma, «conforme a la tradición y los antecedentes históricos».

8. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia confirmó la resolución de la Dirección.

9. Confirmación que fue revocada por la Audiencia Provincial; la sentencia de apelación parte de una premisa muy importante: «La norma interna —art. 16.1 CC— emplea una categoría o punto de conexión —vecindad civil— que no puede predicarse del ciudadano extranjero (salvo que adquiriera la nacionalidad española, art. 15 CC, lo que no es el caso), por lo que no puede acudir a ella por la vía del art. 36.1 del Reglamento para resolver la cuestión planteada»; descarta que esto suponga la inaplicación de los derechos territoriales a un extranjero, acudiendo para resolver la cuestión al apartado 2 del art. 36 del Reglamento, que «conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50».

10. Finalizando su pronunciamiento con un párrafo de enorme importancia:

«Entendemos que esta interpretación de la norma [...] resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “se rija por una ley previsible” para este), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del reglamento, y no al revés».

Como dijo el Tribunal de Justicia en el asunto C-256/09¹⁰:

«99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate».

11. La anterior sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, desestimatoria del recurso de casación inter-

¹⁰ STJUE (Sala 2.^a) de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, en resolución de cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof*, ECLI:EU:C:2010:437.

puesto frente a la anterior. Tras una detenida exégesis del origen histórico del precepto y de la norma de conflicto anterior a la entrada en vigor del Reglamento realiza interesantes aportaciones: así, en primer lugar, nos recuerda que atribuir carácter material al requisito de vecindad civil del causante «supone atribuirle una impronta de naturaleza personal que pugna con el carácter territorial de las normas» conforme a la normativa vigente, de forma que «la mención sobre la vecindad civil mallorquina de los ascendientes, inserta en el art. 50 de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, trata de cumplir una función meramente aclaratoria, que si es entendida como norma de carácter conflictual resulta superflua e irrelevante». Posteriormente recoge los aspectos del Reglamento relativos a los conflictos internos para concluir que «la referencia a la residencia habitual en España debe ser entendida como referida a la unidad territorial donde residía habitualmente la interesada en el momento de otorgar el pacto de definición», lo que nos lleva a la normativa mallorquina, por aplicación directa del Derecho de la Unión.

12. Es decir, que los tribunales colegiados optan por considerar sujeto al Derecho balear a un causante extranjero con residencia en las Islas, acudiendo para ello a lo establecido en el art. 36.2 del Reglamento. Como ya hemos visto *supra*, esta opinión es la mayoritaria entre la doctrina académica, y la que, en mi opinión es más acertada.

13. Entre medias, la Resolución de 10 de agosto de 2020 reitera la doctrina establecida en la de 24 de mayo de 2019, incidiendo especialmente en el carácter formal de la posibilidad de otorgar pacto sucesorio, reconduciendo al art. 27 del Reglamento el punto de conexión¹¹ y sin tener en cuenta lo establecido por los arts. 25 y 75.

14. A partir de aquí, daré los motivos que sustentan mi opinión.

15. Para ello partiré de que han sido varios los autores del ámbito académico críticos con la resolución de la Dirección General, apuntando hacia la resolución adoptada por Audiencia y Tribunal Superior; para autores como J. C. Martín Romero¹², esta interpretación supondría que siempre se aplicaría el Derecho común a los extranjeros, lo que parece contradecir lo dicho en

¹¹ He tratado la cuestión —que escapa de la presente— en IRIARTE ÁNGEL, F. B., «Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, octubre de 2021, núm. 2, pp. 784-788.

También descarta que nos encontremos ante una cuestión sujeta al art. 27 del Reglamento, RODRÍGUEZ BENOT, A., «Una lectura europea de la aplicación del art. 50 de la compilación balear a los extranjeros. A propósito del caso *Crul* y su deriva judicial (SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 30 de diciembre de 2020)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2021, núm. 41, pp. 20-25.

¹² «Y es que, según la Dirección General, parece que para gozar de dicha especialidad foral sucesoria es precisa la nacionalidad española y la vecindad civil mallorquina. En realidad, el problema es que los extranjeros no gozan de vecindad civil y la Dirección General no está por aceptar los criterios dinámicos de equiparación o sustitución en cuanto a extranjeros de la vecindad civil por la residencia habitual» (MARTÍN ROMERO, J. C., «Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019», *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2019, núm. 86).

la STC de 8 de julio de 1993¹³, que sentó la igualdad de todos los derechos civiles españoles dentro de su ámbito competencial; como he dicho en otros foros, los órganos centrales deben asumir de una vez por todas que España es un Estado descentralizado en materia de Derecho civil, con igualdad entre todos los ordenamientos dentro de su margen competencial, y no un Estado que *tolera* ciertos *folclorismos locales* siempre que no pretendan salir de su *tiesto*. Otros, como S. Álvarez González¹⁴, consideran que en una sucesión internacional no cabe «resucitar en un segundo escalón» la vecindad civil cuando el Reglamento ha optado por otra solución; B. Bibiloni Guasp¹⁵ manifiesta que: «No tiene sentido que un extranjero, afincado en Mallorca, y al que la ley europea le concede la facultad de regir su sucesión por la ley del territorio más cercano, no pueda dar satisfacción, como si fuera un balear más, a su anhelo de adelantar su sucesión a favor de sus hijos o, en su caso, de otros familiares allegados, sin tener que esperar al momento de su fallecimiento», en tanto la norma que rige la sucesión no exige expresamente la vecindad civil del causante, dejando la determinación de su ámbito personal a la ley general reguladora de los conflictos; finalmente, I. Espiñeira Soto¹⁶ se pregunta si no «convendría interpretar el art. 50 Compilación en el sentido de que lo que el legislador quiere es que el pacto sucesorio se rija por la ley personal del disponente y esta tras el Reglamento, para los extranjeros con su centro de vida en cualesquiera de las comunidades de España con derecho civil propio no es la ley del Estado de su nacionalidad, salvo que hayan hecho uso de la *professio iuris*, sino la ley de la unidad territorial en la que este tiene su residencia habitual en el momento de la conclusión del pacto, arts. 21.1, 24.1, 25.1 y 36.2 letra a) del Reglamento».

16. Reforzaría una visión crítica con la resolución la caracterización del sistema del Reglamento como de remisión subsidiaria¹⁷, «*where priority is given to the domestic conflict-of-law rules*» de forma que «*only in the absence of such internal conflict-of-law rules does the [...] Regulation set forth subsidiary rules*»¹⁸; es decir, que la inexistencia de norma interna para resolver un conflicto interno ligado a uno internacional no da lugar a la aplicación de un Derecho indeterminado —a determinar por el intérprete del Derecho conflic-

¹³ Sentencia 226/1993, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1993).

¹⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019», *La Ley Unión Europea*, octubre de 2019, núm. 79, p. 15.

¹⁵ BIBILONI GUASP, B., «El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España», *www.notariosyregistradores.com*, 23 de mayo de 2020, p. 21.

¹⁶ ESPÍNEIRA SOTO, I., «Reglamento Europeo de Sucesiones y Derechos Civiles de España. Retirando capas de barniz», *www.notariosyregistradores.com*, 17 de septiembre de 2019, p. 12.

¹⁷ QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTIANDI, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», *Indret*, 3/2013, Barcelona, julio de 2013, p. 15. En la misma obra puede verse una introducción a los diferentes sistemas de remisión.

¹⁸ QUINZÁ REDONDO, P., «Regulation (EU) 650/2012 and Territorial Conflicts of Laws in Spain», en SCHERPE, J. y BARGELLI, E. (eds.), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change, Intersentia*, Cambridge, 2020, p. 215.

tual interno—, sino que deberá resolverse conforme a la normativa europea, y esta nos lleva, en nuestro caso, al Derecho balear, pues esa es el lugar de residencia del instituyente del pacto.

17. A todo lo anterior habría que añadir la eventual contravención del *Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*, como apunta J. J. Pérez Milla¹⁹, en tanto «cualquier normativa territorial civil que establezca la condición foral como requisito y por ello impida su ejercicio a otro ciudadano de la Unión, vulnera el Principio del DU y debe eliminarse salvo justificación».

18. Por el contrario, la postura de la Dirección General ha recibido el apoyo de autores como el Profesor Rodríguez Benot²⁰, para quien, entre otros motivos, destaca que el legislador español, al no hacer uso de la facultad contenida en el art. 38 del Reglamento, ha querido que los conflictos internos siguiesen siendo resueltos conforme a las reglas contenidas en los arts. 13 y ss. CC. Lo que significa —apunto yo— que en ningún caso aplicaría a los extranjeros —carentes, por definición, de vecindad civil— la posibilidad de sujetarse a otras normas que las contenidas en el Código Civil, con la salvedad —también entiendo yo— de los supuestos en los que el propio legislador ha incorporado como punto de conexión —directamente o por remisión— la residencia.

19. En conclusión, no me cabe sino considerar ajustadas a Derecho las sentencias antes citadas. Debemos asumir que nos encontramos ante un cambio de paradigma, ya no nos sirve el concepto nacionalidad —y, cuando proceda, su asociado, vecindad civil— para resolver la mayoría de los conflictos internacionales relativos al estatuto personal. El legislador español no se ha acogido expresamente al art. 38 del Reglamento, pero el art. 36.2 es parte de nuestro ordenamiento jurídico y dice lo que dice; si nuestro legislador quiere que los extranjeros deban estar sometidos invariablemente al Código Civil deberá decirlo expresamente. No me parece defendible acudir a la eventual voluntad del legislador de 1974 para excluir a los extranjeros de la aplicación de los derechos forales, por dos motivos: i) porque para aquel legislador la cuestión era inmaterial, y ni se planteaba —fuera de supuestos absolutamente marginales— que a un extranjero le aplicase otra ley que su ley nacional, habida cuenta del *mancinismo* puro y duro que por entonces regía nuestro sistema conflictual, y ii) adicionalmente, porque la normativa preconstitucional debe ser interpretada a la luz de la Constitución —para la que, como hemos visto, todos los Derechos civiles son iguales— y de los principios emanados de la normativa de la Unión Europea.

20. Además debemos tener en cuenta que si seguimos creyendo en la doctrina derivada de *Costa v. Enel*²¹, tal como dice la Audiencia Provincial

¹⁹ PÉREZ MILLA, J. J., «Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español», *La Ley Unión Europea*, enero de 2021, núm. 88, p. 12.

²⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A., *op. cit.*

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964 (asunto C-6/64), ECLI:EU:C:1964:66.

de Baleares, es el Derecho interno el que debe adaptarse y ser interpretado conforme a los preceptos que emanan de aquel, y no al revés; a pesar de que parezca estar de moda actuar en sentido inverso. No podemos hacer una supuesta *interpretación española* de lo que aparece claramente en la normativa europea.

21. Dicho lo anterior, no me he olvidado de la sentencia del Tribunal Supremo que citábamos al principio de este trabajo. En ella el Alto Tribunal resuelve la sujeción al derecho catalán de una pensión compensatoria en la que la parte acreedora es una ciudadana francesa residente en Cataluña, sin plantearse toda la discusión que he comentado en este escrito, ni si a un extranjero le puede aplicar o no un derecho distinto del común; puede, por tanto, que toda nuestra discusión sea bizantina y el tema esté resuelto conforme a aquel aforismo que dice que «Derecho es lo que, en Sala de cinco, dicen tres».



Revista Española de Derecho Internacional
Sección PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO
INTERNACIONAL
Práctica Española de Derecho Internacional Público/
Studies on Spanish Public International Law Practice
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 241-251
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2021.3a.01>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

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)

PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO/ *STUDIES ON SPANISH PUBLIC INTERNATIONAL LAW PRACTICE*

LA SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2021 DEL TRIBUNAL
SUPREMO EN EL CASO *COUSO*. UNA INTERPRETACIÓN
ERRÓNEA DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL
EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

*THE DECISION OF 9TH JULY 2021 ADOPTED
BY THE SUPREME COURT OF SPAIN IN THE COUSO CASE.
A WRONGFUL INTERPRETATION OF STATE DISCRETION
IN THE EXERCISE OF DIPLOMATIC PROTECTION*

Elena CRESPO NAVARRO*

Palabras clave: protección diplomática, responsabilidad patrimonial de la Administración, Derecho internacional/Derecho interno.

Keywords: diplomatic protection, financial liability of the State Administration, international law/domestic law.

Mediante Sentencia de 9 de julio de 2021¹, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (TS) confirma el cambio en la doctrina jurisprudencial

* Profesora Titular de Universidad de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Miguel Hernández (ecrespo@umh.es).

¹ ES:TS:2021:3026.

sobre el alcance y la naturaleza de la protección diplomática en Derecho español que supuso la Sentencia de 11 de diciembre de 2019 de la Audiencia Nacional (AN) en el caso *Couso*². Hasta entonces, la jurisprudencia española había venido admitiendo el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática, en base a su consideración, conforme al Derecho internacional vigente, como una relación de Estado a Estado que puede verse condicionada por razones de oportunidad. Eso sí, los tribunales españoles reconocían la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de no ejercicio o ejercicio ineficaz de la protección, pero únicamente cuando pudiera acreditarse una conexión causal entre la acción/inacción de las autoridades españolas y el perjuicio sufrido por el particular³.

La sentencia de la AN, rompiendo con la línea jurisprudencial anterior, declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración española, condenándola al pago de una indemnización, por la mera omisión del ejercicio de la protección diplomática, a la que vendría obligado el Estado respecto de sus nacionales. Reconocía dicha sentencia un derecho subjetivo de los particulares al ejercicio de la protección diplomática en su favor. Al no ejercer el Estado esa protección, se impidió a los perjudicados obtener una reparación adecuada del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, lo que les ocasionó un perjuicio que no tenían obligación jurídica de soportar. La AN consideró que el daño al particular, a efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no era el causado por el hecho internacionalmente ilícito, sino el derivado de la pérdida de la oportunidad de haber obtenido una reparación por la vía del ejercicio de la protección diplomática.

En la sentencia que ahora comentamos, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la AN, confirmando los fundamentos de aquella. En su escrito de preparación del recurso, la Abogacía del Estado justificó el interés casacional objetivo⁴, por un lado, en la consideración de que sentaba una doctrina que podía ser gravemente dañosa para los intereses generales, al condicionar y limitar las potestades constitucionales del Gobierno, legitimando a cualquier particular a exigir la protección diplomática y pudiendo tal doctrina afectar a un buen número de situaciones en la práctica, especialmente en situaciones de crisis o contextos internacionales complejos, más allá del caso concreto. El interés

² ES:AN:2019:4391. Para un análisis más profundo acerca de la naturaleza de la protección diplomática en DI y sobre la jurisprudencia española, CRESPO NAVARRO, E., «La naturaleza de la protección diplomática en el caso *Couso*. La compleja relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, pp. 197-234. En el mismo número, también sobre dicha sentencia, ALCOCEBA GALLEGOS, M. A., «Límites a la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática», pp. 163-196. Igualmente, VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: a propósito del asunto *Couso*», *REEI*, 2020, núm. 39.

³ Art. 106.2 de la Constitución y art. 139.1 de la antigua Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (ahora art. 32.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

⁴ Art. 88.2.b) y c) y 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

casacional se justificaba asimismo en la ausencia de jurisprudencia sobre la determinación: del contenido y alcance de la protección diplomática, del alcance de las potestades estatales para su ejercicio y de la existencia o no de un derecho subjetivo a favor de los particulares que pudiera generar un derecho a ser indemnizados. Se basaba también en el carácter no justificado de las conclusiones de la sentencia de la AN sobre las posibilidades del Estado español de lograr una reparación por la vía de la protección diplomática, que la AN da por sentadas, frente a la imposibilidad de lograrla por los propios interesados.

Por Auto de 4 de noviembre de 2020 mediante el que admitió a trámite el recurso, el TS precisa la cuestión sobre el interés casacional objetivo, admitiendo de algún modo dicho Tribunal, ya en ese momento previo, que el Estado ha de posibilitar la obtención por la vía interna de una reparación para los particulares perjudicados, en contraste con lo planteado en el escrito de la Abogacía del Estado. Una posición de partida que el TS confirma después en su sentencia. El TS precisó en ese auto que debía determinar:

«El contenido, alcance y, en su caso, exigibilidad del ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado, y el posible derecho subjetivo de los particulares a la misma, ante hechos susceptibles de ser calificados como ilícitos internacionales, que pudieran generar a su favor, como perjudicados, un derecho a ser indemnizados con fundamento en la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de la protección diplomática, en supuestos *de no haberse posibilitado que hubiera sido lograda* por los propios interesados»⁵.

Analizamos aquí el razonamiento seguido por el TS para dar respuesta a esa cuestión. Un razonamiento que refleja un profundo desconocimiento y/o un abierto desprecio por el Derecho internacional y su sistema de fuentes normativas. La sentencia comienza delimitando los términos del debate, que concreta en si la protección diplomática puede ser o no considerada un servicio público que deba prestar la Administración y genere un derecho subjetivo para los particulares, cuya omisión pudiera derivar en la responsabilidad patrimonial de aquella. El TS recuerda su jurisprudencia sobre el tema y parte de un concepto amplio de servicio público que comprendería toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo. De este modo se generaría la responsabilidad tanto en caso de funcionamiento normal como anormal del servicio público y aun cuando este no implique una prestación de resultado específico. Para determinar si la protección diplomática puede ser considerada como tal, el TS aborda su regulación y contenido. Una tarea que le resulta particularmente complicada, lo que achaca a la indeterminación de la institución. Admite de partida, como ya hiciera la AN, que no existe ninguna norma, ni en Derecho interno ni en Derecho internacional que establezca la obligación del Estado de ejercer dicha protección. Añade, incluso, que tampoco existen normas que definan la institución, por lo que se ve abo-

⁵ La cursiva es nuestra.

cado a examinar por otras vías distintas al Derecho positivo la «pretendida existencia» de la protección diplomática, que, en su opinión, es fruto de la doctrina iusinternacionalista y por ello «como casi todo lo que comprende el DI está enmarañada en una configuración no exenta de dificultades conceptuales» (*sic*).

Respecto al Derecho interno, el TS admite que la protección diplomática carecía de regulación concreta en España, a salvo de la referencia del art. 21.6 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, sobre la necesidad de consultar a dicho órgano respecto de las reclamaciones que se formalicen como consecuencia de su ejercicio. A pesar de ello, el TS deriva de esa referencia, que él mismo califica de tangencial y con efectos meramente procedimentales, la obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática. En su opinión, debe darse relevancia a esa referencia, pues pone de manifiesto que en Derecho español la protección diplomática es un «asunto» del Gobierno a quien corresponde su ejercicio. Apreciación que considera que confirma los fundamentos del Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991, de 30 de enero de 1992, en el que dicho órgano se pronunció sobre la procedencia de ejercer la protección diplomática respecto de un supuesto similar al del caso *Couso*. Apoya asimismo su planteamiento en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado pues, aunque no estaba vigente en el momento al que se refieren los hechos, entiende que ha venido a influir en la institución. Se basa el TS, por un lado, en la finalidad de la ley conforme a su Exposición de motivos, que aspira a garantizar una adecuada asistencia y protección a los españoles y a apoyar a la ciudadanía española y las empresas en el exterior. Por otro lado, en la definición de los objetivos de la Política Exterior de España, entre los que el art. 2.j) recoge la asistencia y protección de sus ciudadanos. Eso supone, para el TS, incluir esa asistencia y protección entre las funciones prestacionales que la Administración está obligada a asumir. Finalmente, se basa en uno de los principios rectores de la Acción Exterior, el servicio al interés general del art. 3.2.g), pues dicha Acción y el Servicio Exterior del Estado se orientarán a la asistencia y protección de los españoles y al apoyo a la ciudadanía y las empresas españolas en el exterior. Añade el TS un último argumento que llama la atención por ser contradictorio con el razonamiento que defiende y es que, dice, con la citada ley, nuestro país no hacía sino seguir los pasos ya establecidos por el art. 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶.

¿Realmente se refieren tales preceptos de la Ley 2/2014 a la protección diplomática en sentido estricto y no a la protección o la asistencia consular? Advierte el TS que, al interpretarlos, no debe desconocer que la doctrina reconoce de forma casi unánime que la protección diplomática no es un derecho del particular frente al Estado, sino un derecho del Estado de ejercicio

⁶ La protección a que se refiere ese artículo, en atención a su contenido, no puede entenderse referida a la protección diplomática en sentido estricto, sino a mera asistencia consular; CRESPO NAVARRO, E., «La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados», *RDCE*, 2016, núm. 55, pp. 1019-1063.

discrecional. Explica que eso podría llevar a pensar que esas disposiciones se refieren más bien a la asistencia o a la protección consular que a la protección diplomática propiamente dicha (admitiendo que son instituciones bien diferentes). Sin embargo, descarta enseguida esa posibilidad. Para el TS, el uso de la expresión «protección de los españoles [...] en el exterior» no deja lugar a dudas para deducir que el legislador pensaba en la protección diplomática. Concluye así que «dados los términos en que se impone por el legislador la función tuitiva de la Administración a los ciudadanos españoles, no puede excluirse esa protección de las exigencias que se imponen».

El TS busca apoyo a su razonamiento en el DI. Afirma que la vigencia de la protección diplomática vendría impuesta en nuestro país por la vía de la fuerza de la costumbre internacional, ya que la doctrina ha puesto de manifiesto que la protección diplomática es una institución clásica del Derecho internacional unánimemente admitida por la costumbre internacional. Conviene destacar que, a lo largo de la sentencia, el TS otorga a la doctrina un valor muy superior al que le corresponde en Derecho internacional contemporáneo. Se resiste a aceptar el carácter de fuente normativa principal de la costumbre, en el sentido de mecanismo de producción de normas, mientras que olvida que la doctrina es solo un medio auxiliar para la determinación del contenido de las fuentes normativas del Derecho internacional. El tratamiento que hace de la costumbre internacional es erróneo⁷. Según su argumentación, la vigencia de la protección diplomática en España se produciría por la admisión de la costumbre como fuente del Derecho español: «Ante esa laguna legal, debe acudir a la costumbre internacional para integrar la norma nacional con lo que se da pleno sentido a la función de norma supletoria de la ley que se confiere a la costumbre en nuestro Derecho».

Tarea que se le presenta como sumamente ardua. Señala el TS que, si ya es complejo delimitar la costumbre en temas puntuales de cualquier institución por su falta de certeza, mayores dificultades aparecen cuando se trata de integrar con esa «fuente supletoria del Derecho» todo el contenido de la institución. Más aún «porque el debate debe entenderse referido a la costumbre como fuente del DI». Sin embargo, no parece realmente admitir ese carácter de la costumbre internacional, pues indica que a pesar de las dificultades

⁷ Las dificultades del TS para manejarse con el sistema de fuentes del Derecho internacional y ese menosprecio a la norma consuetudinaria internacional se refleja igualmente en las referencias al Derecho internacional de la responsabilidad internacional. Le sorprende gratuitamente que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre protección diplomática no recoja una definición de hecho internacionalmente ilícito, dejando, dice, en la más absoluta indefinición el concepto. No parece tener en cuenta que también el régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado lo conforman normas de Derecho internacional consuetudinario. Así y todo, considera indudable que ha de entenderse como la vulneración de derechos protegidos en las normas internacionales, para lo que habrá de tomar en consideración «los Tratados y Convenciones aprobadas a nivel internacional». Ni una palabra de la costumbre. Si bien añade más tarde que, a los efectos de aclarar «a un nivel cuando menos consuetudinario», el concepto «se sostiene por algún sector doctrinal» que debe acudir al proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado. También al indagar sobre los modos de ejercicio de la protección diplomática se lamenta el TS de las dificultades con las que tropieza ante la ausencia de normativa concreta y «relegada» la institución a la práctica internacional.

debe abordar esa tarea «ante la falta de norma interna o internacional que regule la institución». Aclara el TS que, a la hora de resolver el «espinoso» tema de las fuentes del Derecho internacional, es unánime en la doctrina iusinternacionalista acudir al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), pero parece deducir del mismo también el carácter supletorio de la costumbre en Derecho internacional, cuando señala que la Corte debe aplicarla, en segundo lugar, tras las convenciones internacionales. Olvida el TS que no existe relación de jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, con la salvedad de la primacía de las normas de *ius cogens*. Para el TS, no puede negarse que el sistema de fuentes del DI impone que en nuestro Derecho: «Haya de acogerse la costumbre como fuente de derecho al examinar las instituciones de Derecho internacional, lo cual no hace sino extender al ámbito exterior lo que para el Derecho interno se establece en el art. 1 CC».

El TS pasa por alto que las normas de Derecho internacional consuetudinario se integran en el ordenamiento interno español, incorporándose al mismo de forma directa e inmediata desde que vinculan jurídicamente a España en el plano internacional, como ha reconocido desde hace tiempo la jurisprudencia española. Tampoco tiene en cuenta la primacía de tales normas sobre el Derecho español. Como ha reiterado la jurisprudencia internacional, todo Estado, independientemente de su normativa constitucional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales, ya deriven de normas convencionales, consuetudinarias, de actos normativos de una organización internacional o de cualquier otra obligación asumida conforme al Derecho internacional. Una obligación que se extiende a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos judiciales, y cuyo incumplimiento generará la responsabilidad internacional del Estado. Es cierto que la aplicación por jueces y tribunales nacionales no es siempre tarea fácil por las dificultades que puede presentar la prueba de la propia existencia y de la determinación del contenido material de la norma consuetudinaria. No puede, sin embargo, afirmarse que sea así en relación con las normas de Derecho internacional consuetudinario que regulan la protección diplomática, puestas claramente de manifiesto por la jurisprudencia internacional a lo largo de los años⁸.

En todo caso, el TS acaba concluyendo que rige en nuestro ordenamiento la protección diplomática y que esta constituye un auténtico servicio público que ha de prestar la Administración española. Debe entonces el TS concretar

⁸ Como destacó el que fuera relator especial de la CDI sobre el tema, John Dugard: «En cuanto rama del derecho con normas relativamente establecidas y una rica jurisprudencia en apoyo de estas, la protección diplomática se presentaba como un candidato obvio para la codificación por la CDI». «La codificación es una tarea difícil cuando la jurisprudencia que existe sobre el tema de que se trate es escasa. Sin embargo, no fue ese el caso de la protección diplomática dado que cuando la CDI se embarcó en la codificación del tema existían cuantiosos antecedentes jurisprudenciales, respaldados por tratados, previos intentos de codificación y obras de doctrina. En efecto, si se tienen en cuenta las fuentes que se encontraban disponibles para el proceso de codificación, este fue probablemente el tema, de entre los que alguna vez haya abordado la CDI, que se encontraba en mejores condiciones de ser codificado», DUGARD, J., «Artículos sobre protección diplomática», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2013, <https://legal.un.org/avl/intro/introduction.html?tab=5>.

su alcance y contenido para determinar sus efectos en el ordenamiento español y aclarar cuándo en la prestación de ese servicio público concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Admite que para ello ha de acudir a la costumbre internacional, si bien incomprensiblemente considera que esa costumbre no está actualmente vigente, razón por la cual se remite al proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática⁹, lo que intenta justificar en los siguientes términos:

«Ante ese dilema, considera este Tribunal acertada la solución que al tema dio la Sala de Instancia en su sentencia de considerar que esa costumbre, a falta de vigencia expresa, debe reconducirse al ya mencionado Proyecto, que si bien en su contenido no puede considerarse como derecho plenamente vigente, dado que, siendo sometido a la aprobación de la Asamblea General de la ONU, no fue aprobado, por reparos de algunos de los Estados; es lo cierto que la Doctrina Internacionalista ha considerado que recoge lo que constituye la práctica internacional en el ámbito de esa protección».

Acepta así la definición de la protección diplomática recogida en el art. 1 del citado proyecto y también, que en Derecho internacional dicha protección constituye una potestad absolutamente discrecional del Estado, sin que los particulares lesionados sean titulares de derecho subjetivo alguno, habida cuenta, dice el TS, de que en el ámbito del Derecho internacional «no es la persona física objeto de especial protección, ni tan siquiera de consideración jurídica general»¹⁰. Lo hace apoyándose en la posición de la mayoría de la doctrina y en los comentarios al proyecto de la CDI y la jurisprudencia citada en ellos. Asumimos que la atribución a la Corte Penal Internacional de la Sentencia de 1970 en el caso de la *Barcelona-Traction* es fruto de un error tipográfico. No nos parecen, en cambio, admisibles los argumentos que ofrece el TS para justificar la pretendida superación en el siglo XXI del carácter discrecional de la protección. Para el TS, el argumento de la discrecionalidad era válido cuando la protección debía realizarse por medios de fuerza, pero ahora se trata de acudir a medios, señala, que «por ser jurídicos no pueden sino comportar un auténtico derecho subjetivo del ciudadano y una obligación para los Estados». Añade que se necesitarían poderosos argumentos para justificar que, concurriendo los presupuestos, el Estado no ejerciera la protección y grandes razones de motivación frente a los ciudadanos para no hacerlo, y que las recomendaciones del art. 19 del proyecto CDI, a pesar de ser solo recomendaciones, no permiten amparar esa «pretendida y extrema

⁹ *Anuario CDI* 2006, vol. II (Segunda parte), Capítulo IV, pp. 24-61. No entramos en que el TS, tras situar la génesis de la protección diplomática a finales del siglo XIX como medio para evitar el uso de la fuerza en la solución de controversias, afirme que uno de los primeros cometidos de la ONU tras su creación y en virtud del reconocimiento en la Carta del propósito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, fue establecer reglas jurídicas vinculantes sobre la protección diplomática (a pesar de los cincuenta años transcurridos hasta que la CDI se ocupara del tema), ni nos detenemos en otras imprecisiones de la sentencia sobre el citado proyecto de artículos.

¹⁰ Afirmación que se aviene mal, por ejemplo, con el desarrollo normativo del Derecho internacional de los derechos humanos. Suponemos, para justificar tal afirmación, que el TS se refiere a la ausencia de subjetividad jurídica internacional del individuo.

discrecionalidad» estatal. Justifica así el TS el reconocimiento de un derecho subjetivo de los ciudadanos a la protección diplomática, basándose en que no sería admisible conceder a la Administración la potestad de no ejercer un medio pacífico y lícito de salvaguardar los intereses de sus nacionales vulnerados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, incluso en atención a criterios de oportunidad.

El TS sigue un razonamiento basado en el Derecho administrativo, conforme al cual, si una norma confiere a la Administración una potestad, aunque sea discrecional, está obligada a ejercerla, quedando la discrecionalidad exclusivamente referida a la forma en que se ejerce la potestad. Mientras que en las potestades regladas la decisión viene impuesta directamente por la norma, en las discrecionales cabe optar entre varias soluciones en atención a las circunstancias, debiendo siempre motivar la decisión. Ello le lleva a concluir que, teniendo la Administración conferida la potestad de ejercer la protección diplomática, deberá ejercerla si se dan los presupuestos para ello. No ejercer la protección no es una opción, aunque gozaría de discrecionalidad en cuanto a la forma de hacerlo.

Plantea entonces el TS la dificultad de establecer los modos de ejercicio de la protección. Dificultad que deriva, en su opinión, de la falta de norma internacional que los determine, de la ausencia de regulación efectiva concreta al efecto, de la carencia de fuerza vinculante en el ámbito del Derecho internacional, habida cuenta de que:

«Sería necesario que existieran normas concretas que impusieran determinados medios para la prestación de esa protección. Y ya en ese ámbito, con carácter general, no hay norma que regule esa materia, a salvo de determinados convenios o tratados internacionales que se establecen para supuestos concretos y determinados (menores, violencias sobre la mujer, etc.)».

Hay que recordar que el Derecho internacional impone a los Estados la obligación de resolver sus controversias por medios pacíficos, siendo, es cierto, una obligación de comportamiento y no de resultado, ya que no supone la exigencia de alcanzar un arreglo efectivo, únicamente la de procurar, de buena fe y con espíritu de cooperación, lograr un arreglo pronto y justo. Para ello, en virtud del principio estructural de igualdad soberana, los Estados gozan de la libertad de elección de los medios de solución que estimen oportunos y sean adecuados a las circunstancias y naturaleza de la controversia. Siempre, eso sí, que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales, ni la justicia. La libertad de elección de medio es un principio bien establecido en el Derecho internacional que ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional y expresamente recogido en muy relevantes Resoluciones de la Asamblea General de la ONU¹¹. Tanto el art. 33 de la Carta ONU como dichas Resoluciones se refieren expresamente a la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo ju-

¹¹ Como Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, y Resolución A/37/10, de 15 de noviembre de 1982.

dicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección como posibles medios de solución de controversias. No puede concluirse, como hace la sentencia, que no exista regulación al respecto en Derecho internacional. El TS interpreta que la referencia del art. 1 del proyecto de artículos de la CDI a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica, tan solo impone condiciones generales e imprecisas. Lo que le lleva a asegurar que todo queda en una absoluta indefinición. Dice el TS que, ni siquiera la doctrina, que «en un esfuerzo dogmático digno de elogio» ha tratado de hacer aportaciones, ha sido capaz de determinar taxativamente de qué medios podría servirse el Estado para alcanzar la finalidad reparadora del daño. Concluye que, ante la inconcreción de tales medios «por carecer en no pocos casos de una regulación vinculante y detallada, tan siquiera embrionaria», deben ser valorados conforme a las circunstancias particulares de cada caso, que puede ofrecer las más variadas peculiaridades. Para el TS, ante la inexistencia de norma vinculante internacional, la Administración española goza de discrecionalidad para la utilización de los medios que sean procedentes en función de las circunstancias.

Por todo ello establece el TS que, al determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha de tenerse en cuenta la compleja naturaleza y contenido de la protección diplomática «a la vista de ese déficit regulatorio». Déficit regulatorio que hace que la obligación que impone el Derecho español al Estado sea de comportamiento y no de resultado, pues no implica que, en todo caso, deba obtenerse la reparación del perjuicio. Por eso, la indemnización derivada de esa responsabilidad patrimonial no será la del perjuicio ocasionado por el hecho internacionalmente ilícito, sino la mera pérdida de la oportunidad de haber obtenido esa reparación mediante el ejercicio de la protección, en atención a las circunstancias del caso. Ello lleva al TS a reconocer que podría darse, incluso, la imposibilidad de ejercicio de la protección por inexistencia de medio de solución, a la vista de las circunstancias del caso. Lo que resulta verdaderamente esencial, entonces, es la motivación de la elección de los medios. Será dicha motivación la que posibilite el control judicial de la potestad discrecional de la Administración y la que permita apreciar si el medio elegido es ajustado a la finalidad de obtener una reparación para el perjudicado. El TS justifica así su decisión de confirmar el pronunciamiento de la AN en el caso concreto por entender que el título de imputación que desencadena la responsabilidad patrimonial de la Administración era la omisión por el Estado de la protección que le fue requerida y a la que estaba obligado, habiendo omitido además cualquier tipo de motivación.

En definitiva, reconoce el TS el derecho de los ciudadanos españoles a la protección diplomática para obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho internacionalmente ilícito ocasionado directamente por otro Estado cuando no hubieran podido obtener reparación por la vía interna de dicho Estado, siempre que estén establecidos recursos internos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable. Ese de-

recho del particular comprende, para el TS, la utilización por el Estado de las vías diplomáticas que se consideren procedentes, conforme a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos por el Derecho internacional para obtener la reparación del perjuicio, siempre que dichos medios la hagan razonablemente admisible. Procederá la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, cuando se acredite que el Estado no ha prestado la protección, conforme a los requisitos que le es exigido y atendiendo a la pérdida de oportunidad que comportaría dicha omisión, siempre que concurran los demás presupuestos de dicha responsabilidad. En definitiva, el punto esencial para apreciar o no la responsabilidad es la motivación de la decisión de la Administración.

Hay varias apreciaciones en la sentencia del TS acerca de las condiciones de ejercicio de la protección que no podemos tampoco dejar de comentar. En primer lugar, en varias ocasiones extiende esa obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, además de a los propios nacionales, también a otras personas bajo su protección, sin especificar a qué tipo de supuestos hace referencia¹² y, sin valorar que, tratándose de no nacionales, esa obligación difícilmente podría cumplirse si la reclamación topase con la oposición del Estado reclamado. Parece olvidar que la nacionalidad de la reclamación es, conforme al Derecho internacional consuetudinario vigente, una de las condiciones o requisitos de ejercicio de la protección diplomática, junto al agotamiento de los recursos internos. Más preocupantes resultan los planteamientos sobre esta segunda condición de ejercicio. Al tratar la naturaleza jurídica de la protección, el TS afirma su carácter subsidiario, por la exigencia de previo agotamiento de los recursos internos del Estado infractor, que serían la vía preferente y necesaria para la reparación de daño. Pero, matiza, «en el bien entendido de que, si esos mecanismos internos no es que no atiendan la reclamación, sino que, examinándola, la consideran improcedente, no cabrá ya otra pretensión para la reparación del daño que conforme a la declaración oportuna deja de ser un derecho». Lo que nos plantea la duda de si el derecho subjetivo del particular a exigir la protección diplomática decaería, conforme a ese razonamiento, en el supuesto de que, agotados los recursos internos, no obtuviera reparación por declararse improcedente su reclamación en la vía interna. También merece reflexión la sugerencia del TS de que el propio Estado supla las dificultades que pueda enfrentar el particular para agotar los recursos internos, ofreciendo los asesoramientos y medios necesarios para ello. Sugerencia que concreta después, ya respecto del caso concreto, cuando afirma:

«La necesidad de agotar los recursos internos tiene una relevancia relativa cuando, sabido es por su notoriedad, que la protección jurisdiccional de una pretensión de esa naturaleza ante los Tribunales de Estados Unidos comporta una importante disponibilidad económica de la que no consta pudieran asumir

¹² Teniendo en cuenta que se basa en el proyecto de la CDI, sin distinguir entre codificación y desarrollo progresivo, podría referirse a la propuesta de *lege ferenda* del art. 8 del proyecto respecto de apátridas y refugiados.

los recurrentes. En definitiva, si tan necesaria se consideraba por la Administración esa pretendida necesidad de haber realizado dicha reclamación, bien se pudo, no asumir esa reclamación la Administración española, que no está incluida en la protección, pero sí facilitar los medios para dicha reclamación».

En conclusión, el tratamiento que la sentencia del TS otorga al Derecho internacional y a su sistema de fuentes normativas, en particular las consuetudinarias, es decepcionante. A la vista de las conclusiones a las que llega y del margen que parece finalmente dejar al Estado en la elección de los modos de ejercicio de la protección, el punto decisivo para la determinación de la responsabilidad patrimonial en caso de no ejercicio de la protección estaría en la motivación de la decisión. Como ya tuvimos ocasión de señalar, entendemos que, en un Estado de Derecho, la discrecionalidad no puede suponer un poder absoluto del Gobierno que quede al margen de cualquier fiscalización y uno de los elementos sobre los que gravita el control de la discrecionalidad es precisamente la motivación del acto. Tal vez el TS podría haberse evitado el delirante análisis que realiza sobre la institución de la protección diplomática desde la perspectiva del DI, limitando su razonamiento a esa perspectiva interna que realmente impregna todo su pronunciamiento, manteniendo la jurisprudencia establecida sobre el carácter discrecional de la protección y centrando únicamente la cuestión en la necesidad de motivación de las decisiones de la Administración. En cualquier caso, como recuerda en su prestigioso *Curso* el Profesor Pastor Ridruejo, la importancia de las relaciones entre el Derecho internacional y los ordenamientos internos radica en que la eficacia real del primero depende en muy buena medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En ese sentido, resulta esencial la labor de interpretación y aplicación de las normas que llevan a cabo los jueces y tribunales nacionales. Y, si bien es cierto que la imprecisión e incertidumbre derivadas de su carácter no escrito pueden dificultar la aplicación de las normas consuetudinarias por jueces y tribunales nacionales, también lo es, como recuerda el citado profesor, que estos pueden dirigirse a cualquier institución o persona cualificada para obtener ayuda en la identificación, contenido y sentido exacto de la norma consuetudinaria a aplicar¹³.

¹³ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 25.ª ed., Madrid, Tecnos, 2021, pp. 171 y 182-183.



**PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO/
STUDIES ON SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL
LAW PRACTICE**

**AUTORIDADES ESPAÑOLAS ANTE LAS QUE INICIAR
EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
A TENOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE
Y DEL TS DE 2020**

*SPANISH AUTHORITIES TO BE ADDRESSED WHEN
INITIATING A PROCEDURE OF INTERNATIONAL
PROTECTION, ACCORDING TO THE JURISPRUDENCE
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
AND THE SUPREME COURT OF SPAIN IN 2020*

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

Palabras clave: protección internacional, inicio del procedimiento, autoridad competente en España, inicio del procedimiento fuera de España.

Keywords: international protection, initiation of proceedings, competent authority in Spain, initiation of proceedings outside Spain.

SUMARIO: 1. LA MEJORA JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO A LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA UE.—2. AUTORIDADES ANTE LAS QUE INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA STJUE DE 25 DE JUNIO DE 2020.—3. PRESENTACIÓN DE SOLICITUD DE PROTECCIÓN ANTE AUTORIDAD ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO: LA STS DE 15 DE OCTUBRE

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (lucas.perez@ulpgc.es). El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 5 de noviembre de 2021.

DE 2020.—4. OBLIGACIONES DE LOS EMBAJADORES EN EL CONTEXTO EUROPEO.—5. CONCLUYENDO, HACIA UNA MAYOR PROTECCIÓN DEL PERSEGUIDO EN EL FUTURO.

1. LA MEJORA JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO A LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA UE

Dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Supremo (TS) en 2020 han incidido en ampliar las autoridades españolas ante las que los peticionarios de protección internacional pueden iniciar el procedimiento. La STJUE de 25 de junio de 2020¹ analiza y concreta el concepto «otras autoridades» del art. 6.1 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos de protección internacional (en adelante, Directiva de asilo)². La STS de 15 de octubre de 2020³ fija los requisitos para proceder al traslado del peticionario a España cuando la petición se realiza ante una embajada en el extranjero. Ambas inciden en la protección del solicitante en un momento clave del proceso, su acceso al mismo⁴, ya que en él puede perder toda opción de aspirar a ser reconocido con el estatuto al que quizá tiene derecho. Las dos resoluciones que analizamos en este trabajo cuestionan la práctica española anterior imponiendo una visión mucho más amplia que evite la dificultad de acceso al procedimiento administrativo⁵. Creemos muy oportuno analizar las dos resoluciones interrelacionándolas, aunque condicionados por el art. 3.2 de la Directiva de asilo que deja fuera de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en las representaciones de los Estados miembros en el exterior. Por lo señalado, el presente trabajo se encuadra en el estudio de la externalización del asilo y la evolución y retos de las normas que lo regulan en el marco del sistema internacional humanitario y la crisis migratoria.

¹ Asunto C-36/20, ECLI:EU:C:2020:495.

² Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), *DOUE* L 180/60, de 29 de junio de 2013.

³ STS (Sala de lo Civil, Sección 5.ª) de 15 de octubre de 2020, ECLI: ES:TS:2020:3283.

⁴ El inicio del procedimiento es un momento crucial para su buen fin y no siempre cumple los requisitos de la normativa internacional. Al respecto, véase DEFENSOR DEL PUEBLO, «Estudio sobre el asilo en España», Madrid, 2016, p. 48; CEAR, «Informe 2021, las personas refugiadas en España y Europa», p. 69, disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/06/Informe-Anual-CEAR-2021.pdf>; o CONSEJO DE EUROPA, «Manual Derecho europeo de asilo y fronteras», 2020, pp. 29-53.

⁵ Como ha sido denunciado con insistencia. Al respecto, véase LÓPEZ SALA, A. y MORENO AMADOR, G., «En busca de protección a las puertas de Europa: refugiados, etiquetado y prácticas disuasorias en la frontera sur española», *Estudios Fronterizos*, vol. 21, 2020, pp. 1-20, esp. p. 14.

2. AUTORIDADES ANTE LAS QUE INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA STJUE DE 25 DE JUNIO DE 2020

La STJUE de 25 de junio de 2020, caso *PPU*, responde a una cuestión prejudicial planteada en diciembre de 2019 por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana, Gran Canaria. Tras la manifestación ante el Juzgado de un ciudadano maliense llegado a bordo de una patera, de su voluntad de solicitar protección internacional, la práctica judicial anterior dictaba resolución de internamiento del peticionario en el CIE donde podría hacer la solicitud. Tras el recurso de reposición la jueza titular del Juzgado consulta al TJUE qué autoridades son competentes para comunicar las solicitudes de protección internacional por deber ser consideradas como las «otras autoridades» del art. 6.1 de la Directiva de asilo⁶.

Hasta el momento solo se consideraban competentes a las autoridades citadas por la normativa española, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁷ (en adelante, Ley de asilo), esto es, a las brigadas de extranjería de las comisarías provinciales. Si no se solicitaba ante las mismas, el Juzgado de Instrucción ante el que se pedía el internamiento ingresaba a los migrantes en el CIE y solo una vez internados podían solicitarlo. Esta interpretación, a nuestro juicio, unificaba el concepto de «autoridades» del art. 6.1, párr. 1, con el de «otras autoridades» del mismo artículo en su párr. 2, siendo contraria a la finalidad de la Directiva de asilo⁸.

El TJUE establece que la interpretación autónoma y uniforme de la finalidad de la Directiva exige la consideración de dos tipos de autoridades participantes en el proceso. Las «competentes» para el registro según el Derecho nacional del apartado 1, párr. 1, y las «otras autoridades» que es probable que puedan recibir dicha solicitud del apartado 1, párr. 2, sobre las que además establece periodos diferentes de registro de la solicitud. El legislador europeo ha pretendido adoptar una concepción amplia y abierta de estas otras autoridades, entre las que se deben incluir los órganos judiciales, ya que estos tramitarán actuaciones en los supuestos de entradas irregulares a España, como la autorización de internamiento. Incluso el TJUE llega a decir en el apartado 65 de su resolución que estos órganos pueden ser los más propicios

⁶ La cuestión consultó tres extremos: si se le podía considerar «otra autoridad» según lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva, si esto implica que el juzgado debe informar a los interesados sobre la protección internacional, y si solicitada la misma queda prohibido el internamiento del peticionario en el CIE, salvo que se cumplan las circunstancias previstas en el art. 8.3 de la Directiva de asilo.

⁷ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁸ Considerandos 8 y 25 de la Directiva de asilo, que recogen que los Estados miembros deben conceder a los solicitantes de asilo «normas de protección de alto nivel y unos procedimientos justos y eficaces» que aseguren un acceso garantizado a «procedimientos de asilo seguros y eficaces desde el punto de vista jurídico».

para la presentación de la solicitud. La enumeración del apartado tercero del artículo, policías o autoridades de inmigración, es abierta. Tras recibir la solicitud el Juzgado debe tramitarla a los efectos de que ese nacional de país tercero pueda disfrutar de las condiciones materiales de acogida que se contemplan en el art. 17 de la Directiva de asilo⁹.

Por esta doctrina, la administración española debe admitir a partir de ahora que cualquier autoridad administrativa o judicial, competente o no para su registro, que reciba la petición de inicio de protección internacional deba comunicársela a la autoridad competente para su registro. En la respuesta a la segunda pregunta prejudicial el TJUE afirma que todas estas otras autoridades deben informar al migrante sobre su derecho a solicitar protección internacional¹⁰. En la tercera respuesta el Tribunal señala que, una vez manifestada la voluntad de solicitar protección internacional ante la autoridad judicial, el ciudadano del tercer país ya ha «formulado» su petición y por ello en ese momento ya ha adquirido la condición de solicitante de protección internacional y se le debe considerar titular de todos los derechos que la misma conlleva. Y por este hecho, desde ese mismo momento, no se le puede interinar en el CIE salvo que se pueda acreditar que hay motivos razonables para pensar que únicamente presenta la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno según lo establecido en el art. 8.3.d) de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional¹¹.

3. PRESENTACIÓN DE SOLICITUD DE PROTECCIÓN ANTE AUTORIDAD ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO: LA STS DE 15 DE OCTUBRE DE 2020

La Sentencia de la Sección 5.^a del TS de 15 de octubre de 2020 resuelve en la misma línea de ampliar las autoridades ante las que una persona puede iniciar el procedimiento para la protección internacional, en este caso fuera

⁹ Sobre la dificultad del disfrute de las condiciones materiales de la legislación de protección internacional, incluso en supuestos de menores, véase REQUEJO ISIDRO, M., «La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable», *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 2, pp. 482-505, esp. p. 489.

¹⁰ Para ello los funcionarios deben estar bien formados, como reclama ACNUR. Al respecto, véase MUÑOZ AUNIÓN, A., «La regulación internacional del asilo territorial y la necesidad de reformas para garantizar la seguridad humana», *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, vol. 1, 2014, pp. 1-24, esp. p. 2.

¹¹ Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición), *DOUE* L 180, de 29 de junio de 2013. La jurisprudencia del propio TJUE señala que estos criterios deben interpretarse de forma muy restrictiva. Véase la STJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, apartados 44 y 45, o la STJUE de 14 de mayo de 2020, asuntos C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, apartado 258. En el presente supuesto el internamiento del solicitante se produjo por una causa no admitida por esta jurisprudencia, la imposibilidad de encontrarle plaza en un centro de acogida humanitaria.

de España. Asienta cuál debe ser la doctrina a aplicar ante la falta de desarrollo reglamentario del art. 38 de la Ley de asilo. En el supuesto, una familia iraquí compuesta por padre (Adolfo), madre (Araceli) y dos niñas (Covadonga y Flor) y residente en Siria (de donde había huido por la guerra) solicita el 5 de enero de 2017 el procedimiento de protección internacional ante las autoridades griegas. También lo solicita telemáticamente ante la embajada de España en Grecia el 14 de abril de 2017. El 20 de julio se le comunica al padre que no se le concede el asilo en Grecia y el resto de la familia se trasladada a España. Piden protección internacional en la comisaría de policía de Vitoria-Gasteiz el 12 de septiembre de 2017. Se les concede la protección subsidiaria en febrero de 2018 por la petición hecha en Vitoria, sin que nunca se haya pronunciado España sobre la solicitud hecha ante la embajada. Tras el recurso del padre, la Audiencia Nacional (AN) le da la razón, obligando a la embajada en Grecia a promover su traslado a España¹². La Abogacía del Estado recurre en casación por interés casacional para aclarar el régimen jurídico de estas solicitudes¹³.

La administración española alegó que sin el desarrollo reglamentario de la norma no existe la obligación de la embajada de promover el traslado, toda vez que no hay un procedimiento para ello, ya que el art. 16 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (Reglamento de aplicación de la Ley de asilo de 1984)¹⁴ regula otros supuestos. También afirmaba que el peligro de la integridad física del solicitante debe correrse en el país en el que se hace la petición, no en el de origen. La resolución aclara en todos sus extremos cuál debe entenderse que es el régimen jurídico a aplicar en la actualidad a las peticiones en embajadas a tenor de lo establecido en el art. 38¹⁵.

En primer lugar, afirma que no estamos ante la regulación de una forma específica de obtener la protección internacional, un nuevo régimen jurídico para peticiones realizadas en embajadas, sino únicamente ante una norma de procedimiento para facilitar la presentación de protección internacional en España a aquellas personas que se encuentran en el extranjero. Por ello, la actuación de los embajadores no supone la admisión a trámite de la demanda de solicitud de asilo ni supone el comienzo del procedimiento.

¹² SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 28 de marzo de 2019, ECLI: ES:AN:2019:1616.

¹³ Se puede consultar la descripción del proceso de la entidad que asesoró a la familia iraquí en <https://stopmarmortum.org/comunicat-el-tribunal-suprem-reconeix-el-dret-dels-sollicitants-dasil-que-es-troben-fora-del-territori-a-demanar-asil-en-ambaixada/>.

¹⁴ Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

¹⁵ La cifra de las solicitudes de asilo en las embajadas es insignificante. Según la Oficina de Asilo y Refugio, de las 118.000 presentadas en 2019, únicamente 431 fueron presentadas en embajadas. Véase el Informe de la Oficina de Asilo y Refugio del año 2019, p. 24, disponible en http://www.interior.gob.es/documentos/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13.

En segundo lugar, sobre la inexistencia de reglamento que desarrolle la norma, recuerda que el reglamento de aplicación de la Ley de asilo de 1984 sigue vigente en lo que no se opone a la actual norma y prevé un procedimiento en su art. 16. En todo caso, si bien el desarrollo reglamentario facilitaría la aplicación de la norma¹⁶, la inexistencia de procedimiento reglamentario posterior a la norma no puede suponer *de facto* la inaplicación de la ley¹⁷.

En tercer lugar, sobre el asunto de fondo, el TS afirma que el embajador debe estudiar si se dan los dos requisitos que el artículo exige. Que el peticionario no sea nacional del Estado en el que está la representación y que corra peligro su integridad física. Sobre este extremo, y ante la alegación de la Abogacía del Estado, confirma el TS que el peligro que puede sufrir el peticionario debe estar relacionado con el ámbito de aplicación de la Ley de asilo, que se refiere al peligro en su país de origen, en este caso Siria, no Grecia. La postura que sostiene la administración supondría desligar tal valoración de la situación determinante de la protección que se pide y modificar las razones en que se funda la solicitud y con ello los términos de su presentación. Cumpliéndose estos dos requisitos, el embajador debe realizar los trámites necesarios para promover el traslado de la persona a España para que tramite aquí el procedimiento.

4. OBLIGACIONES DE LOS EMBAJADORES EN EL CONTEXTO EUROPEO

Tres dudas básicas surgen de la interrelación entre ambas resoluciones. No es posible una directa aplicación de la Directiva de asilo a la actuación de los embajadores por lo establecido en su art. 3.2, ya citado. Sin embargo, la obligación de cumplimiento del embajador español de las obligaciones asumidas por España en las normas internacionales sobre protección internacional exige que reflexionemos sobre si, en la aplicación del art. 38 de la Ley de asilo, el mismo debe tener en cuenta la doctrina del TJUE. En concreto en tres aspectos; primero, si tiene similares obligaciones a las de las otras autoridades de la Directiva; segundo, qué supone la presentación de la petición de

¹⁶ Sobre la necesidad de la nueva norma, véase GARCÍA VITORIA, I., «Una década sin reglamento de asilo en España, obstáculos e interpretaciones divergentes», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2018, pp. 116-128.

¹⁷ Debemos destacar con cierto estupor que la Abogacía del Estado mantuvo en este proceso la postura absolutamente contraria a la del proceso tramitado ante el TEDH que dio lugar a la Sentencia *N. D. y N. T.*, núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2020, sobre las «devoluciones en caliente». Sobre la falta de existencia de vías de acceso a través de las representaciones exteriores hasta esta resolución del TS, véanse SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntando los muros de la Europa fortaleza?», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, pp. 234-259, esp. p. 255; FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La ilegalidad del rechazo en frontera y las devoluciones en caliente frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional», *CDT*, vol. 13, 2021, núm. 2, pp. 190-208, esp. p. 200.

protección respecto a los derechos del solicitante; y tercero, si la petición de protección supone un inicio del procedimiento.

El embajador no podrá ser considerado técnicamente «otra autoridad» de las señaladas en el art. 6.1, párr. 2, de la Directiva, pero debe actuar como si lo fuese, o al menos con las mismas obligaciones que estas. Debe tramitar la solicitud e informar de sus derechos del ciudadano. Está obligado a analizar las peticiones en todo caso, estudiando si cumplen los dos requisitos del art. 38, y a dictar resolución motivada en todos los supuestos, trasladando al peticionario a España si se dan dichos requisitos. Este cumplimiento es obligatorio para que el art. 38 cumpla los principios esenciales de la norma sobre el asilo en la que se encuadra.

Si el solicitante cumple los requisitos del art. 38, la petición de protección ante el embajador sí debe ser considerada la «formulación» de su petición y por ello desde ese momento el nacional del tercer país ha adquirido la condición de solicitante de protección internacional y es titular de todos los derechos que la misma conlleva. Desde el momento en el que el peticionario cumple todos los requisitos para ser trasladado a España debe ser titular de todos los beneficios de la condición de solicitante de asilo reconocidos por la normativa española, europea e internacional.

La resolución del embajador no inicia el procedimiento, pero sí estimamos que es el paso previo, de obligado cumplimiento para este, con la finalidad de que provea su traslado a España si se dan los requisitos del art. 38 y con ello haga factible el inicio del procedimiento. Por tanto, si no es el inicio del procedimiento sí obliga a él, porque solo un traslado efectivo del peticionario ante la autoridad competente sería compatible con la ejecución del mandato contenido en el art. 38 de la ley.

5. CONCLUYENDO, HACIA UNA MAYOR PROTECCIÓN DEL PERSEGUIDO EN EL FUTURO

Todas las autoridades españolas administrativas, judiciales, y los embajadores en las representaciones en el exterior, que reciban solicitudes de protección internacional deben tramitarlas acorde a las prescripciones legales del Derecho español. Deben informar a los peticionarios de sus derechos, tramitar las peticiones para que las mismas sean registradas o proveer el traslado a España del interesado. En dicho momento estos deben ser considerados solicitantes de protección internacional a todos los efectos.

Para ello, los embajadores deben comprobar que los peticionarios no son nacionales del Estado en el que se encuentran y que su integridad física corre peligro en su país de origen. En un contexto que no favorece la admisión de solicitudes de protección internacional, estarán obligados a un permanente contacto con el Ministerio del Interior y con la Oficina de Asilo y Refugio con la finalidad de actualizar en cada momento los lugares de conflicto para concretar los aspectos objetivos que reflejan persecución en ellos.

Esta doctrina debe ser aplicada e influir en los futuros trabajos legislativos de la Unión Europea y de España sobre la materia. En el ámbito europeo, en el desarrollo del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Comisión Europea¹⁸. Por otro lado, en España, en la imprescindible renovación de la actual legislación de protección internacional.

¹⁸ Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM(2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por Jaume FERRER LLORET (Derecho Internacional Público), Andrés RODRÍGUEZ BENOT (Derecho Internacional Privado), Inmaculada MARRERO ROCHA y Rafael GRASA HERNÁNDEZ (Relaciones Internacionales)

RECENSIONES

BADIA MARTÍ, A. M. y HUICI SANCHO, L. (dirs.), y SÁNCHEZ COBALEDA, A. (ed.), *Las Organizaciones Internacionales en el siglo XXI*, Barcelona, Marcial Pons, 2021, 358 pp.

Si el siglo XX se caracterizó por el auge de la institucionalización —parce-lada— del sistema internacional con la consiguiente superación relativa del positivismo voluntarista, no se puede decir lo mismo de lo que llevamos de siglo.

Aquel proceso de institucionalización descentralizado supuso, por un lado, la proliferación de regímenes especiales con aspiraciones de autosuficiencia materializado muchas veces en estructuras permanentes específicas, con la consiguiente fragmentación del sistema internacional y por ende de su ordenamiento. Por otro lado, y en parte como consecuencia de lo primero, supuso también la apertura de nuevas expectativas en temas clave del Derecho internacional público, como la posibilidad de nuevos procesos nomogénicos, nuevos sujetos, la existencia o no de cierta jerarquía, la superación de una estructura exclusivamente estatalista o la aparición de modelos alternativos de solución de controversias, por citar algunos de los aspectos jurídicos más relevantes.

Lo que llevamos de siglo XXI y especialmente a partir del 2015, en cambio, parece caracterizarse, sin embargo, por una sordera total de los Estados a la cada vez más acuciante necesidad de cooperación global, reclamada tanto por la sociedad civil como por esas estructuras supraestatales que, en consecuencia, están poniendo de relieve su debilidad.

El libro colectivo aquí reseñado, dirigido por las Doctoras Ana Badia y Laura Huici y editado por la Doctora Ana Sánchez, abarca todos estos aspectos. Su lectura invita a considerarlo como un libro a caballo entre un conjunto de artículos especializados y un manual actual de organizaciones internacionales. Ello sin duda es consecuencia directa de su origen: como se señala en el prólogo, *Las Organizaciones Internacionales en el siglo XXI*, es fruto de un seminario celebrado en noviembre de 2019 en el marco de la XXX edición del Máster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, en donde el institucionalismo internacional es eje vertebrador. Quizá por ello, tanto la primera parte del prólogo como cada una de

las doce lecturas que componen la obra se desarrollan en general sin apriorismos, con un lenguaje apto para el estudiante, aunque no por ello carente de rigurosidad académica y referencias especializadas. En líneas generales, esta estructura le da una coherencia de conjunto que contrasta con el contenido estanco de cada uno de los 11 capítulos y la conferencia marco, todos ellos perfectamente aislables y con gran variedad en el enfoque de la temática que se desarrollan.

La obra cuenta con una primera sección «introdutoria» que incluye algunas reflexiones de la Doctora Badia sobre el multilateralismo y la conferencia marco del Doctor José Manuel Sobrino, que hace un recorrido por la institucionalidad de las estructuras supraestatales, con especial hincapié en la relevancia de su condicionalidad a la voluntad de los Estados, todo ello examinado desde una vertiente histórico-práctica que culmina con una sección muy ligada a la actualidad y unas reflexiones finales.

A continuación, se encuentra un bloque titulado «Primera Parte. Teoría general», dedicado a determinados aspectos de los temas que conforman la esencia del Derecho institucional internacional como son la subjetividad, la función normativa y la responsabilidad internacional. Pero a diferencia de un manual al uso, en este caso cada capítulo se ciñe a determinados aspectos de la temática asignada y lo hace mediante aproximaciones muy distintas. Así, por ejemplo, frente al análisis teórico de los actos de las organizaciones internacionales y el especial énfasis en su *accountability* efectuado por el Doctor Ángel Rodrigo, el tema de la subjetividad desarrollado por la Doctora M.^a Isabel Torres se subordina a la aportación que en su delimitación ha hecho la Corte Internacional de Justicia a lo largo de la historia, mientras que para el tema de la responsabilidad la Doctora Laura Huici utiliza como eje los trabajos que la Comisión de Derecho Internacional efectuó en la materia. Jun-

to a estos el Doctor Xavier Pons aborda la cuestión de la función pública internacional, una pieza fundamental de la estructura institucional que sin duda resulta de especial interés para el público a quien se dirigía el seminario y que le sirve para reflexionar sobre cuestiones muy específicas, pero centrales para el buen funcionamiento de una organización y la consiguiente viabilidad de su finalidad, como son la inmunidad y los mecanismos habilitados para solucionar la conflictividad laboral en las instituciones, todo ello a partir de un componente teórico y otro centrado en los tribunales administrativos internacionales y más concretamente en el modelo de Naciones Unidas.

A este bloque le sigue el último, dividido a su vez en dos, según se trate de estructuras de ámbito universal o regional. Así, bajo el título de «Segunda Parte. Casos de estudio» se han agrupado una selección ejemplificativa y muy heterogénea de temáticas y estructuras con distintos enfoques. Por un lado, en el sub-bloque universal encontramos dos estudios dedicados a organizaciones internacionales que se abordan en tanto que sujetos dentro del vigente sistema internacional, con especial hincapié en sus actuales desafíos: el trabajo del Doctor Xavier Fernández sobre la Organización Mundial del Comercio que abre el sub-bloque y el trabajo del Doctor Jordi Bonet sobre la Organización Internacional del Trabajo que lo cierra. Junto a ellos encontramos el texto de los señores Remmo Lalli y Francesco Sansoni, funcionarios de Naciones Unidas que desde su experiencia abordan la gestión de las estructuras del sistema de Naciones Unidas entre sí a partir de datos empíricos (financieros y de recursos humanos) y un estudio de corte clásico efectuado por la Doctora Milagros Álvarez, del nada clásico SEforALL, un «ente» entre ONG y *Think Tank* focalizado en el Objetivo 7 de la Agenda 2030.

Por su parte, en el sub-bloque regional encontramos desde el análisis de problemáticas muy específicas y actuales como el de la Doctora Marta Ortega dedicado al tratamiento por parte de la Unión Europea de las últimas crisis —euro, inmigrantes, *Brexit*, covid—, al estudio del Doctor Carlos Uscanga sobre el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), un foro de cooperación intergubernamental visto desde los intereses de México, o el recorrido histórico de los procesos de cooperación e integración latinoamericanos desde una perspectiva básicamente politológica efectuado por el Doctor Damian Paikin, trabajo con el que se cierra la obra.

Como se puede apreciar, se trata de capítulos totalmente independientes, propio de una obra que es la formalización de sesiones especializadas impartidas por un importante abanico de ponentes expertos en su materia que comparten, eso sí, el esfuerzo por una aproximación científico-pedagógica.

En definitiva, una obra sugerente que, en su conjunto, aborda ciertas cuestiones clásicas del Derecho institucional internacional desde una perspectiva distinta y actual.

C. JIMÉNEZ CORTÉS

Universidad Autónoma de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.01>

BORRÁS PENTINAT, S., *Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 320 pp.

La obra objeto de esta reseña desarrolla un amplio análisis de los ataques y violaciones de derechos que sufren las personas defensoras de derechos humanos ambientales, así como de las posibles y diferentes medidas que deberían adoptarse o mejorarse para enfrentar esta situación. Se trata de un trabajo realizado por una especialista en Derecho internacional ambiental como es la Profesora Borrás Pentinat, que introduce una interesante perspectiva de la interrelación entre protección de derechos humanos fundamentales y medio ambiente, al tiempo que aboga por tomar conciencia de la situación de vulnerabilidad de las personas defensoras de derechos humanos ambientales, y de la importancia de su actividad para la promoción de la protección ambiental.

La propia autora justifica la oportunidad de este estudio en el importante número de violaciones de derechos humanos que sufren aquellos individuos o grupos que desarrollan una actividad de defensa del medio ambiente. Se recuerda el reciente vigésimo aniversario de la *Declaración de las Naciones Unidas*

sobre el derecho y la responsabilidad de las personas, grupos y órganos de la sociedad para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente de 1998, y el hecho de que su objetivo de dar apoyo y protección a las personas defensoras de los derechos humanos no ha tenido efecto respecto de unos ataques cada vez más alarmantes a quienes lideran causas ambientales. La situación de vulnerabilidad de estas personas se ha incrementado, de forma que se hace necesario un debate sobre las obligaciones de protección de los Estados, y las posibles innovaciones que pudieran introducirse en la normativa internacional, universal o regional.

Para el desarrollo del estudio planteado, la obra se ha dividido en cinco capítulos. El primero de ellos se dedica al análisis de la situación de vulnerabilidad de las personas defensoras de los derechos ambientales, e incluye una amplia exposición sobre el número y la gravedad de las violaciones, así como de la impunidad con la que se cometen. La exposición de los datos pone de re-

lieve que nos encontramos ante un tipo de violencia estructural, que se vincula con la actividad de explotación de recursos naturales realizada por empresas multinacionales en territorios con sistemas deficientes de protección de derechos humanos. Las personas defensoras de derechos ambientales pueden presentar diferentes perfiles, pero se caracterizan por convertirse en el objetivo a eliminar por aquellas entidades estatales o privadas con interés en la explotación. La vulneración de los derechos humanos de quienes integran estos colectivos se convierte, de esta forma, en un instrumento con el que impedir una actividad de defensa de valores ambientales frente a acciones de explotación. Este primer capítulo sirve, por tanto, para contextualizar el resto del estudio, exponiendo la dimensión de la vulnerabilidad de las personas defensoras de derechos humanos ambientales, y la importancia de su acción para la protección ambiental.

Precisamente para entender la trascendencia de esta actividad, en el segundo de los capítulos de esta obra la autora realiza una labor de categorización y análisis de los derechos humanos ambientales, tanto sustantivos como instrumentales. La defensa de estos derechos es el objetivo de este colectivo, y en este capítulo se pone de relieve que se trata de un conjunto de derechos fundamentales cuya protección es necesaria tanto para asegurar una correcta protección ambiental como para el bienestar de las comunidades afectadas. Conectado con este análisis, en el tercer capítulo se incluye el estudio de lo que la autora configura como un nuevo derecho, definido como el derecho a defender los derechos humanos y el medio ambiente, y cuyos titulares prioritarios serían las personas que desarrollan acciones de protesta y defensa.

Si en el tercer capítulo se plantea el derecho a defender, en el cuarto se examinan las obligaciones de los Estados,

sustantivas y de procedimiento, de proteger a las personas defensoras de los derechos humanos ambientales. Esta cuestión se completará con un capítulo quinto que analiza de forma pormenorizada los mecanismos de protección de las personas defensoras de los derechos ambientales. Se incluye en este apartado un amplio estudio de los mecanismos de protección tanto nacionales como internacionales, a los que se suman diversas iniciativas y acciones desarrolladas por la sociedad civil para visibilizar y tratar de paliar la vulneración de derechos de este colectivo. Como conclusión al estudio desarrollado en ambos capítulos, la autora recuerda y enfatiza el deber de los Estados de desarrollar una protección integral de las personas defensoras de los derechos humanos ambientales, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y protección ambiental; al tiempo que propone algunos avances normativos entre los que destacaría la adopción de un tratado internacional sobre violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas.

En definitiva, esta monografía supone una novedosa e interesante aportación a la reflexión sobre la interrelación entre la protección de los derechos humanos y la protección ambiental, al realizar un análisis desde la perspectiva de la situación de las personas que se convierten en principales protagonistas de la acción de defensa del medio ambiente, al tiempo que quedan desamparadas precisamente por esta actividad. Se propone en esta obra una toma de conciencia, al tiempo que se trae al debate académico relevantes propuestas de respuesta ante la impunidad con la que se cometen violaciones graves de derechos humanos fundamentales, y de promoción de las acciones de protección ambiental.

R. GILES CARNERO
Universidad de Huelva

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.02>

CAMPINS ERITJA, M. (ed.), *The European Union and Global Environmental Protection*, Londres, Routledge, 2021, 186 pp.

El libro que aquí se recensiona es una obra colectiva, que aborda, desde una perspectiva multidisciplinar y crítica, el papel de la Unión Europea (UE) en la protección internacional del medio ambiente. El *Prólogo* está escrito por el prestigioso Profesor Krämer, que no escatima en elogios a las diversas contribuciones que en él se recogen, escritas por académicos con una consagrada trayectoria en materia de Derecho ambiental. Destaca, entre otras cosas, el enfoque utilizado, que permite resaltar el protagonismo activo de la UE en el fomento de la protección ambiental en el marco de diversos regímenes internacionales.

La UE ha liderado muchas de las negociaciones internacionales en materia de protección del medio ambiente como, por ejemplo, las del cambio climático y las de la pérdida de la diversidad biológica, actualmente considerados como los problemas ambientales más acuciantes. Las contribuciones de las Profesoras Campins Eritja (*Some challenges for strengthening the EU's international influence in the climate change regime*) y Fajardo del Castillo (*The EU diplomacy for biodiversity*) abordan estas cuestiones. La Doctora Campins hace un repaso de la actuación de la UE en la negociación de los sucesivos acuerdos climáticos para afirmar que la UE ha sabido (y podido) ocupar el vacío dejado por Estados Unidos, si bien con algún que otro altibajo, y a pesar del *Brexit*. Por lo que respecta a la biodiversidad, la abrupta aparición de la pandemia por el coronavirus truncó el objetivo de que el 2020 fuera el punto de inflexión en la pérdida de diversidad biológica. En cualquier caso, la Profesora Fajardo relata cómo la UE ha seguido trabajando arduamente por seguir adelante con la configuración del Marco global para la biodiversidad post-2020, con vistas a la adopción de la Estrategia de la UE para la Biodiversidad 2030.

La UE se ha comprometido a cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los que la protección ambiental encuentra acomodo. En este ámbito, no obstante, todavía tiene un largo camino que recorrer, tal y como explica la Profesora Aguilera Vaqués (*Mainstreaming Sustainable Development Goals into EU policies*), constituyendo un paso firme en este camino la adopción del Pacto Verde Europeo en 2019. Ciertamente, la promoción del desarrollo sostenible no solo ha de estar presente en los ámbitos de protección ambiental, sino también en aquellos otros en los que el medio ambiente no ocupa un lugar protagónico. Muchos de estos ámbitos también se abordan en diversas contribuciones en la presente obra, como relato a continuación.

El capítulo del Profesor Fernández-Pons (*The role of the EU in the promotion of sustainable development through multilateral trade*) confirma la importancia de tener en cuenta criterios ambientales a la hora de negociar y aplicar acuerdos comerciales. No solo porque el comercio es una actividad con un impacto claro en el medio ambiente global, sino porque cada vez existe una necesidad mayor en resolver las tensiones entre los intereses comerciales y ambientales, de forma más respetuosa para estos últimos. La UE, como potencia comercial, tiene una responsabilidad especial para no desatender el objetivo de desarrollo sostenible (sin caer en el proteccionismo unilateral) y así lo hace a través de varios instrumentos y medidas en el marco de la OMC.

Tal vez sea el ámbito de la pesca marítima en el que más presente se encuentre la sensibilidad ambiental, dado que la protección de las especies marinas y su hábitat es básica para garantizar la sostenibilidad de esta actividad. El frágil equilibrio de la sostenibilidad

de las especies pesqueras puede verse seriamente desquebrajado por la pesca ilegal, no reportada y no regulada. Precisamente de esta cuestión versa la contribución del Profesor Pons Rafols (*The EU's global leadership in the fight against illegal, unreported, and unregulated fishing*) sobre los esfuerzos llevados a cabo por la UE para controlar, perseguir y sancionar estas prácticas, tanto en aguas bajo su jurisdicción como fuera de ella. De esta cuestión también se ocupa, ya desde la perspectiva del Derecho penal, la Profesora Marques-Banque (*Environmental crime: assessing and enhancing EU compliance with international environmental law*), quien también explora las implicaciones penales recogidas en algunos Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente, así como la aplicación de la Directiva 2008/99/CE.

La degradación ambiental también afecta a la política migratoria de la UE en la medida en que las personas migran no solo por motivos políticos y económicos, sino también ambientales. Sin embargo, la respuesta que la UE da a esta realidad es bastante insatisfactoria, tal y como muestra la Profesora Borrás Pentinat (*Environmental refugees: reshaping the borders of migration in the EU*), quedando la salvaguarda de los derechos de los no reconocidos «refugiados ambientales» al arbitrio de sus Estados miembros.

Junto a las cuestiones sustantivas, las procedimentales están ganando cada vez más relevancia a la hora de proteger el medio ambiente. El capítulo del Profesor Peñalver-Cabré (*The international dimension of the EU on access to justice in environmental matters*) se ocupa precisamente del acceso a la justicia en materia ambiental. Tras un examen exhaustivo de la compatibilidad de la actuación de la UE con las prescripciones del Convenio

de Aarhus, lamenta las lagunas e insuficiencias todavía existentes.

En buena forma, los obstáculos y deficiencias observadas en los diferentes ámbitos se explican porque la UE no ha apostado seriamente, como sería deseable, por la consecución de un nuevo paradigma de justicia ambiental. Y es precisamente la crítica férrea que aporta la Profesora Jaria-Manzano (*Environmental justice in EU law and policies: a fundamental challenge*), quien apela a retomar la importancia de la protección de los derechos fundamentales y la justicia social para permitir una transformación progresiva hacia dicho fin.

Como se ha podido comprobar, el contenido de la obra es más que recomendable, pero no quería dejar de destacar también el trabajo de edición tan cuidado que se ha realizado, y que no siempre está presente en los libros colectivos. Efectivamente, las contribuciones no solo presentan una extensión similar, sino que también siguen una estructura común, que facilita su lectura y denota la coherencia interna de la obra. La introducción de la Profesora Mar Campins (que también podría considerarse como unas «conclusiones» de la obra), así como el listado común de acrónimos e índice de términos utilizados, son una muestra más de que el libro no es una mera compilación de contribuciones yuxtapuestas y dispares, sino que ha habido un esfuerzo por presentarlas de manera armoniosa y consistente.

Por todo de ello, no me queda más que recomendar la lectura de esta magnífica obra colectiva, especialmente para aquellas personas interesadas y preocupadas por la protección de nuestro planeta.

R. M. FERNÁNDEZ EGEA

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.03>

CAMPINS ERITJA, M. y FAJARDO DEL CASTILLO, T. (eds.), *Biological Diversity and International Law. Challenges for the Post 2020 Scenario*, Nueva York, Springer, 2021, 240 pp.

Estamos ante una obra colectiva, coordinada por dos de las más prestigiosas autoras nacionales en materia de protección internacional del medio ambiente, las Profesoras Campins Eritja y Fajardo del Castillo, con la que se aborda el estudio de la Convención sobre Diversidad Biológica (CBD) desde una perspectiva original e innovadora. Se parte del diagnóstico de que, pese a los avances logrados a nivel normativo desde 1992 en este ámbito, el nuevo marco global sobre biodiversidad para 2030 sigue adoleciendo del necesario consenso entre los Estados concernidos, amparados bajo un enfoque antropocéntrico que en realidad sirve de cobertura para los intereses económicos de los gobiernos. Frente a esta situación, agravada por la aparición inesperada de la covid-19 y sus repercusiones manifestadas en los últimos años en las agendas y economías de todos los Estados del mundo, las directoras de esta obra defienden como premisa de partida la posible y necesaria interacción entre la CBD y otros regímenes internacionales de protección del medio ambiente. Con esta monografía, que tiene como trasfondo un Proyecto de I+D de ámbito nacional desarrollado entre 2017-2020 («Diversidad Biológica y Derecho Internacional: Nuevos Problemas y Tendencias. Interacción de Regímenes Jurídicos y Principales Retos Normativos»), se presentan las bases teóricas de un marco general para la lucha contra la destrucción de la naturaleza y la pérdida de la biodiversidad que tiene su fundamento en la ya señalada interacción entre la CBD y otros regímenes internacionales de protección del medio ambiente, y en conferir un mayor peso a los datos científicos en el proceso de toma de decisiones y de asunción de obligaciones internacionales en este ámbito.

La aproximación propuesta —fortalecer la eficacia de la CBD a través de su complementariedad con otros regímenes normativos e institucionales de protección del medio ambiente—, se desarrolla desde un doble enfoque: de una parte, analizando de un modo transversal y holístico los desafíos sistémicos detectados en esta área, identificando las interacciones posibles entre la CBD y otras disposiciones normativas internacionales relativas a la protección del medio ambiente; y de otra parte, a través del método de estudio de casos regionales que contribuye a reforzar una aproximación horizontal y unida de las diversas dimensiones de la protección de la biodiversidad, así como de los diferentes regímenes de carácter normativo-institucional existentes en este ámbito.

En cuanto a la estructura de esta obra, está dividida en tres partes, además del capítulo introductorio elaborado por las dos codirectoras. En la primera parte (*Principles Inspiring Biodiversity-Related Conventional Law and Governance*), que comprende los Capítulos 2 a 4, cuyos autores son los Profesores Fajardo del Castillo, Juste Ruiz y Gardner, se presentan los principios centrales subyacentes tanto al Derecho internacional convencional como al *soft law* relativo a la biodiversidad, las lagunas estructurales de la CBD en cuanto a su regulación e implementación, y el papel de los órganos consultivos de carácter científico previstos en los acuerdos relacionados con la protección de la biodiversidad. Se estudian cuestiones como la revisión del Plan Estratégico para la Biodiversidad 2011-2020 y los Objetivos Aichi como una oportunidad de abordar el persistente problema del incumplimiento del Derecho internacional del medio ambiente; las lagunas detectadas en el Derecho internacional

de la Biodiversidad y las posibles vías para que sea un régimen normativo más eficiente e integrado; o la creciente coordinación de los órganos consultivos de carácter científico y técnico de los más relevantes convenios internacionales relacionados con la biodiversidad. En la segunda parte (*Biodiversity Interactions with Global Conventional Regimes*), con tres capítulos a cargo de los Profesores Fernández-Pons, De Dios Marcer y Pons Rafols, se analizan las intersecciones que se aprecian en específicos marcos normativos de carácter convencional, como los relativos al comercio multilateral y a la salud pública global. Así, merecen atención las medidas sobre biodiversidad planteadas en el marco del sistema de arreglo de controversias dentro de la Organización Mundial del Comercio; el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y el posible impacto sobre la salud pública de la importación de especies protegidas en tanto que eventualmente pueden acarrear patógenos e introducirlos en su nuevo medio; o el sistema de acceso y reparto de beneficios (ABS) en los recursos fitogenéticos para la alimentación y agricultura. En la tercera y última parte (*Some Challenges for Sustainability and Marine Biodiversity*) con cuatro capítulos firmados, respectivamente, por los Profesores Sindico, Campins Eritja, Rodríguez-Rivera y Futhazar; se abordan cuestiones como el papel creciente de las entidades insulares infranacionales (SNIJ por sus siglas en inglés) en la protección de la biodiversidad; la influencia de la CBD en la protección de la biodiversidad en el océano Ártico o la gobernanza de la biodiversidad en el mar Caribe y en el mar Mediterráneo.

En conjunto, los autores contribuyen a ofrecer un análisis transversal centrado en presentar el desarrollo nor-

mativo a nivel convencional de cuestiones conexas a la biodiversidad. En este sentido, la CBD ha sido catalizadora para la cooperación entre diversos regímenes normativos, ofreciendo una fuente de inspiración para la común interpretación de todos ellos, así como para proveer información técnica y científica relativa a nuevas tendencias, como la protección de áreas marinas más allá de la jurisdicción nacional de los Estados, o incluso, como apuntan las directoras en su capítulo introductorio, la CBD y sus principios han servido como conductores del desarrollo normativo en temas conexas con la biodiversidad. Los convenios sobre cuestiones relacionadas con la biodiversidad —a excepción del Convenio CITES— padecen como mal común la falta de implementación. De ahí la relevancia y pertinencia de esta monografía que pretende explorar las mejores vías de adaptación de los mecanismos existentes para la protección directa e indirecta de la biodiversidad a la situación de pandemia mundial y a los nuevos problemas que esta conlleva para las políticas nacionales e internacionales, a través del establecimiento de sinergias entre tales mecanismos. Sin duda, no es el punto de llegada de una investigación financiada en convocatoria pública y competitiva. Más bien, ha de verse como el punto de partida para un viaje con duración incierta pero destino conocido: convencer a los gobiernos de que tras leer los informes científicos elaborados en el contexto de los sectores internacionales que interactúan con la CBD, la única acción lógica posible es adoptar un enfoque holístico y transversal a la gobernanza de la biodiversidad, como se defiende en esta obra colectiva.

D. GARCÍA SANJOSÉ
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.04>

CARO GÁNDARA, R., *La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia en España*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, 167 pp.

La obra que reseñamos cuenta con un prólogo del Profesor Sixto A. Sánchez Lorenzo, de la Universidad de Granada, quien ya invita a la lectura de la obra porque, entre otros méritos, nos indica que facilita la comprensión de una cuestión bien compleja cuando se atiende a las enormes diferencias de regulación y de modelos en el Derecho comparado, con la consiguiente dificultad de precisión de efectos fuera de la jurisdicción donde la garantía real ha nacido o ha sido constituida. Quien hace el comentario como prologuista ya tuvo la ocasión de publicar la monografía *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, ventas en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993, como resultado de la reelaboración de la tesis doctoral del mismo autor defendida en la Universidad Complutense de Madrid unos años antes.

En efecto, el esfuerzo de investigación comparativa en términos de Derecho material y la proyección de sus resultados para las cuestiones más típicamente propias del Derecho internacional privado son el elemento más destacable de la obra que ahora reseñamos. La obra, en primer lugar, analiza la reserva de dominio en el Derecho español vigente, para a continuación detallar su regulación en tres sistemas jurídicos que nos son cercanos territorialmente pero que suponen otros tantos modelos de regulación de la reserva de dominio: *a)* el modelo extenso alemán de la *Eigentumsvorbehalt* en el BGB que permite reservas de dominio prolongadas hacia otros bienes e incluso su ampliación sobre nuevos créditos entre vendedor y comprador; *b)* el modelo francés relativo a *les sûretés* codificado en el *Code civil* por su reforma del 2006, y entre ellas la «*propriété retenue à titre de garantie*» entre las garantías reales mobiliarias, positivizando las soluciones jurisprudenciales del pasado sobre la efi-

cazia suspensiva de la cláusula en el efecto traslativo que el contrato debería tener por sí solo en un modelo consensual, y *c)* el modelo inglés de cláusulas complejas relativas a la *retention of title* desde su refrendo en la Sentencia de la *Court of Appeals en Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.* (1976).

Por el contrario, el modelo funcional y flexible de *security interests* que proporciona el art. 9 del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos frente al formalismo de los sistemas jurídicos continentales como es el español, no es estudiado como un modelo nacional, sino como antecedente de los intentos de unificación internacional en la materia, es decir, en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre garantías mobiliarias de 2016 y en el Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías mobiliarias relativas a equipos móviles de 2001.

Los poco decisivos resultados que han sido cosechados por los intentos de unificación internacional ya indicados o los europeos (concepto múltiple de reserva de dominio que se contiene en el *Draft Common Frame of Reference*, 2009, a fin de dar cabida a todas las regulaciones existentes en los Estados miembros) obligan a tratar en una segunda parte de la obra la cuestión de la validez y eficacia de la reserva de dominio con la metodología propia del conflicto de leyes y además con una ordenación de cuestiones bastante clásica: *a)* distinción entre el ámbito de cuestiones sujetas a calificación contractual y, en consecuencia, a la *lex contractus* determinada según el Reglamento 593/2007 (Roma) y las cuestiones sujetas a calificación real y, por tanto, a la regla *lex rei sitae* del art. 10.1 CC; *b)* distinción entre validez constitutiva y eficacia ulterior de la reserva de dominio en caso de traslado del bien mue-

ble a otra jurisdicción (conflicto móvil); c) distinción entre efectos consensuales o para las partes y efectos en situación concursal, frente a terceros adquirentes de buena fe y frente a terceros acreedores del comprador que hayan promovido el embargo de la cosa mueble, y d) relevancia del cumplimiento de las exigencias adicionales de publicidad en situación concursal, frente a terceros adquirentes y frente a acreedores individuales del comprador, etc. En este sentido, aunque el catálogo de cuestiones en este sentido puede y debe ser el clásico, sin embargo, en su tratamiento es donde el Derecho comparado material como dato previo permite apreciar matices y llegar a soluciones del conflicto de leyes a partir de la experiencia de otros sistemas jurídicos. Aquí, la particularidad de la obra es la de abordar en este tramo la ley aplicable por los órganos jurisdiccionales españoles y la eficacia en España de las reservas de dominio pactadas en el extranjero, cuando el bien sobre el que recaen haya sido trasladado a territorio español; en lugar de la pregunta más habitualmente formulada en la doctrina española que ha venido siendo la inversa.

La obra destaca como en el caso español el requisito de publicidad de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles es una exigencia no compartida con los otros sistemas jurídicos con los que se compara (alemán, francés e inglés) y como efectivamente la reserva de dominio no inscrita en el Registro de Bienes Muebles no podrá ser oponible frente a terceros de buena fe que hayan adquirido a título oneroso; siempre que el supuesto esté comprendido dentro del ámbito de apli-

cación de la LVPBM porque, en caso contrario, habrá desaparecido la exigencia legal de publicidad y, por tanto, el vendedor sí podrá ejercitar la acción reivindicatoria contra el comprador y la tercería de dominio frente a terceros acreedores del comprador. En todo caso, frente a los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito el vendedor protegido por la cláusula de reserva de dominio siempre podrá ejercitar la acción reivindicatoria ante los tribunales españoles, aunque la reserva de dominio no esté inscrita. Del mismo modo destaca en la obra el tratamiento certero y profundo que dedica a la eficacia de la reserva de dominio en la exclusión del bien mueble del concurso del comprador según las distintas localizaciones posibles de los bienes reservados, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 2015/848 sobre procedimiento de insolvencia y en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

En suma, la monografía resulta de obligada lectura no solo por el tradicional interés que las garantías mobiliarias ha tenido en la teoría del conflicto de leyes, de modo que puede decirse que la reserva de dominio es un ámbito clásico de problematización en el comercio internacional, sino también porque la obra aborda de manera única la perspectiva técnico-jurídica necesaria en la determinación de la ley aplicable y la eficacia de la reserva de dominio constituida en el extranjero que afecte a bienes muebles situados en España.

M. CHECA MARTÍNEZ

Universidad de Cádiz

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.05>

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Granada, Comares, 2021, 280 pp.

¡Cómo se agradece volver a la dogmática! Javier Carrascosa nos propone en esta monografía un apasionado e intenso paseo por las raíces del Derecho interna-

cional privado (DIPr) a partir de una declaración de principios ya destacada por Alfonso Calvo Caravaca en su prólogo: el DIPr no es una ciencia sino un arte, y ese

arte solo puede hacer justicia si se practica con las argumentaciones que proporciona la mejor dogmática jurídica. Con estos mimbres, la obra está dividida en dos partes claramente diferenciadas, consagradas, respectivamente, al DIPr como disciplina jurídica y a la investigación del DIPr.

La primera parte se extiende a lo largo de 175 páginas y aborda ocho diferentes aspectos de la dogmática: 1) concepto; 2) fuentes; 3) complejidad; 4) metodología; 5) independencia técnico-jurídica; 6) valores constitucionales y europeos; 7) sistema y ordenamientos jurídicos, y 8) ortopraxis. El orden no es caprichoso y cada uno de ellos nos abre, cual *matrjoska*, una nueva ventana desde la que analizar la dogmática jurídica de la disciplina.

Tras evaluar con rigor y profusión doctrinal hasta seis aproximaciones distintas a la definición del DIPr, el Profesor Carrascosa se decanta por una concepción privatista cuyo objeto se centra en las relaciones entre sujetos particulares que presentan un carácter internacional y analiza las fuentes del sistema para concluir que el DIPr tiene una completa autonomía sistemática frente al Derecho internacional público y que, aun tratándose de un sistema legal, la jurisprudencia y la doctrina son extraordinariamente relevantes.

Los apartados 3 y 4 de esta primera parte constituyen el nudo gordiano de la construcción de Javier Carrascosa y justifican la declaración de principios en favor del multilateralismo. Por una parte, la complejidad del sistema, analizada desde una quintuple perspectiva: técnica, valorativa, sistemática, doctrinal y lingüística. Por otra, la constante dialéctica entre multilateralismo y unilateralismo, donde el autor lleva a cabo una defensa apasionada del multilateralismo como método general del DIPr.

El quinto aspecto abordado en esta primera parte de la monografía es la in-

dependencia técnico-jurídica del DIPr, que el autor justifica a partir de cuatro elementos: *a)* el reconocimiento de su aparato dogmático propio; *b)* la interpretación específica de las normas de fuente estatal, de fuente internacional y de fuente europea, interpretación que debe ser evolutiva y no estructuralista; *c)* la auto-integración de las lagunas legales, y *d)* la lucha contra el legeforismo simplista.

Especial interés despierta el sexto de los elementos, a saber, la prioridad de los valores constitucionales y europeos, valores que tanto las normas de DIPr nacionales cuanto las europeas deben defender con arreglo a su propia perspectiva, con vistas a conseguir una regulación satisfactoria de las situaciones privadas internacionales.

En fin, los dos últimos aspectos se refieren a la configuración de un sistema de DIPr integrado por dos ordenamientos —el Derecho nacional de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión Europea— y la necesidad de que el experto en DIPr sea capaz de determinar en cada momento qué normas, reglas y soluciones deben aplicarse a cada situación privada internacional.

La segunda parte de la monografía aborda la «Investigación del DIPr». Y lo hace a partir de una disyuntiva original: el DIPr como ciencia y el DIPr como arte. Desde una perspectiva científica, el experto en DIPr debe ser capaz de proporcionar respuestas falsables, objetivas, repetibles, universales e inmutables. Se consigue así una sistematización teórica y abstracta, provista de un resultado científico, pero no necesariamente justo. Lo que es más grave, acaba convirtiendo al operador jurídico en un autómatas: y es que el DIPr no es científicamente perfecto.

Es por ello necesaria una segunda perspectiva, según la cual el DIPr es «un conjunto de principios, reglas y normas cuyo objetivo radica en resolver con sabiduría y con sensatez cuestiones jurídicas

de la vida real derivados de las situaciones privadas internacionales».

Desde esta segunda perspectiva el Derecho es más arte que ciencia: un saber aporético basado en la argumentación y en la contra-argumentación jurídicas. Ello convierte en imprescindible a la dogmática jurídica: la masa normativa y el conglomerado jurisprudencial es una amalgama desorganizada y la labor del jurista, a través de la argumentación jurídica, es «inyectar en el ordenamiento jurídico el orden, el sistema y la razón».

Asentado el carácter prioritario de la dogmática jurídica, Javier Carrascosa argumenta la necesaria flexibilización de la dogmática jurídica clásica incidiendo en la búsqueda de la *ratio legis*, en la necesaria habilidad para corregir la aplicación de normas necesariamente generales a supuestos no tenidos en cuenta por el legislador y para integrar lagunas, en los conocidos mecanismos de flexibilización aplicables a las situaciones privadas internacionales, en la conveniencia de resolver los supuestos más complejos aplicando, si fuere necesario, un criterio *interpretatio abrogans* y en la utilización de argumentos múltiples y de argumentos compartidos con la finalidad de vencer.

La depurada construcción de Javier Carrascosa podría quizá ampliarse, sin

menoscabo de las conclusiones, a los otros sectores del sistema de DIPr, incluyendo, por tanto, no solo los aspectos relativos a la ley aplicable sino también los que afectan a la localización de la sede de análisis —competencia judicial internacional—, al reconocimiento y a la ejecución de situaciones, actos jurídicos, decisiones y documentos públicos extranjeros y a la cooperación jurídica internacional. Con todo, nos encontramos ante una monografía que constituye una preciosa obra de madurez de uno de los grandes académicos españoles del DIPr, obra donde desde la primera hasta la última línea se reconoce un artesonado de pensamiento coherente y un objetivo claro: demostrar que la nueva dogmática jurídica del DIPr es un arte en la medida en que es argumentativa, aporética y volcada en la justicia de los casos concretos. Los razonamientos esgrimidos a lo largo de 260 páginas escritas con pasión se sustentan en una doctrina sólida y congruente y todos ellos vienen acompañados de multitud de ejemplos que permiten comprender mejor las diferentes tesis expuestas, como nos tiene acostumbrados el autor, con finura, ironía y una excelente utilización del idioma castellano.

M. DESANTES REAL

Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.06>

CASTELLANOS RUIZ, E., *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional. Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111 y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 180 pp.

La obra aborda la característica dispersión jurisdiccional que deriva de la aplicación autónoma e independiente de los Reglamentos UE que regulan la competencia judicial internacional en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de alimentos en favor de los hijos comunes menores de edad. Esta atomización competencial contrasta de forma llamativa con la concentración o

acumulación de competencias prevista, no solo en España, respecto de los litigios puramente domésticos relativos a la mayor parte de controversias surgidas a raíz de una crisis matrimonial. La sectorialización de la normativa de la UE puede generar una multiplicación de foros competenciales que preocupa a la doctrina europea, por lo que esta aportación debe ser bienvenida al contribuir

al debate sobre las razones, las ventajas y los inconvenientes de una tal dispersión. El trabajo no se detiene en un análisis canónico de los Reglamentos implicados, sino que atiende también a la evolución normativa en la UE, teniendo presente el Reglamento 2019/1111, y, sobre todo, no olvida ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), auténtica guía vertebradora en la aplicación de los criterios atributivos de competencia previstos en los Reglamentos UE, ni la jurisprudencia española. Por todo ello, se trata de un trabajo cuya utilidad práctica queda fuera de toda duda.

La monografía se estructura en cuatro capítulos, dejando de lado el quinto capítulo en el que se presentan las conclusiones. El orden de los capítulos está concebido conforme a una acertada aproximación que permite presentar primero el tema para tomar conciencia de los principios que están en liza, exponer la regulación vigente en nuestro sistema y comprobar cómo son aplicados estos principios por los tribunales, principalmente el TJUE, pero también los tribunales españoles. Así, el primer capítulo se encarga de recordar que la regulación procesal de las crisis matrimoniales en litigios internacionales se caracteriza por una dispersión normativa que puede comportar la dispersión jurisdiccional. La exposición se contrapone a la regulación de la competencia territorial interna de los tribunales españoles, donde prima la acumulación de competencias en favor del juez del divorcio. Como se pone de manifiesto en la monografía, entre una y otra opción están en tensión, por una parte, el interés superior del menor y el principio de proximidad, y, por otra parte, el principio de eficiencia.

Sentada esta presentación, la autora detalla los foros de competencia que pueden ser invocados en materia de crisis matrimoniales, globalmente consideradas, poniendo de manifiesto el carácter exclusivo de los Reglamentos UE y la consiguiente fragmentación en función

de la petición formulada, sea relativa a la disolución, relajación o nulidad del vínculo matrimonial, a la responsabilidad parental —ámbito en el que tiene también en cuenta la difícil delimitación entre el Reglamento UE y el Convenio de La Haya de 1996— o a las obligaciones alimenticias. Sin perjuicio de la apuesta por establecer un ámbito material conforme a conceptos autónomos, no solo respecto de la responsabilidad parental o los alimentos, que debe extenderse conforme a la autora también al concepto de matrimonio o de relaciones familiares, la parte más destacable es la dedicada a las medidas previstas en los Reglamentos UE para evitar precisamente la dispersión en la que puede desembocar su aplicación. En efecto, el último epígrafe del capítulo dibuja ya el escenario de pasarelas y remisiones previstas por el legislador europeo para limitar la dispersión. La exposición sirve a la autora para mostrar las lagunas y dudas que estas remisiones generan, poniendo de relieve que el tribunal competente para conocer de la crisis matrimonial puede serlo también de la reclamación de alimentos, por accesoriamente, pero no es evidente que esta previsión se extienda a los alimentos en favor de los hijos; que, igualmente por accesoriamente, el juez competente de la responsabilidad parental puede serlo también de la reclamación de alimentos en favor de los hijos; que el juez competente de la crisis matrimonial puede serlo también de la responsabilidad parental, pero solo, entre otros requisitos, si hay sumisión y que, por fin, cabe la remisión de un tribunal de una jurisdicción a otro de otra jurisdicción de la UE si, entre otros requisitos, el último tribunal está mejor situado.

La compleja trama de foros de competencia y las limitadas posibilidades tendentes a favorecer la acumulación de competencias ha suscitado dudas interpretativas que han tenido que ser despejadas por el TJUE. Por este motivo, la autora se embarca en el Capítulo tercero

a analizar detalladamente la STJUE de 5 de septiembre de 2019, asunto C-468/18, por ser la decisión más reciente y relevante sobre esta importante cuestión, distinguiéndola de la STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14. Después de llevar a cabo una descripción de la primera de las sentencias anteriormente referidas, la Profesora Castellanos emprende un análisis crítico del caso para evaluar otras soluciones alternativas distintas a la adoptada por el TJUE que hubieran podido llevar a la acumulación de competencias. Para examinar la operatividad de las pasarelas, la autora tiene en cuenta a su vez el fundamento sobre el que reposa la competencia del tribunal

ante el que se han presentado las reclamaciones. Este apartado, redactado con agilidad, a modo de pregunta-respuesta, es sin duda el núcleo neurálgico de la monografía.

Por fin, y después de un prolijo repaso de las confusiones —a veces, desatinos— y de los aciertos de la jurisprudencia española, la monografía termina con unas conclusiones en las que se aprecia una valoración ponderada de la acumulación o de la dispersión jurisdiccional a la luz del interés superior del menor.

A. FONT SEGURA

Universitat Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.07>

CONSEJO VASCO DEL MOVIMIENTO EUROPEO, EUROBASQUE (ed.), *La Unión de Seguridad y Defensa: el futuro ya está aquí*, Madrid, Dykinson, 2021, 259 pp.

La presente obra colectiva ofrece al lector un análisis exhaustivo y actual sobre los avances de la Unión Europea (UE) en materia de Seguridad y Defensa, en donde en los últimos años se ha experimentado un notable desarrollo.

El libro, editado por el Consejo Vasco del Movimiento Europeo, se articula en torno a tres partes distintas que con un total de nueve capítulos, en conjunto, conforman un estudio ambicioso y detallado sobre la materia. La primera parte es la introducción y cuenta con las contribuciones de José María González Zorrilla (Presidente del Consejo Vasco del Movimiento Europeo - EuroBasque) que tanto en español como en euskera incluye una breve presentación de la obra. A continuación, Mikel Antón Zarragoitia (Director de Asuntos Europeos del Gobierno Vasco) analiza en su capítulo la importancia de la autonomía estratégica como vector de la integración europea desde la perspectiva federal bajo el título «Construyendo la Unión de la Seguridad y la Defensa: un nuevo paso hacia el horizonte federal de Europa. La Autonomía Estratégica como clave de la integración

europea». Y, al igual que el caso anterior, su contribución aparece en castellano y euskera. Finalmente, se incluye el capítulo elaborado por Igor Filibi López (Secretario General de EuroBasque y Profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad del País Vasco) sobre «La naturaleza política del debate sobre la seguridad y defensa de la UE».

La segunda parte de la obra profundiza en la novedosa realidad de la UE como actor en seguridad y defensa con las aportaciones de los Profesores José Luis de Castro Ruano, «La seguridad y la defensa comunitaria europea entre el *Brexit* y la pandemia», y Francisco Aldecoa Luzárraga, «La Unión Europea como actor global, también como actor de seguridad y defensa e incipientemente en salud durante el comienzo del nuevo ciclo político». El primero pone especial énfasis en la importancia de los pasos dados hasta la fecha en este ámbito, así como en la necesidad de continuar y profundizar en una verdadera Unión Europea de la seguridad y la defensa. Pues, en definitiva, esta última resulta indispensable para que la UE pueda «defender su modelo

de sociedad, sus valores e intereses sin sentirse vulnerable ni condicionada por presiones de naturaleza militar de otros actores internacionales». Por su parte, el Profesor Aldecoa profundiza en el papel de la UE como actor global, el cual se ha visto enriquecido por la vertiente en seguridad y defensa como resultado de la puesta en marcha de importantes iniciativas en esta área. Y, más recientemente, la dimensión propia de la salud en la medida en la que la UE ha liderado la respuesta internacional ante la covid-19.

La tercera y última parte del libro se centra en las dimensiones de la Seguridad y Defensa europea y cuenta con distintos capítulos de gran interés y calidad científica. En concreto, estos son: «La aplicación de la Estrategia Global en materia de seguridad y defensa: principales desarrollos y perspectivas de futuro», por Beatriz Pérez de las Heras; «De la autonomía estratégica a la idea de ¿“soberanía estratégica”? de la Unión Europea: La pandemia como factor de aceleración», por Mariola Urrea Corres; «Cooperación europea en materia de Seguridad y Defensa: diversidad de herramientas para un objetivo común», por Eugenia López-Jacoiste Díaz; «Hacia una visión integral

de la seguridad. La necesaria coordinación de los instrumentos de la acción exterior de la UE en materia de seguridad y defensa», por Lucas J. Ruiz Díaz, y «Cooperación entre la Operación Sophia, FRONTEX y EUROPOL: ¿una creciente interdependencia entre el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia y la Política Común de Seguridad y Defensa?», por David Fernández-Rojo. En relación a las tres últimas contribuciones, cabría señalar que estas han sido galardonadas con el prestigioso XIX Premio de Investigación sobre Europa Francisco Landáburu Universitas 2020 concedido por el Consejo Vasco del Movimiento Europeo, EuroBasque.

En definitiva, el libro *La Unión de Seguridad y Defensa: el futuro ya está aquí* ofrece una visión completa y detallada sobre la configuración y el posterior desarrollo de la UE en el ámbito de la Seguridad y Defensa. Por todo ello, constituye una importante y original aportación que permitirá conocer y profundizar en esta novedosa realidad.

V. RODRÍGUEZ PRIETO

Universidad Complutense de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.08>

DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial. Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, Madrid, Kinnamon, 2020, 176 pp.

El escenario geopolítico, económico y tecnológico espacial actual es muy distinto al de los orígenes de la era espacial. Nunca ha habido tantos Estados involucrados en actividades en el espacio ultraterrestre y el sector privado ha irrumpido también con mucha fuerza, como lo evidencia la carrera en torno al turismo espacial en la que están participando algunas de las grandes fortunas del planeta. En este *New Space* empieza a ser posible la exploración de nuevos cuerpos celestes y se están abriendo paso nuevas actividades, incluida la explotación eco-

nómica de los recursos espaciales. En particular, la minería espacial es uno de los sectores que más interés está despertando, tanto para la utilización de esos recursos mineros *in situ* y como apoyo en la exploración del espacio, como para fines puramente comerciales. Estas nuevas actividades ponen en evidencia también un desajuste entre el estado de desarrollo actual del Derecho del espacio ultraterrestre y los nuevos desafíos que se plantean en este ámbito. La presente obra del Profesor Juan Manuel de Faramiñán Gilbert tiene por objeto, pre-

cisamente, el análisis de las principales cuestiones jurídicas y éticas que plantean estas actividades mineras espaciales.

A lo largo de sus páginas, el autor desgana las distintas dimensiones fácticas, éticas y jurídicas que permiten comprender al lector cómo se están empezando a diseñar y desarrollar estas actividades, sus posibles implicaciones y, sobre todo, los desafíos jurídicos que plantean. Tras analizar algunas cuestiones introductorias sobre el Derecho del espacio ultraterrestre que ubican al lector en las disposiciones básicas sobre el régimen jurídico de los recursos espaciales contenidas en el Tratado del Espacio de 1967, el Acuerdo de la Luna de 1979, o el régimen jurídico de la órbita geostacionaria, el Capítulo I expone las principales características de los recursos minerales espaciales y de las actividades de explotación y explotación de los mismos en los asteroides. El Capítulo II está dedicado a la postura de los Estados y de las empresas ante la minería espacial. En él se presta especial atención, por un lado, a la regulación de la explotación de los recursos espaciales contenida en la *United States Commercial Space Launch Competitiveness Act* y la Ley luxemburguesa sobre la explotación de los recursos espaciales, dos ejemplos de legislaciones nacionales que permiten e impulsan dichas actividades a nivel nacional. Por otro lado, se analizan también las principales actividades en este contexto de las agencias espaciales y las empresas privadas.

El Capítulo III explora los posibles efectos de la explotación de los minerales en los cuerpos celestes en la economía global y se utiliza como referencia el régimen jurídico de la explotación de los recursos de la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos. A su vez, el Capítulo IV profundiza en la regulación jurídica del espacio ultraterrestre por el *Corpus Iuris Spatialis* y el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad. A continuación, el Capítulo V expone las lagunas jurídicas que todavía existen en

la regulación de las actividades del espacio ultraterrestre y que se hacen cada vez más patentes con el desarrollado de nuevas actividades: la delimitación entre el espacio aéreo y espacio ultraterrestre, la propia de definición de objeto espacial, o el estatus jurídico del turista espacial.

El Capítulo VI explora propuestas jurídicas para la solución de problemas y controversias en este ámbito. Se recoge así la reivindicación por parte de la comunidad internacional a favor de la creación de organismos internacionales que controlen el buen uso del espacio ultraterrestre. El autor propugna en este sentido la creación de una Organización Internacional del Espacio «que se ocupe de conjugar en su seno los distintos intereses estatales públicos y privados con la permanente custodia de los superiores intereses de la comunidad internacional» y «que puede en su seno ir cubriendo las lagunas jurídicas existentes y logre regular en beneficio de todos la explotación, uso y comercialización de los recursos existentes en el espacio ultraterrestre» (pp. 117-118). También se recuerda la contribución a este ámbito de los trabajos del Comité de ética en la investigación científica y tecnológica (COMEST) de la UNESCO. Por último, el autor defiende, a falta de nuevos desarrollos institucionales, la utilización de las fórmulas existentes para la resolución de conflictos que con seguridad irán surgiendo, entre las cuales considera al arbitraje internacional y, en particular, a la vía que ofrece la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, como una de las más apropiadas, por su funcionamiento operativo y eficaz, y por contar con árbitros especializados.

El libro termina con unas reflexiones sobre los desafíos del *New Space* y un análisis de la contribución a este debate del Grupo Internacional de Trabajo para la Gobernanza de los Recursos Espaciales. El autor concluye llamando la atención «sobre la perentoria necesidad de controlar las actividades de los Estados y

las empresas en el espacio ultraterrestre en un marco de cooperación internacional teniendo en cuenta los requerimientos del Derecho internacional con el fin de evitar un menoscabo de los recursos existentes en el espacio y que estos puedan servir para la comunidad internacional en su conjunto, sin discriminaciones por razón de capacidad tecnológica o del criterio de orden de llegada» (p. 144).

Esta obra evidencia además el enorme bagaje teórico y práctico del Profesor Juan Manuel de Faramiñán Gilbert en

el ámbito del Derecho del espacio ultraterrestre, del cual se ha convertido en un referente indiscutible. Estamos, por tanto, ante una monografía que se ocupa, didáctica y autorizadamente, de una cuestión de máxima actualidad y proyección jurídica, y que será sin duda uno de los grandes desafíos a los que tenga que hacer frente el Derecho internacional público en los próximos años.

L. MOVILLA PATEIRO

Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.09>

DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (dir.) y ELVIRA BENAYAS, M. J. (coord.), *Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 367 pp.

La trascendencia de los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) y la indudable mejora que han supuesto en las soluciones de las situaciones privadas del tráfico externo, ha ido unida a la paralela complejidad de la arquitectura que introducen en el sistema, apreciable tanto desde una perspectiva académica como en su aplicación por los operadores jurídicos. Sobre esta base se articulan los relevantes trabajos comprendidos en la presente publicación, broche final del IV Seminario de la AEPDIRI (2019) organizado por los miembros del área de DIPr de la Universidad Autónoma de Madrid como foro de diálogo entre especialistas académicos y del ámbito de la práctica para abordar ciertos temas especialmente complejos que plantea la aplicación de las soluciones del sistema español de DIPr en general y de sus instrumentos comunitarios en particular. La amplitud de este objeto incide en la diversidad de las materias y temas abordados en los trabajos de esta obra, de ahí la acertada articulación de su estructura en cuatro bloques (aunque de dispar extensión) de acuerdo con los sectores del DIPr, a los que se añade un espacio para abordar los conflictos internos.

El primer bloque, «Competencia judicial internacional. Proceso. Procedimientos europeos», recoge la ponencia de Mayte Echezarreta Ferrer, «El Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo. Catorce años de aplicación en España», donde, a través del riguroso análisis de la práctica judicial española, constata el escaso rendimiento de este Reglamento que, unido a su indudable utilidad, le lleva a proponer un conjunto de interesantes medidas para rentabilizar su aplicación. En este primer bloque también se integra la comunicación de Alfonso Ortega Giménez «La necesaria cohabitación entre el Reglamento “Bruselas I bis” y el Reglamento General de Protección de Datos de la UE»; la de Clara Isabel Cordero Álvarez, «Cuestiones de competencia judicial internacional en el ejercicio de acción revocatoria en la Unión Europea»; y la de Raúl Lafuente Sánchez, «La armonización de los plazos de prescripción en las reclamaciones derivadas de accidentes de tráfico transfronterizos: una prioridad para facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos en el espacio judicial europeo».

El segundo bloque, «Reconocimiento, ejecución y efectos», recoge la po-

nencia de Federico F. Garau Sobrino, «El laberíntico sistema español de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras», en la que, como su título avanza, expone, con gran sutileza, los problemas de colisión derivados de la multiplicidad de normas que han de ser aplicadas por los operadores jurídicos sobre validez extraterritorial de resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil. En este bloque se comprenden también las comunicaciones de Elena D'Alessandro, «La circulación en Europa de los “divorcios privados”», y la de Cecilia Rosende Villar, «Plazo de ejecución de las resoluciones extranjeras (Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, C-379/17, asunto *Al Bosco*)».

El tercer bloque, «Derecho aplicable y cuestiones vinculadas», el de mayor amplitud, integra dos ponencias. La primera de Stefania Bariatti, «Party autonomy and internationality of the legal relationship: recent developments in the case law of the EU Court of Justice on the European Private International Law Regulations», realiza un interesante análisis basado en la jurisprudencia del TJUE sobre la posibilidad de que las partes puedan accionar, a través de la autonomía de la voluntad que permiten los Reglamentos europeos, en la internacionalidad de una situación privada. La segunda, de Francisco Javier Pereda Gámez, «Problemas prácticos sobre ley aplicable en Derecho de Familia. Estudio de algunos casos resueltos por la Audiencia Provincial de Barcelona», aborda un análisis práctico sobre la problemática judicial que plantea la delimitación de la ley aplicable de acuerdo con los instrumentos de DIPr europeos relativos a las relaciones familiares internacionales. Este bloque integra también la comunicación de Briseida Sofía Jiménez Gómez, «Localización de patentes, marcas y derechos de autor a efectos del concurso internacional»; de Omar Vanin, «Choice of law under the Rome III regulation when litigation is

pending: the Italian experience»; la de David Carrizo Aguado, «Las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal: cuestiones de ley aplicable»; de Jorge Erazo Robles, «Nota al estatuto de prioridad y propiedad “frente a terceros”. Puntos de conexión en la Propuesta de Reglamento (UE) sobre ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos», y la impartida por Lucas Andrés Pérez Martín, «La residencia habitual en el nuevo derecho económico europeo de familia a la luz de la Jurisprudencia del TJUE de 2018».

El cuarto bloque, «Derecho internacional privado europeo y conflictos internos», integra la ponencia de Juan José Álvarez Rubio, «Derecho de sucesiones: la compleja interacción entre la dimensión transfronteriza y los conflictos internos. Especial referencia a la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco», donde expone la profunda renovación que requiere el sistema español de Derecho interregional para superar las ineficientes respuestas de un sistema de conflictos de leyes interno, actualmente condicionado por el proceso de europeización del DIPr. Este bloque integra además la comunicación de Mercedes Soto Moya, «La aplicación del Derecho español a la determinación del régimen patrimonial de las parejas registradas: una cuestión controvertida», así como la de Anna Wysocka-Bar, «Four years of the application of the EU Succession Regulation. A view from Poland».

La relevancia y rigor de estos trabajos, unido a su enriquecedor intercambio de conocimientos teórico-prácticos, permiten destacar que nos encontramos ante una obra de calidad y referencia desde una perspectiva teórica, como de imprescindible consulta para los operadores jurídicos.

M. Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ
Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.10>

GARCÍA MARTÍN, L., *Transitional Justice, Corporate Accountability and Socio-Economic Rights. Lessons from Argentina*, Nueva York, Routledge, 2020, 232 pp.

Aunque puede retrotraerse al final de la Segunda Guerra Mundial, la justicia transicional ha cobrado especial protagonismo en los procesos de paz y transición democrática a partir del final de la Guerra Fría. Los postulados de verdad, justicia, reparación y reforma institucional forman parte ya del corpus jurídico internacional exigible en estos procesos, si bien las dificultades prácticas para su efectiva consecución en la mayoría de las realidades post-conflicto son evidentes. También son diversas las fórmulas para alcanzar aquellos objetivos, sin que el Derecho internacional exija procedimientos tasados a tal efecto. En cambio, sí pareciera que el alcance de la verdad, justicia, reparación y reforma exigibles deba circunscribirse únicamente a las vulneraciones más graves de derechos humanos —los crímenes contra la humanidad— y del derecho humanitario, en su caso —crímenes de guerra— cometidas por los Estados. Y, por tanto, al ámbito de los llamados derechos civiles y políticos.

Laura García Martín propone en su monografía una doble ampliación del alcance de los procesos de justicia transicional: a las empresas privadas, por un lado, y a los derechos socioeconómicos, por otro. La obra se basa en la tesis doctoral de la autora, dirigida desde las Universidades de Sevilla y Amberes por los Profesores Carmen Márquez y Wouter Wandenhole, y sigue una sistemática perfectamente coherente y apta para llevar al lector desde el planteamiento del objeto de investigación hasta sus conclusiones.

En efecto, la monografía se divide en tres partes y seis capítulos, dos para cada parte. En la primera parte se aborda la relación entre justicia transicional y derechos socioeconómicos. Si el primer capítulo es en esencia un repaso de las

bases actuales del paradigma de la justicia transicional, aunque ya apuntando que no existe un único modelo de justicia transicional, el segundo explora hasta qué punto los derechos socioeconómicos han tenido alguna virtualidad en esos procesos. En este punto constatamos que si algún derecho social ha tenido incidencia en estos contextos han sido los derechos humanos *en* el trabajo y, en particular, los vinculados a la libertad de sindicación o al derecho de huelga. Ello no resulta sorprendente habida cuenta de que, aún ubicados en el ámbito laboral, son derechos de naturaleza eminentemente política. En cambio, la vulneración masiva del derecho a la educación o del derecho a la salud (o del derecho *al* trabajo), por mencionar derechos que en el sistema universal de derechos humanos se consideran sociales, no han tenido ninguna acogida en los procesos de justicia transicional.

La segunda parte se adentra en las virtualidades de la responsabilidad corporativa en los procesos de justicia transicional. Se analiza en profundidad el estado del arte sobre la responsabilidad corporativa por vulneraciones de derechos humanos, con especial referencia a los Principios Ruggie, y se ponen de manifiesto las dificultades de exigir dicha responsabilidad en el plano internacional, debido entre otras cosas a la falta de subjetividad internacional de las empresas transnacionales, al carácter de *soft law* de sus obligaciones en materia de derechos humanos y a su inimputabilidad en Derecho penal internacional (y, a menudo, en Derecho penal nacional). Con todo, el cuarto capítulo aborda experiencias, no especialmente numerosas, en que el mundo empresarial ha formado parte de estrategias de justicia transicional, sobre todo como contribución al esclarecimiento de la «verdad», mucho

menos en la consecución de los demás objetivos de los procesos transicionales.

En la última parte de la obra, la autora aborda un singular caso de estudio, el de la dictadura argentina de 1976-1983 y sus secuelas. Singular por muchos motivos (entre otras cosas por la gravedad de las violaciones de derechos humanos cometidas por la Junta, particularmente respecto de las personas desaparecidas), aunque creo especialmente destacable el hecho que su «justicia transicional» no se circunscriba a un periodo limitado en el tiempo, inmediatamente posterior a la recuperación de la democracia, sino que, con distintos vaivenes, haya ido evolucionando y adaptándose a las demandas sociales y al progreso del Derecho internacional a lo largo de más de tres décadas. Pues bien, tras relatar en el quinto capítulo los años de la dictadura, haciendo especial alusión a la violación de los derechos de los trabajadores y la complicidad de algunas empresas en ella, el último capítulo desgrana las distintas iniciativas de verdad y justicia desplegadas en este pe-

riodo y la incidencia que en ellas tuvo la responsabilidad corporativa por violaciones de los derechos de los trabajadores, particularmente de carácter sindical.

En perspectiva, tanto en el caso argentino como en otros citados a lo largo de la obra podría argüirse que la asunción de responsabilidad por parte de compañías concretas (o más bien de sus dirigentes) ha sido marginal en comparación con la de los grandes perpetradores, los gobernantes de turno. O que los derechos sociales concretos por los que se ha reclamado esa responsabilidad con algún éxito han sido escasos. Sin embargo, todas esas experiencias sirven como hitos tendentes a ir cubriendo los aún demasiado amplios espacios de impunidad que suelen imperar en los procesos transicionales. Y la monografía de Laura García contribuye a tal finalidad con brillantez expositiva, rigor académico y pasión por los derechos humanos.

J. SAURA ESTAPÀ

Universitat de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.11>

GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020, 172 pp.

Pese a reconocer su dificultad, el Profesor Gutiérrez Espada estima completamente necesaria e inevitable la paulatina y progresiva elaboración de una regulación internacional de las actividades en el ciberespacio, que inevitablemente contemple ajustes en las normas vigentes en este ordenamiento jurídico en relación con ciertas cuestiones. Una de ellas debería ser, sin duda, la responsabilidad internacional por el uso de la fuerza que las actividades ciberespaciales generen, ajustándose a la conformación tecnológica y contextual de estas actividades. Esta es la principal conclusión a la que llega el autor en esta breve, aunque magnífica, monografía sobre la responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio.

Tras una introducción en la que analiza, de forma general, el ciberespacio, el Manual de Tallin 2.0 y la cuestión de si existe o no vacío jurídico sobre esta responsabilidad; entra en el fondo de la temática en el Capítulo I, exponiendo de forma crítica la regulación sobre el uso de la fuerza y la legítima defensa que realiza dicho manual. A continuación, en el Capítulo II se detiene en los criterios de atribución, la complicidad, las causas de exclusión de la ilicitud, prestando especial atención al siempre complejo tema de las contramedidas.

Si bien sobre el tema de la responsabilidad internacional el Profesor Gutiérrez Espada nos ha deleitado con abundantes trabajos, aplicar dicha responsabilidad al ciberespacio resulta novedoso, aunque

no exento de dificultades, en particular, por el difícil ajuste entre los principios tradicionales del Derecho internacional que rigen el ejercicio del poder estatal dentro y fuera de su territorio y la regulación de un ciberespacio desterritorializado. Para vencer estas dificultades, propone seguir un camino progresivo, análogo al que la comunidad internacional recorrió en relación con las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre: Primero, la adopción de una Declaración de principios por la AG y, posteriormente, su formalización gradual a través de un Tratado internacional. Dudamos, sin embargo, que en el momento presente exista dicha voluntad en la comunidad internacional. De la práctica reciente, parece deducirse más bien la preferencia de los Estados interesados por mantener el silencio y la ambigüedad en relación con sus posiciones jurídicas. Ya sea por el alto grado de incertidumbre que rodea el régimen jurídico de esta responsabilidad, lo cual les lleva a dudar que las Reglas de Tallin protejan adecuadamente sus intereses a largo plazo; o bien a una deliberada política diplomática dirigida a evitar que un alto grado de transparencia exponga sus vulnerabilidades, afectando negativamente a sus capacidades ofensivas o defensivas, debilitando su poder de disuasión... Sea como fuere, lo cierto es que los Estados parecen preferir reaccionar de forma encubierta. E incluso aquellos que pueden estar interesados en confiar en dichas Reglas evitan hacerlo públicamente, en ausencia de procesos creíbles, realistas y efectivos para asignar responsabilidad internacional. Parece cierto, sin embargo, que a medida que continúen siendo víctimas de actividades cibernéticas difícilmente atribuibles a un determinado Estado y las reglas sobre no intervención y diligencia debida no permitan al Estado víctima una acción efectiva de respuesta, la presión sobre los factores de atribución aumentará para hacerlos más flexibles, permitiendo el desarrollo de nuevas normas internacionales que rijan la responsabilidad in-

ternacional por las ciberoperaciones. Por ello, creemos que tiene razón el autor al proponer la elaboración de un Tratado, el cual dotaría a este tema de la previsibilidad y la seguridad jurídica de la que hoy carece.

Entre los ajustes que propone realizar a las normas vigentes sobre responsabilidad internacional, creemos destacable: el abandono del criterio del control efectivo para las actividades en el ciberespacio, acogiendo, en su lugar, el criterio del control general o global. No cabe duda de que las peculiares características del ciberespacio casan mal con los criterios vigentes de atribución, en particular, con este criterio del control efectivo que la CDI acogió en sus artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado cuando el ataque procede de un actor privado, impidiendo que el mero estímulo o apoyo por parte de un Estado a las acciones de dicho actor sean suficientes para lograr la atribución del hecho ilícito. También propone ajustar las normas sobre debida diligencia en el sentido de considerar responsable al Estado, no solo de su propia negligencia, sino también de lo que con ella origine, aunque los hechos fueran cometidos por otros. Además, plantea crear una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual el Estado, desde cuyo territorio o instalaciones proceda un ciberataque, sería responsable de dicho ataque y de sus consecuencias, salvo que lo ignorara o actuara con la máxima diligencia: a saber, avisó al Estado afectado e hizo todo lo posible por evitarlo; lo reconoció como ilegítimo e intentó detener sus daños; y, finalmente, hizo todo lo posible por tener un sistema seguro que permita impedir dichos ataques... Este último es, sin duda, la condición más compleja al resultar bastante dudoso que los Estados con escaso desarrollo tecnológico puedan cumplir con este estándar de diligencia debida.

Son algunas otras las cuestiones sobre responsabilidad internacional que el Profesor Gutiérrez Espada aborda

de forma excelente, desarrollando una vez más su destreza en este tema con una gran exposición de jurisprudencia y doctrina, aunque el limitado espacio nos impide siquiera reseñar. Digamos para concluir simplemente que, como es habitual en el autor, estamos ante una investigación rigurosa, pese a su brevedad, y muy oportuna en el tiempo, que

incorpora bastantes claves para intentar comprender mejor los múltiples problemas que genera la responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio.

J. M. CORTÉS MARTÍN

Universidad Pablo de Olavide

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.12>

ÍÑIGO ÁLVAREZ, L., *Towards a Regime of Responsibility of Armed Groups in International Law*, Cambridge, Intersentia, 2020, 247 pp.

Hace tiempo que la cada vez más relevante participación de actores no estatales en la sociedad internacional viene poniendo en jaque el estatismo característico del Derecho internacional público y, en consecuencia, alimentando las discusiones doctrinales sobre cómo encajar su comportamiento en el ordenamiento jurídico internacional, en particular cuando lo contravienen. La obra de Laura Íñigo entra de pleno en ese debate, con una propuesta bien fundamentada que constituye una importante contribución al desarrollo de normas jurídicas sobre la responsabilidad internacional de actores no estatales. Bien es cierto que la autora juega en gran medida sobre seguro, pues circunscribe su estudio a los *grupos armados*, que define como aquellas entidades colectivas que luchan contra un gobierno u otros grupos armados en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional. Se centra, por tanto, en entidades que tienen reconocida cierta personalidad jurídica internacional, aunque sea limitada, que se manifiesta no solo en la atribución de ciertas obligaciones (sobre todo en el Derecho internacional humanitario), sino incluso en la posibilidad de celebrar algunos tratados internacionales, como los acuerdos de paz. Sin embargo, la empresa que acomete no está exenta de dificultades, aunque Íñigo las afronta con solvencia en esta obra, de lectura ágil y con una estructura muy acertada que facilita el seguimiento de tan complejo tema.

Dos son las grandes cuestiones que mueven esta investigación: 1) si es necesario que exista un régimen de responsabilidad internacional que se ocupe de las violaciones cometidas por grupos armados en tanto que tales (una responsabilidad, por tanto, *colectiva*, noción sobre la que la autora asienta el andamiaje de su argumentación), y 2) cómo puede ser atribuida la responsabilidad a tales grupos y qué consecuencias se derivan de ello. La respuesta de Íñigo a la primera cuestión es afirmativa: tras demostrar en el Capítulo II que existen incoherencias entre la atribución de obligaciones jurídicas internacionales al grupo como tal y la tendencia, empero, a exigir responsabilidad a sus miembros a título individual, aboga por la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad internacional de los grupos armados. A tal fin, propone dos alternativas: bien expandir el alcance de las normas de Derecho internacional penal para cubrir su responsabilidad colectiva o bien establecer un régimen de responsabilidad internacional específico para los grupos armados. La autora se decanta por esta segunda opción, una decisión valiente por ser la más difícil y, en mi opinión, acertada, pues permite un tratamiento coherente de la responsabilidad de los entes con personalidad jurídica internacional y elude las limitaciones del Derecho internacional penal, donde tradicionalmente se ha admitido una cierta responsabilidad colectiva, plasmada en la doctrina de la

empresa criminal conjunta —no exenta de criticismo (de hecho, reemplazada en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional por la teoría del dominio del hecho en pro de una mejor determinación del grado de participación individual de los intervinientes en un crimen)—, pero que tampoco arroja soluciones plenamente satisfactorias.

Sobre esta base, la autora pasa a abordar la cuestión de cómo atribuir responsabilidad a los grupos armados. Pero antes de entrar en cuestiones sustantivas, su rigor intelectual se hace patente en su preocupación por identificar la metodología adecuada para elaborar su propuesta, a lo que dedica un espléndido (y poco habitual) Capítulo III. En él examina la metodología seguida por la CDI para elaborar sendos proyectos de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado y de las organizaciones internacionales, y defiende el uso de la analogía para abordar la responsabilidad de los grupos armados, sin eludir los inconvenientes de esta técnica, que, para la determinación de las normas aplicables, requiere introducir ajustes a partir de la práctica de estos grupos en la materia, la cual resulta ser muy limitada. Ello provoca que también el recurso a las fuentes normativas clásicas encuentre límites, por lo que Íñigo se detiene a explorar otras posibles fuentes con cierto valor normativo, discutiendo el papel de estos grupos en la formación de la costumbre y la utilidad de la práctica en esta materia de órganos internacionales no judiciales.

Con estos mimbres, la autora procede a extraer en el Capítulo IV los principios de atribución que podrían aplicarse a

entidades colectivas (atribución basada en la conducta de los órganos y agentes de la organización, o en la conducta de otros particulares o entidades bajo la dirección y el control de la organización, o en el reconocimiento de la conducta como propia por la organización) para, acto seguido, discutir los ajustes necesarios para dar respuesta a una de las principales dificultades que plantean los grupos armados: la disparidad de sus estructuras, que inevitablemente condiciona la aplicación de los criterios de atribución, y que Íñigo aborda con detalle para darle respuesta.

El último gran tema es el de las consecuencias jurídicas de establecer la responsabilidad de los grupos armados, cuyo análisis (Cap. V) se centra en la obligación de reparar, que —concluye— requiere desarrollo progresivo del Derecho internacional. Por mantener la coherencia metodológica, tal vez habría sido oportuno profundizar en la discusión sobre si la cesación y las garantías de no repetición son formas ampliadas de reparación u obligaciones autónomas, siguiendo la posición de la CDI, y sus implicaciones respecto de la responsabilidad de los grupos armados. Con todo, como la propia autora apunta en el Capítulo VI, de conclusiones, la obra no pretende agotar el tema. Sin duda, su análisis del estado de la cuestión y, sobre todo, sus propuestas sobre atribución de responsabilidad a grupos armados sientan unas bases sólidas para futuras investigaciones en la materia.

R. A. ALIJA FERNÁNDEZ

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.13>

JIMÉNEZ BLANCO, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) núm. 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 407 pp.

La complejidad del estudio de la regulación de los regímenes matrimoniales es de sobra conocida: se trata de una

realidad en la que concurren distintos planos personales (*ad intra*, entre cónyuges, y *ad extra*, de estos con terceros) y

temporales (antes, durante y tras el matrimonio). Ello implica atender a cuestiones que van más allá de la regulación del régimen aplicable a un matrimonio pues junto a estas reglas pueden concurrir otras que de naturaleza contractual, concursal, sucesoria, registral, etc. Esta dificultad se multiplica exponencialmente cuando dichas relaciones presentan algún elemento transfronterizo. La obra de la Profesora Jiménez Blanco aborda con soltura esta complejidad a partir del estudio del Reglamento (UE) 2016/1103. No se trata de un comentario de su articulado, sino de una visión de conjunto de la regulación de los regímenes matrimoniales internacionales. Ello le permite poner en relación las soluciones del Reglamento con otros textos europeos —en materia de familia [v. gr. Reglamento (CE) 2201/2003, Bruselas II bis; Reglamento (UE) 1259/2010, Roma III; Reglamento (CE) 4/2009, de alimentos; Reglamento (UE) 650/2012, de sucesiones] y de Derecho patrimonial [así, el Reglamento (UE) 1215/2012, RBI bis; los Reglamentos (CE) 593/2008 y (CE) 864/2007, Roma I y Roma II, o el Reglamento (UE) 2015/848, de insolvencia] —o con normas de fuente interna—, bien para analizar su relación (así en los «conflictos internos»), bien para completar las cuestiones que quedan fuera del Derecho de la UE (como la capacidad).

Resulta llamativa la estructura del libro, que se aleja de la del Reglamento, comenzando con cuestiones de ley aplicable al régimen económico matrimonial, en una extensa primera parte, a la que sigue una segunda, más corta, dedicada a los «litigios relativos al régimen económico matrimonial», en la que se abordan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones. Para la autora, el carácter esencialmente regulador del sistema rector del régimen económico matrimonial y el impacto que la ley aplicable tiene sobre la competencia judicial en esta materia justifican dicha opción.

Como no podía ser de otro modo, el trabajo parte de la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento, identificando los criterios de aplicación frente a otros textos europeos o nacionales. Sigue entonces un análisis detallado de las soluciones de ley aplicable, así como del alcance de la autonomía conflictual y material dentro del Reglamento (UE) 2016/1103. Las reglas se presentan a partir de los principios rectores del Reglamento, *i. e.* seguridad jurídica y previsibilidad, incidiendo en aquellos aspectos cuya regulación parece menos evidente a la luz de dichos principios (así, p. ej., respecto de la elección tácita de ley). Resulta ilustrativa la sección dedicada al ámbito de aplicación de la ley rectora, que permite a la autora diseccionar los supuestos vinculados con otras normas y poner de manifiesto la complejidad del sistema conflictual y la *vis attractiva* de algunos textos europeos respecto del Reglamento (UE) 2016/1103. El análisis de estas reglas concluye con el estudio de la dimensión externa del régimen económico, tanto de la regla de protección de terceros del art. 28 como de las cuestiones registrales, cuya complejidad (y lagunas) en supuestos transfronterizos queda(n) en evidencia. Finalmente, se aborda en esta parte la relación del Reglamento con el Derecho interregional. La Profesora Jiménez Blanco ofrece una lectura interesante de las posibles soluciones, que seguro ayudará al pendiente debate en España sobre este punto.

La segunda parte analiza las cuestiones procesales. Es muy clara e incisiva la delimitación del ámbito de aplicación de las reglas del Reglamento respecto de otros Reglamentos europeos en materias vinculadas con (la liquidación *d*) el régimen económico (*v. gr.* alimentos, sucesiones o insolvencia) al tiempo que constata la *vis attractiva* que estos textos pueden tener respecto de las reglas del Reglamento (UE) 2016/1103. Queda también patente cómo el legislador persigue una sincronización *fórum-ius*, y entre

textos europeos; al tiempo que se identifican incoherencias y posibles soluciones a esta concurrencia (así, en materia sucesoria o crisis matrimonial). El análisis de las reglas procesales se cierra con un breve estudio de las soluciones de litispendencia y conexidad y una rápida presentación de las reglas de reconocimiento y ejecución. Las conclusiones finales recapitulan en 20 puntos los elementos esenciales del libro.

Como todos los trabajos de la Profesora Jiménez Blanco, se trata de un estudio riguroso a la par que muy didáctico. A ello contribuyen los apoyos jurisprudenciales (europeos, españoles o extranjeros) así como los numerosos ejemplos que se introducen a lo largo del texto. Pero la aparente sencillez no debe esconder la profunda reflexión realizada sobre las cuestiones más complejas que plantea el Reglamento. En este sentido puede indicarse cómo identifica sus lagunas (así, en materia de consentimiento para capitu-

lar, o respecto de la litispendencia en relación con terceros Estados). Igualmente valioso es el esfuerzo por ofrecer una lectura de las reglas de protección de terceros en un marco de dispersión registral y divergencia entre las regulaciones estatales. O el constante ejercicio de delimitación entre categorías y las normas a ellas aplicables (tanto en sede de ley aplicable como de competencia judicial internacional). Con todo, la Profesora Jiménez Blanco no se limita a realizar un ejercicio academicista, sino que ofrece puntos de «recapitulación práctica» o avisos para quienes necesiten aplicar estas reglas, así como algunas sugerencias para la reforma o actualización de la normativa española. Todo ello hace de este trabajo una referencia imprescindible para quienes quieran adentrarse en los regímenes económico-matrimoniales transfronterizos.

E. RODRÍGUEZ PINEAU

Universidad Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.14>

LARA AGUADO, A. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 837 pp.

Si comenzamos por lo obvio, hay que decir que una obra como la reseñada, que, pese a centrarse en un solo instrumento europeo, aborda tantos y tan diversos temas y lo hace con rigor y profundidad, no va a obtener en estas brevísimas páginas la crónica que merece. En vista de que la sola mención de los títulos de las contribuciones reunidas en el libro y de los autores que las firman ocuparían el espacio concedido, las analizaremos de manera agrupada siguiendo la estructura, también compartimentada, de la obra.

Tras una introducción a cargo de la directora de la publicación —que vale la pena leer, porque, además de presentar los trabajos que se hallarán a continuación, resume, con una apelación constante a la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea (TJUE), los principales debates que, por ahora, ha suscitado la interpretación del Reglamento—, el lector encuentra un primer capítulo dedicado a la dimensión procesal del instrumento. Antes de entrar propiamente en ella, esta primera sección incluye el estudio (Echezarreta) de una doble delimitación conceptual que ha ocupado mucho al Tribunal de Justicia: por una parte, la precisión de la categoría «sucesiones por causa de muerte», al objeto de perfilar del ámbito material de aplicación del Reglamento con respecto al de otros textos europeos o nacionales; por la otra, el deslinde entre las autoridades que son consideradas como «tribunales» en el sentido del Reglamento y las que no lo son, determinando la sujeción de las primeras a las reglas de competen-

cia judicial del mismo. Esta última discusión sirve de enlace con las otras tres cuestiones procesales abordadas en este capítulo del libro: la competencia internacional de los notarios españoles para la expedición de certificados nacionales con repercusión transfronteriza (Rueda), el lugar de situación de los bienes relictos como criterio en el que basar la competencia internacional de los «tribunales» para conocer de las reclamaciones relativas a toda la herencia o a la parte de ella situada en el Estado del foro (Lorente) y la problemática inherente a la *interpellatio in iure* cuando esta tiene que ser notificada en el extranjero (Marchal).

El siguiente capítulo, tocante al Derecho aplicable, es el más compacto del libro. Si partimos de la premisa de que el despliegue normativo que el Reglamento 650/2012 consagra a la determinación de la ley aplicable es el más extenso y complejo de todo el instrumento y de que un comentario detallado de cada uno de sus preceptos exigiría un volumen casi del grosor del que es motivo de la presente reseña, se entiende por qué un tratamiento adecuado de este sector del Derecho sucesorio internacional en poco más de 200 páginas es digno de encomio. En efecto, el lector interesado encontrará en este apartado una panorámica general del Capítulo III del Reglamento (Calvo Vidal), a la que siguen un examen pormenorizado de las dos principales conexiones empleadas por el instrumento: la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (Carrascosa) y la voluntad del *de cuius* (Ybarra); aunque, en este último caso y debido a la profusa y controvertida jurisprudencia registral sobre este punto, el estudio se limita a la designación tácita de ley realizada al amparo del régimen transitorio del Reglamento. El tratamiento de estas cuestiones centrales es complementado con la exposición de la problemática que, en la regulación conflictual de las sucesiones, encierran, por un lado, la determinación de la ley aplicable a los derechos suce-

sorios del cónyuge superviviente (Moreno) y, por el otro, la concreción del Derecho aplicable en los casos de remisión a un ordenamiento plurilegislativo (Font).

En los dos siguientes bloques temáticos, que abarcan más de la mitad de la obra, se pone de manifiesto una de las características más notables del Reglamento 650/2012, que es su inigualable capacidad de integrar a todos los operadores jurídicos concernidos por las sucesiones internacionales. Desde el DIPr se ha tenido siempre muy claro que, para el desarrollo pleno y armónico de nuestra disciplina, es indispensable, por un lado, la estrecha colaboración con especialistas de ramas jurídicas colindantes y, por el otro, una continua transferencia de conocimiento, información y experiencia entre el mundo académico y el profesional. El Reglamento de Sucesiones ha tenido la virtud de haber mostrado, como ningún otro texto lo había hecho con anterioridad, la necesidad de estas interrelaciones, de las que son prueba el trabajo sobre el Certificado Sucesorio Europeo (García Amezcua), la aproximación al instrumento desde una perspectiva notarial (Díaz Cadórniga) o registral (Jiménez Rubio), así como el ensayo de viabilidad de un Registro Europeo de Actos de Última Voluntad (San Román). Por su parte, la cuarta sección del libro es donde se exponen los problemas que puede causar la aplicación del Reglamento 650/2012 a la sucesión de causantes extranjeros residentes en España; analizando, a este fin, las particularidades de sus ordenamientos nacionales, tanto si se trata de extranjeros —anglosajones (Checa), alemanes (Albiez), franceses (Palazón) o marroquíes (Lara)— cuyas sucesiones son discutidas con relativa frecuencia en la práctica española, como si es el caso de extranjeros con una notable presencia en nuestro país —como acontece con los rusos (Sviridovitch; Lara y Anisimova) o los cubanos (Núñez)—, aun cuando, por ahora, sus litigios sucesorios no se hayan visto reflejados en la jurisprudencia.

La última parte del libro aborda la tributación de las sucesiones internacionales (Gómez; Caro). Más allá del eterno debate acerca de si el Derecho fiscal internacional forma parte —o no— del contenido del DIPr, cosa que solamente es entendible desde una concepción amplísima de la materia, lo cierto es que, actualmente, nadie se plantea un análisis global de las sucesiones transfronterizas sin estudiar, junto a sus dimensiones sustantiva e internacionalprivatista, la vertiente tributaria de las mismas. Esta manera de enfocar la materia, que goza de una consolidada tradición en los siste-

mas anglosajones y centroeuropeos, parece haber llegado asimismo a España, lo cual no puede más que ser saludado con entusiasmo.

Para concluir, no nos queda sino aconsejar la lectura del libro recensionado a los juristas interesados en estos temas. Por más que sea una obra extensa y especializada, su lectura es fluida y, sin duda, recompensa con creces el esfuerzo invertido.

J. M. FONTANELLAS MORELL
Universitat de Lleida

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.15>

MILANO, V., *The human rights-based approach to human trafficking in international law: an analysis from a victim protection perspective*, Madrid, Marcial Pons-AEPDIRI, 2020, 409 pp.

La monografía de Valentina Milano aborda uno de los problemas que de forma más directa y dramática afecta hoy en día a la protección de los derechos humanos, a pesar del anacronismo que la esclavitud supone y con la que, como bien apunta la Profesora Huesa en su prólogo, la trata de seres humanos está íntimamente emparentada.

La trata se ha convertido en el tercer negocio criminal más lucrativo a nivel mundial. Lejos de disminuir su presencia —lo que podría constatar la efectividad en el tratamiento jurídico internacional pactado por los Estados—, aumenta y diversifica sus manifestaciones, su crueldad y su flagrante violación de los derechos más esenciales de la persona. La respuesta que el Derecho internacional contemporáneo ha ofrecido a este fenómeno no deja de ser insuficiente pues, entre otros aspectos, ha estado tradicionalmente presidida por una perspectiva casi exclusivamente punitiva.

Son muchas e importantes las carencias que presenta el tratamiento jurídico internacional de este fenómeno criminal. Y son muchas en particular las que reü-

ne el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Adicional al Convenio de Palermo sobre criminalidad internacional organizada, que lo aborda desde una óptica puramente represiva, primando la seguridad de los Estados y el blindaje de estos ante la circulación ilegal de personas frente a la protección de las víctimas, cuyos derechos escasamente considera antes, durante y después del hecho constitutivo del tráfico. Precisamente desde esa perspectiva, la protección de las víctimas, aborda el presente trabajo esta lacra del siglo XXI. Está, pues, sobradamente justificada la necesidad del estudio que la Profesora Milano nos ofrece en este libro, resultado de su conocimiento de primera mano del problema por su trabajo junto a la Relatora Especial de Naciones Unidas para la trata, pero también por la investigación desarrollada en su excelente tesis doctoral que solo parcialmente recoge este libro. La tesis, cuyo tribunal tuvo el honor de presidir, no solo obtuvo la máxima calificación académica, sino que mereció el premio AEPDIRI Adolfo Míaja de la Muela a la mejor tesis doctoral en Derecho internacional públi-

co en 2020. La publicación que aquí comentamos es precisamente el resultado de ese galardón, un volumen cuya calidad ha quedado corroborada por el jurado que valoró dichos premios.

Las reflexiones de la Profesora Milano se articulan en torno a cuatro grandes capítulos. En el primero de ellos, a efectos de inmersión en el tema de estudio, la autora nos propone las premisas metodológicas desde las que abordará los conceptos básicos del objeto de análisis, ofreciendo un recorrido desde el círculo más amplio —el nivel universal y el citado Protocolo adicional— hasta el progresivamente más cercano —el Derecho de la Unión Europea—, pasando por su tratamiento de este problema en el ámbito del Consejo de Europa. En ese recorrido la autora considera de forma crítica no solo los instrumentos jurídicos pertinentes, sino también la jurisprudencia existente en la materia, estableciendo tras este estudio los principios básicos transversales que se deducen del análisis realizado.

El segundo capítulo se centra en la exégesis de la obligación de identificar a la víctima de trata y los elementos que la componen, analizando las deficiencias en la identificación precisa y a tiempo de las víctimas, y enfatizando la necesidad tanto de una aproximación proactiva en este terreno como de una cooperación amplia de los agentes implicados en la misma. Una conclusión a la que llega a partir del estudio de la práctica de los diversos órganos internacionales involucrados en dicha protección, en particular el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el tercer capítulo, nuclear en este estudio, la autora desafía la aproximación tradicional al fenómeno de la trata, donde, como consecuencia del énfasis excesivo en la represión, la víctima es también castigada. Tras desbrozar el contexto internacional contemporáneo en el que se incardina, se estudian las alternativas a la

que constituye casi la única protección contemplada en los instrumentos internacionales existentes: el no enjuiciamiento de las víctimas que, en el mejor de los casos, se encuentra supeditado a la colaboración de aquellas en la persecución de la trata. El derecho a la información, a la asistencia consular; a un periodo de reflexión y recuperación; a la asistencia y la reintegración social; a la privacidad, y a la protección frente a daños ulteriores, son también objeto de análisis.

Por último, el cuarto capítulo sigue la estela del anterior y compone, junto con aquel, la reflexión básica de esta obra respecto de cuáles deben ser los derechos protegidos de la víctima de trata y su extensión, abordando en este caso el permiso de residencia, el derecho a la protección internacional, o el derecho a volver y las garantías sustantivas y procesales de dicho procedimiento.

Finalmente, la obra culmina con unas acertadas conclusiones que sitúan al lector ante la valoración global de la deficiente incorporación de la perspectiva de la víctima y la protección de sus derechos en la actual regulación jurídico-internacional en materia de prevención, represión y protección de la trata de seres humanos (3P), y su significación en relación con la obligación de los Estados de proteger a las víctimas.

Se trata, en definitiva, de una reflexión crítica y sensible de la deficiente protección jurídico-internacional de las víctimas de trata que no se arredra ante los potenciales obstáculos de la lengua (se encuentra escrita íntegramente en inglés), que no dejará indiferente al lector, y que ofrece una excelente visión panorámica de los vacíos de la actual regulación internacional contra el tráfico de personas que todo jurista estudioso del Derecho internacional de los derechos humanos debe conocer.

A. SALINAS DE FRÍAS
Universidad de Málaga

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.16>

MORGADES GIL, S., *De refugiados a rechazados. El sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 494 pp.

La presente monografía está llamada a convertirse en la obra de referencia sobre el *sistema Dublín*, auténtica piedra de toque del Sistema Europeo Común de Asilo. La autora ya había publicado importantes artículos científicos sobre este tema y que la habían consagrado como la experta indiscutible en la materia. La extensión de esta monografía le da la oportunidad ahora de realizar un examen más exhaustivo, que excede del pormenorizado análisis del *sistema Dublín*, para presentar un estudio que va más allá, al tratar de dar respuesta a los retos que enfrenta el ejercicio del derecho de asilo en la UE. La obra se centra en los elementos que condicionan el acceso a algún tipo de protección internacional, tanto en los casos de entrada *de facto* en el territorio o espacios bajo la jurisdicción de un Estado miembro (Parte I); como en aquellos de admisión *de iure* a los efectos de realizar un primer examen de admisión (Partes II y III).

De esta forma, se presenta un sistema lastrado por la concepción originaria de una Política Europea Común de Asilo (Capítulo 1) subsidiaria de la finalidad de alcanzar el éxito en el espacio de libertad de circulación europeo, y con ello, altamente condicionada por el objetivo de controlar la frontera exterior común y la contención de flujos migratorios fuera de espacio compartido. Esta perspectiva reactiva, securitaria y focalizada en la externalización del control y la protección, obliga a detenerse en el estudio de las medidas que impiden u obstaculizan la salida, la llegada o entrada en territorio europeo, y a examinar hasta qué punto estas estrategias dirigidas a reducir la llegada de inmigración irregular, y que condicionan de manera determinante el derecho a pedir asilo y a no ser perseguido, resultan conformes con la protección de los derechos hu-

manos (Capítulo 2). En este contexto, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con relación a casos de retornos colectivos y automáticos o aquellos que se refieren a prácticas de control fronterizo que implican una devolución automática e indiscriminada de grupos de inmigrantes que se encuentran en disposición de acceder a territorio europeo (llamadas devoluciones en caliente) resulta de especial interés.

En la Parte II de la obra se realiza un estudio exhaustivo del *sistema Dublín*. Se parte de un análisis de sus objetivos, evolución y criterios de asignación de la responsabilidad (Capítulo 3), para continuar con el examen del procedimiento (Capítulo 4). La revisión de los criterios nos confirma que se trata de un sistema al servicio de un efectivo control de la frontera exterior común, de tal forma que la determinación de la protección internacional se convierte en una especie de «sanción» para aquellos Estados que «permitieron» la entrada en el territorio nacional del tercer país, en lugar de establecer criterios de reparto equitativos basados en las mejores opciones de integración en alguno de los Estados participantes. En este marco, la autora no pone en cuestión la legitimidad formal del sistema, basada en una interpretación literal del principio de no devolución que permitiría el rechazo a países seguros, pero sí cuestiona la legitimidad sustantiva del mismo, esto es, el principio de confianza mutua de los sistemas de protección internacional de los Estados europeos, ante la falta de una auténtica armonización en cuanto al estatuto de protección, acogida y procedimiento. El resultado es un *sistema Dublín* deslegitimado, inoperante y sumamente injusto, tanto para las personas demandantes como para los propios Estados.

En la Parte III de la obra se analizan las excepciones a la aplicación del sistema Dublín, tanto las derivadas de la condición de Estado seguro (Capítulo 5), como las que surgen de la adopción de medidas de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades (Capítulo 6). Con relación al primer grupo, asistimos a un análisis detallado de la jurisprudencia que ha permitido refutar la presunción de seguridad de los Estados participantes, tanto en lo que respecta al ámbito de aplicación personal, como en lo relativo al riesgo de violación de los derechos humanos en el Estado responsable. En este ámbito, merece especial atención el estudio de las sentencias en las que el TEDH y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han considerado contrario a Derecho la aplicación automática del *sistema Dublín*, en casos de deficiencias sistemáticas en los sistemas de acogida y de procedimiento, así como en supuestos de riesgo de violación de los derechos humanos, por vulnerabilidad especial de las personas demandantes de asilo. Se trata de un diálogo jurisdiccional, no exento de tensión —palabra que usa la autora—, habida cuenta de la absoluta prioridad a los estándares de DH del TEDH, frente a un TJ preocupado también por preservar el efecto útil del sistema. Ello no enturbia, en absoluto, el impacto fundamental de esta jurisprudencia en la aplicación del reconocimiento mutuo, así como en el refuerzo de la dimensión socioeconó-

mica del derecho de las personas demandantes de protección internacional a no sufrir tratos inhumanos o degradantes.

Por lo que respecta al segundo grupo de excepciones a la aplicación del sistema Dublín, esto es, la adopción de medidas de reubicación en caso de llegadas de flujos migratorios a gran escala, se subrayan dos importantes cualidades de estas: por un lado, la capacidad para afianzar el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad que, en palabras del TJUE, ha de ser el principio rector de la política europea de asilo; y por otro, su cualidad para garantizar el ejercicio efectivo de un derecho de asilo consagrado ahora al más alto nivel. Sin embargo, este llamamiento a la solidaridad se materializa en contextos de excepción y deviene en respuestas *ad hoc*, de carácter voluntario. Se hace necesario, pues, normalizar la solidaridad, incorporar estas medidas en el funcionamiento del sistema europeo común de asilo. La ausencia de consenso en el seno del Consejo da buena muestra del momento crucial que vive la UE, al respecto de la construcción de un sistema de asilo verdaderamente garantista y equitativo con las personas, los Estados miembros y, en consonancia con los valores que son base y motor de este proyecto común.

N. ARENAS HIDALGO
Universidad de Huelva

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.17>

MOVILLA PATEIRO, L., *La dimensión normativa de la gobernanza internacional del agua dulce*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 425 pp.

El agua que contienen lagos y pantanos y que transportan ríos y arroyos, así como los acuíferos, es agua dulce. Sin sal y sin estar congelada es un agua accesible y constituye un recurso natural básico para la supervivencia de nuestra especie y del resto de especies del planeta. Al estar disponible en cantidades muy pequeñas respecto del agua salada ha sido siempre un bien buscado, que

suscita también controversias y conflictos cuando se trata de garantizar su accesibilidad y disponibilidad continuada. Sufre, además, importantes presiones provocadas por el cambio climático y otros problemas medioambientales, que pueden dañar su capacidad de suministro o su calidad. La presencia de cursos de agua internacionales —y de acuíferos transfronterizos— genera asimismo im-

plicaciones jurídico-internacionales y un largo rosario de acuerdos, mecanismos e instituciones internacionales alrededor del agua dulce. Todo ello tiene todavía más dimensiones si se aborda en el sentido del derecho al agua y al saneamiento o en el sentido del desarrollo de la protección ambiental y de la regulación de los recursos hídricos. Todas estas múltiples dimensiones, en una perspectiva estrictamente normativa, son objeto de estudio en la excelente obra que se comenta.

La Profesora Laura Movilla Pateiro es una reconocida especialista en estas materias y a su bibliografía sobre estos temas (en especial *El Derecho Internacional del Agua: los acuíferos transfronterizos*, Barcelona, Bosch 2014) añade ahora esta nueva monografía en la que el enfoque central estriba en el análisis de las fuentes formales del Derecho internacional relacionadas con el agua dulce. Lo que nos propone la autora, más que un análisis de contenidos —que también realiza—, es un análisis según la tipología de las fuentes normativas, siguiendo así un esquema muy paralelo al del art. 38.1 del Estatuto de la CIJ. Es decir, tratados, costumbre internacional, principios generales de Derecho, y las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho. A los que la autora añade otros procedimientos nomogenéticos, como las resoluciones de las organizaciones internacionales, los actos unilaterales y otros instrumentos jurídicos internacionales subsumibles en la categoría del *soft law*.

Siguiendo este esquema argumental por tipología de fuentes formales, en el Capítulo I de la obra se presentan los principales tratados bilaterales, multilaterales y regionales sobre la gestión y protección de los cursos de agua internacionales, así como, en especial, los dos grandes tratados multilaterales con vocación de universalidad: el Convenio de la Comisión Económica para Europa de 1992 y la Convención de las Naciones

Unidas de 1997. Por su parte, el Capítulo II se ocupa de las normas de carácter consuetudinario aplicables a los cursos de agua internacionales, tanto en su dimensión como frontera y vía de navegación como, en especial, en relación con otros usos distintos de la navegación. El Capítulo III, de manera consecuente con la perspectiva adoptada, se ocupa de los principios generales del Derecho relacionados con el agua dulce, lo que lleva a la autora a desarrollar los principios generales del Derecho internacional del medio ambiente y otros criterios y principios rectores aplicables.

Analizados en estos tres primeros capítulos las principales fuentes formales del Derecho internacional, la Profesora Movilla dedica el Capítulo IV al estudio de otras fuentes de producción normativa relacionadas con el agua dulce, es decir, los actos normativos de las organizaciones internacionales, los actos unilaterales y los instrumentos de *soft law*. De tal manera que, completando la propuesta, los Capítulos V y VI se dedican, respectivamente, a la jurisprudencia internacional y a la doctrina, es decir, a los medios auxiliares.

A partir del análisis de todo este pluralismo normativo en sentido formal y de su coexistencia e interacción, la Doctora Movilla construye ante nuestros ojos una visión global, integradora y armónica de lo que es el marco de gobernanza internacional del agua dulce, en el que coexisten normas, mecanismos e instituciones de distinto origen, contenido, alcance y naturaleza. La tesis que sostiene la Profesora Movilla es que todas estas fuentes formales del Derecho internacional —y estos medios auxiliares— han acabado generando una especialidad normativa que conduce desde el tradicional Derecho de los cursos de agua internacionales hacia un Derecho internacional del agua.

Un Derecho internacional del agua que ha evolucionado y que se ocupa de regular todos los usos de los cursos de agua internacionales, modificando asi-

mismo su objeto hacia nociones más amplias, como las cuencas fluviales o los ecosistemas relacionados, y su protección, preservación y uso sostenible. En definitiva, la Doctora Movilla aporta una visión omnicomprendensiva respecto de un escenario de pluralismo normativo que, procedente de diversos sectores materiales del ordenamiento jurídico internacional, debe armonizarse e interpretarse de forma sistémica, aunque no pueda considerarse todavía —como ciertamente sostiene la autora— un auténtico régimen jurídico internacional. En este sentido, el valor añadido de esta monografía no estriba tanto en el análisis de las características de las distintas fuentes formales —en lo que, a veces, se detiene la autora—, sino en su interacción sustantiva y

en la generación de esta compleja gobernanza internacional.

La obra, por lo demás, resulta extraordinariamente completa y exhaustiva, demostrando la autora un gran conocimiento y una inmensa capacidad analítica y de trabajo, además de una gran brillantez en la redacción y exposición de los resultados de su investigación, combinando rigor y claridad. Deviene así un texto altamente recomendable para todo aquel lector —ya sea avezado o profano— que quiera adentrarse en este nuevo sector del ordenamiento jurídico internacional.

X. PONS RÀFOLS

Universitat de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.18>

MOYA ESCUDERO, M. (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 659 pp.

La recensión de una obra colectiva supone tener en cuenta una diversidad de factores no siempre fáciles de ponderar. El principal es analizar cómo se aborda el tema objeto de la obra que suele responder, como en este caso, a un proyecto de investigación en el que han formado parte como miembros muchos o algunos de los autores de dicha obra. El tema debe examinarse por todos los autores con un claro hilo conductor que justifique tanto su relevancia, que en su momento justificó la concesión del proyecto, como la aportación de cada uno de los autores. ¡Cuántos libros colectivos encierran publicaciones que tratan solo incidentalmente el objeto principal del libro! Por tanto, el tema elegido, así como la coherencia de los trabajos incluidos y la unidad en su tratamiento son fundamentales. De ahí la importancia de la directora de la obra en su conjunto. Más complicado es analizar cada una de las aportaciones, al confluir una diversidad de estilos, contenidos y enfoques en el estudio del tema. En esta recensión nos complace confirmar que

todos los aspectos mencionados se ven satisfechos con creces, desde la buena dirección de la obra, a la ejecución de los diferentes capítulos que siguen con coherencia y buen hacer el mencionado hilo conductor, aportando unidad y conexión, además de rigor científico, esenciales en una obra de estas características.

La obra se ocupa de la llamada plurinacionalidad en el contexto del DIPr de familia y sucesiones. Y es abordado por un total de once autoras y un autor, con el objetivo último de reivindicar el papel de la plurinacionalidad como factor que puede llevar, incluso, a revisar algunos postulados tradicionales del DIPr y a convertirlo en factor de influencia decisiva de muchas instituciones tradicionales de nuestra disciplina. Con este objetivo en mente el trabajo se ha dividido en tres partes aparentemente clásicas: 1) nacionalidad, nacimiento y filiación; 2) nacionalidad y estatuto personal, y 3) nacionalidad, familia y sucesiones. Pero el contenido de cada capítulo ofrece alguna que otra sorpresa en cuanto a su original

perspectiva que capta, sin duda, el interés del lector.

La primera se inicia con la «Doble nacionalidad del nacido en España de progenitor español y extranjero» a cargo de Mercedes Moya, pionera y experta en temas de nacionalidad y extranjería en España. Ella misma justifica el sentido de la nacionalidad y el impacto jurídico-político que tiene hoy, más que nunca, la doble nacionalidad. Muy interesantes son los casos en que se atribuye la nacionalidad de ambos progenitores o los casos específicos en que no se exigen condiciones, por ejemplo, nacidos de un progenitor español y otro marroquí —los más numerosos—, argelino o senegalés, o de ciudadanos UE nacidos de progenitor español y otro rumano, italiano o francés, entre otras muchas y variadas situaciones que llevan a la autora a cuestionarse los retos de futuro que origina la doble nacionalidad, algunos de los cuales se desentrañan en los capítulos siguientes.

La plurinacionalidad en el ámbito de la filiación corre a cargo de M.^a Dolores Ortiz y Carmen Ruiz. En el primer caso se analiza de modo claro y sistemático un tema no siempre tratado ni tampoco sencillo, pero que es esencial en todo proceso de adopción internacional, esto es, cómo regular que el menor adoptado pueda adquirir la nacionalidad española. Y ello será posible si el adoptado es extranjero y menor de dieciocho años y al menos uno de los adoptantes es español en el momento de constituirse la adopción. Junto a ello, se exige equivalencia de efectos entre la adopción del país de origen del niño y la regulada en España. Vale la pena leer lo que en esta parte se expone, como también la relativa a los casos en que el adoptado ostenta más de una nacionalidad. Por su parte, la Profesora Ruiz Sutil aborda con originalidad y de forma profunda un tema fundamental como es el de las situaciones claudicantes de filiación del iberoamericano de origen y su impacto en la doble naciona-

lidad. La autora reivindica la necesidad de mejorar los derechos del nacido de padre diferente al marido de la madre ante la paternidad cuestionada por el registro civil español y echa en falta por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ciertas directrices en cuestiones fundamentales.

La segunda parte del libro la inicia Irene Blázquez con el análisis de la doble nacionalidad y la permanencia del estatuto personal en el marco de la movilidad intra-UE con unas reflexiones finales, de lectura recomendada, que le llevan a afirmar la existencia de un renovado estatuto personal a nivel UE o incluso una nueva dimensión de la ciudadanía de la UE que circula con su estatuto. Junto a ella, muy original en el planteamiento y en las aportaciones es el trabajo de Mercedes Soto, que llevan a sugerir la idea que se estaría esbozando en el Derecho internacional contemporáneo de la posibilidad de admitir el reconocimiento de un derecho humano a la doble nacionalidad. Una idea muy estimulante como propuesta en relación con la plurinacionalidad y la suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el art. 9.9 CC. Se termina esta segunda parte con el estudio exhaustivo por parte de Gisela Moreno de «La nacionalidad prevalente del plurinacional español en Iberoamérica y la ley aplicable a su estatuto personal».

La tercera y última parte recoge cinco aportaciones sobre la influencia de la plurinacionalidad en el ámbito de familia y sucesiones. Ricardo Rueda lo realiza de modo perfecto en el sector del régimen económico matrimonial, tanto en relación con la competencia judicial como de ley aplicable. Muy recomendable es asimismo la lectura de los capítulos realizados por M.^a Ángeles Sánchez y Nuria Marchal, ya que abordan la doble nacionalidad en el ámbito del divorcio, judicial y no judicial respectivamente, y lo hacen de forma exhaustiva e impecable, con repaso comparado, legislativo y jurisprudencial, y con conclusiones de *lege feren-*

da y propuestas sugerentes en una materia de tanta relevancia práctica. Por su parte, Isabel Reig analiza y aporta unas reflexiones muy interesantes sobre la creciente incidencia de la nacionalidad del menor y los problemas que se originan en la práctica para concretar su residencia habitual en los casos de sustracción internacional, proponiendo una interpretación sistemática de los modelos de Bruselas II bis y ter. El libro termina con el

brillante capítulo de Ángeles Lara sobre la *professio iuris* de las personas plurinacionales en materia sucesoria.

Tras todo lo expuesto, aconsejamos sin ambages la lectura de esta obra por su utilidad práctica y el rigor con que se ha llevado a cabo.

R. ESPINOSA CALABUIG
Universitat de València

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.19>

REGUART SEGARRA, N., *La libertad religiosa de los pueblos indígenas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 327 pp.

Comprender, en su exacta dimensión, la realidad de los pueblos indígenas es extraordinariamente complejo y cuestión (aún) poco conocida. Situados en una condición de vulnerabilidad, el Derecho internacional ha atendido a sus derechos individuales y colectivos, de forma relativamente reciente, lo que se comprueba en los *dicta* de los tribunales y órganos de protección de derechos humanos. El reconocimiento de la propiedad de las tierras ancestrales es el principal objeto de reclamo. Debe entenderse que la tierra, de la que tantas veces han sido despojados, ha sido y es objeto de acaparamiento y representa algo más que un elemento que sirve a la satisfacción de necesidades materiales, poseyendo un significado espiritual esencial para su pleno desarrollo como personas y como grupo. Esta dimensión es la estudiada en el libro de la Profesora Reguart de manera tan sencilla y amena como completa y profunda: «Desde su cosmovisión, el ser humano no es el centro del universo, sino que simboliza un elemento más del necesario equilibrio con la Madre Naturaleza», señala.

La obra se divide en dos partes, una legal y otra jurisprudencial. En la primera, la autora parte de una necesaria mirada a la historia con la esencial aportación del pensamiento del Padre Vitoria —que inspirase después a Grocio— y con ello, su obra, *De Indis et de Iure Belli Relec-*

tiones, de fundamental conocimiento en nuestra materia. El desarrollo de normas reguladoras de la propiedad, la cuestión de la guerra justa, de la conquista y de la ocupación, de la *res nullius*, del requerimiento, de la encomienda o la promulgación de las *Leyes Nuevas* de 1542 son objeto de tratamiento en un primer capítulo que conecta con Westfalia y la obra de la Sociedad de Naciones con la Organización Internacional del Trabajo, antes del examen de la Organización de Naciones Unidas sin dejar de exponer el complejo problema de la definición de «pueblos indígenas» y de sus sistemas de creencias.

En un segundo capítulo aborda el derecho de libertad religiosa de los pueblos indígenas, lo que realiza tanto de una forma general: la regulación y reconocimiento de la libertad de creencias como derecho fundamental contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros textos, como, después, ya particularmente enfocado a la de este colectivo respecto del cual, la transversalidad en la regulación de sus derechos es cuestión de gran interés. El derecho a la libertad religiosa de los pueblos indígenas se halla conectado con otros derechos, no pudiéndose entender en toda su dimensión sin tener en cuenta tal vínculo. A través de la obra, la autora resalta cómo la vulneración del derecho a sus tierras afecta gravemente a la libertad religiosa y su

pleno ejercicio. Y es que, a modo de dominó, afectado este, otros, como el derecho a la vida o a su cultura, resultan dañados y en esta conexión nos muestra cómo la protección del medio ambiente ha servido para lo que denomina «revalorización» de la libertad religiosa de los pueblos indígenas en el Derecho ambiental internacional, cuestión con la que finaliza la primera parte. La Profesora Reguart trata estas transversalidades de una forma clara y plena sin que escapen a su estudio los nuevos aspectos, como este último, de reciente reconocimiento en el marco de la protección de los derechos de estos pueblos o el fenómeno del *land-grabbing* de gran actualidad, como amenaza.

La Parte II del libro aborda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDHP) y de la de Estrasburgo, en relación con el reconocimiento de la libertad religiosa de los pueblos indígenas, realzando —como no podía ser de otra forma— el tan relevante papel de la Corte IDH, sin dejar de resaltar la obra de las Comisiones Interamericana y Africana. Destaca, además, la inserción de derechos individuales y colectivos en la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, único texto que lleva en su título el añadido «de los pueblos» como la propia CAFDHP señaló en el asunto *Ogiek*, lo que no debe llevar a la consideración de la ausencia de los derechos colectivos en el sistema interamericano, sino a la de una explícita mención.

Desde el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* hasta el reciente asunto *Honhat c. Argentina*, la Corte ha desarrollado y reforzado derechos consagrados en el sistema internacional de

protección de los derechos humanos yendo más allá de la mera interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto de San José o de la Declaración de 2016. Como acertadamente apunta, la libertad religiosa ha sido enmarcada en el art. 21 del Pacto de San José y aquí podemos volver a la idea mencionada de la conexión en la afectación de derechos, el de sus bienes, la tierra, con este de la libertad de creencias mereciendo mención especial el estudio del asunto *Honhat* por su enlace con el Derecho medioambiental.

Por lo que al sistema africano se refiere, el asunto *Endorois*, de la Comisión, es analizado pormenorizadamente. En el mismo, la vulneración de la libertad religiosa es inmediatamente invocada, al estar afectado por la denegación del acceso a sus tierras, a sus lugares sagrados, de culto. A continuación examina el asunto *Ogiek*, a quienes la CAFDHP declaró guardianes de la naturaleza.

Finalmente, la Profesora Reguart se adentra en el sistema europeo sobre el que sostiene, acertadamente, que la «elevada cota de eficacia jurídica no se ha reflejado en el tratamiento dispensado en este ámbito regional a los derechos de estos pueblos, el cual sitúa, sin lugar a duda, a retaguardia de los anteriores en materia indígena».

Se trata, en definitiva, de una obra de obligada lectura, tanto para el más profundo conocimiento de lo que signifique la libertad religiosa, como para el de las particularidades de esta por lo que a los pueblos indígenas se refiere por su estrecha conexión del derecho a sus tierras.

M. Á. IGLESIAS VÁZQUEZ

Universidad Internacional de La Rioja
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.20>

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *Cuaderno de Prácticas de Derecho Internacional Humanitario*, Madrid, Cruz Roja Española y Dykinson, 2021, 246 pp.

Este libro elaborado por el Doctor Rodríguez-Villasante representa una he-

rramienta con fines didácticos sumamente útil para la divulgación del Dere-

cho internacional humanitario (DIH). Su objetivo primordial es poner a disposición del público un repertorio de casos que sin duda será de gran ayuda para dar a conocer mejor este sector vital del Derecho internacional, porque a la postre su difusión es uno de los mecanismos más importantes dentro del sistema de eficacia previsto para garantizar su cumplimiento. El Doctor Rodríguez-Villasante recuerda por ello una cuestión clave, a menudo olvidada, y es que, si las normas humanitarias no son cumplidas, en bastantes ocasiones se debe simplemente a que se desconocen. De ahí la enorme importancia de la labor que llevan a cabo centros como el CEDIH, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, establecido en 1984, a fin de enseñar, difundir, investigar y contribuir al desarrollo del DIH. Centro que el Doctor Rodríguez-Villasante dirigió entre 1995 y 2019, sucedido por la Profesora Concepción Escobar, actual directora. Por mi parte, me enorgullezco de ser miembro, desde 1992, junto a expertos de muy diversa procedencia profesional, gracias a la iniciativa del Profesor Manuel Pérez González, quien me introdujo entonces, antes de ser director adjunto durante los años posteriores.

El libro se divide en seis apartados de extensión diferente, en función del lugar central que ocupa el repertorio de casos prácticos (el III). Se inicia lógicamente con una Introducción, que conforma el apartado I, donde fundamentalmente se presenta el contenido. El apartado II comprende el «Seminario de Fuentes de Derecho internacional humanitario», donde tienen cabida varios subapartados que se refieren principalmente a ciertos conceptos básicos del DIH; la evolución de sus normas y fuentes; y una relación de manuales doctrinales de DIH, incorporando así una interesante sistematización del llamado «compendio de *soft law* humanitario», en el que se contextualizan «manuales doctrinales interna-

cionales» (Manual de San Remo, 1994, sobre los conflictos armados en el mar; Manual de Harvard, 2009, guerra aérea; Manual de Tallín, 2013, guerra cibernética; Manual de Lovaina, 2017, Operaciones de Paz; y el Manual de Oxford, 2018, «Fuerzas Visitantes»); ciertas «Declaraciones Doctrinales Internacionales» (entre las que se contienen los principios de Kigali sobre la Protección de las Personas Civiles en las Operaciones de Paz, 2018); «Compromisos y Directrices para proteger a la Infancia»; «Aportaciones» específicas del CICR (como las normas del DIH consuetudinario; el «llamamiento del CICR “Biotecnología, armas y humanidad”», 2002; el Documento de Montreux sobre las normas y buenas prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas, 2008; el informe sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, elaborado con ocasión de la XXXIII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna roja de 2019; la guía para interpretar las normas del DIH relativas a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, de 2009; o el informe relativo a las personas desaparecidas de 2003); y, finalmente, los «Principios Éticos de la Asistencia Sanitaria en Tiempo de Conflicto Armado y Situaciones de Emergencia», de 2015.

En el apartado III se suceden 65 supuestos prácticos, que parten del planteamiento de una cuestión jurídica de interés a la que sigue la formulación de una serie de preguntas clave. El Doctor Rodríguez-Villasante relata en la *Presentación* cómo desde el principio, en el CEDIH, se sintió la necesidad de complementar las explicaciones teóricas con la realización de supuestos prácticos «seguidos de debates moderados por un profesor del Centro» y, asimismo, cómo el primer director, el Doctor Fernández Flores, había encargado la elaboración de casos a los Profesores Sánchez del Río y Rodríguez-Villasante, surgiendo así una «rica y extensa colección», a cuyas apar-

taciones iniciales se unieron las de otros miembros del Centro, en particular de los Profesores Otero Solana, Doménech Omedas, Lanz Raggio y López Sánchez (quien es además secretario técnico del Centro). En consecuencia, si bien los primeros destinatarios en el CEDIH fueron sus propios alumnos (quienes a lo largo de estos años han superado la cifra de 100.000), una vez existe esta valiosa publicación será posible que más estudiantes (y profesores) realicen ejercicios con los que comprenderán mejor la teoría y se implicarán más a fondo en el aprendizaje (y enseñanza) de esa materia. Con este fin, los supuestos prácticos se distribuyen en torno a la clasificación temática siguiente: 1. Parte General; 2. Conducción de las hostilidades; 3. Derecho de la guerra marítimo; 4. Asistencia sanitaria; 5. Prisioneros y detenidos; 6. Población civil, y 7. Crímenes de guerra.

El apartado IV reproduce una lista de 161 normas consuetudinarias del DIH, basada en las conclusiones del volumen I del estudio elaborado por el CICR en 2005. El apartado V brinda una bibliografía básica,

elaborada con la cooperación de las Profesoras Milena Costas y Carmen Quesada. Y por último, el apartado VI encierra un Glosario a fin de permitir una consulta rápida de los términos más empleados.

El presente libro resulta un complemento ideal para el ejemplar *Derecho internacional humanitario* (Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2017), también coordinado por Rodríguez-Villasante, junto con Joaquín López Sánchez, y obra de referencia sobre esta materia en español. Ahora, este *Cuaderno de Prácticas* supone, gracias a su carácter divulgador y a la vez práctico, otro instrumento eficaz y necesario para contribuir a la imprescindible tarea de *traer el DIH a casa*, como ha enfatizado el CICR en una resolución adoptada en 2019, reconociendo que puede hacerse más a fin de asegurar su implementación nacional y, en definitiva, una mejor protección de las víctimas de los conflictos armados.

M. ABAD CASTELOS

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.21>

RUEDA VALDIVIA, R. y LARA AGUADO, Á. (dirs.), *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 1.219 pp.

Esta obra, en la que participan 39 autores procedentes de diversas universidades, centros de investigación y entidades, tanto españolas como extranjeras, compendia, a lo largo de 1.219 páginas, los aspectos esenciales de las normativas de nacionalidad actualmente vigentes en siete países de los cinco continentes, cifras que hablan por sí solas de su gran envergadura. El estudio se enmarca en el Proyecto *I+D+i DER 2016-75573-R: Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante*, del Ministerio de Economía y Competitividad. Su IP, la Profesora Mercedes Moya Escudero, se encarga de prologarlo con

maestría, subrayando la importancia de la nacionalidad del individuo no solo en el plano jurídico sino, sobre todo, en el humanitario, y la trascendencia que la conexión de la nacionalidad sigue teniendo en la solución de los conflictos de leyes referidos al estatuto personal, al derecho de familia o las sucesiones y en la determinación de la competencia judicial internacional o en el reconocimiento de decisiones cuando nos encontramos ante conflictos positivos de nacionalidad.

Como se subraya en el *Prólogo* y por los Directores, Ricardo Rueda Valdivia y Ángeles Lara Aguado, en la *Presentación*, los ordenamientos nacionales han sido

seleccionados a partir de los resultados del análisis estadístico de la evolución de las concesiones de nacionalidad española, que conforman el capítulo primero, elaborado por la Doctora María Dolores Huete Morales, Profesora de Estadística de la Universidad de Granada. De manera que los interesantes datos sobre el número de ciudadanos extranjeros residentes legalmente en España (por encima de 20.000); el de ciudadanos extranjeros que adquieren la nacionalidad española (por encima de 1.000 en los últimos cinco años); el de españoles descendientes en el extranjero (por encima de 5.000) y los países de origen de los menores adoptados por españoles (por encima de 20 adopciones) son los que han determinado que se aborde en los capítulos sucesivos, hasta 73 —uno por país—, la reglamentación de la nacionalidad en Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados Unidos de América, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Gambia, Georgia, Ghana, Guatemala, Guinea Conakry, Guinea Ecuatorial, Haití, Honduras, India, Irán, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauritania, México, Moldavia, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumanía, Senegal, Serbia, Siria, Suecia, Suiza, Túnez, Ucrania, Uruguay, Venezuela, y Vietnam.

El sumario de cada uno de los capítulos es idéntico, destacando la sistematicidad de esta extensa obra. A modo de ficha, se ofrece un análisis riguroso sobre los mismos 10 parámetros en las 73 legislaciones nacionales estudiadas. Los ítems escogidos son los necesarios para realizar un completo recorrido

sobre el «Derecho de nacionalidad» de cada una de ellas: en primer lugar, el marco normativo vigente en el país en cuestión, indicando los sitios web de acceso (1); seguidamente, las distintas vías de acceso a la nacionalidad que se contemplan en ese ordenamiento (2), señalándose la existencia o no de diferencias en el reconocimiento de derechos entre las distintas categorías de nacionales (3); a continuación, el modo de acreditar la nacionalidad (4), los supuestos de pérdida (5) —con un apartado específico sobre las consecuencias de la adopción de menores por extranjeros en la nacionalidad—, y la recuperación de la nacionalidad (6). La regulación de la plurinacionalidad (7) es objeto de un tratamiento pormenorizado, con indicación de los convenios internacionales vigentes en el país en cuestión y de la solución a las situaciones de plurinacionalidad en las relaciones jurídico-privadas. Los tres últimos ítems ofrecen información práctica sobre los borradores y proyectos de reforma de la normativa vigente (8), los enlaces a las fuentes jurisprudenciales y administrativas de interés (9), y la bibliografía de referencia sobre la regulación de nacionalidad en ese Estado (10).

La pulcritud metodológica, esencial en los estudios de Derecho comparado, asegura la coherencia del resultado final, lo que es muy meritorio teniendo en cuenta, además del elevado número de legislaciones abordadas, la diversidad de concepciones y soluciones que caracteriza a este sector del ordenamiento jurídico estatal y las dificultades de acceso a las fuentes legales y jurisprudenciales que algunos de los ordenamientos abordados presentan. Felicitaciones, por ello, a todo el equipo de investigadores participantes, con especial mención a los directores y a la coordinadora, Gisela Moreno Cordero.

En definitiva, la obra rebasa el objetivo originario de constatar la diversidad de las reglamentaciones nacionales,

convirtiéndose en una guía, a modo de vademécum, de enorme utilidad, en la que, de forma ágil, docentes, investigadores y operadores jurídicos, encontramos respuestas rigurosas a las principales preguntas que plantea el Derecho de la nacionalidad en un amplio abanico de

ordenamientos, además de fuentes contrastadas muy valiosas para acometer futuros estudios.

E. CANO BAZAGA
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.22>

SOROETA LICERAS, J., *La Corte Internacional de Justicia y la descolonización (1949-2019)*, Madrid, Reus Editorial, 2020, 226 pp.

El libro se articula a partir de la consideración de los asuntos que han requerido un pronunciamiento de la Corte, por vía contenciosa o consultiva, en relación con la libre determinación de los pueblos coloniales y la soberanía permanente sobre sus recursos. Para contextualizar la exposición, el autor incluye un epígrafe introductorio en torno al contenido y formas de ejercicio del derecho de libre determinación y el principio de integridad del territorio colonial. Del estudio se desprenden unas conclusiones de amplio recorrido que concretan su principal aportación doctrinal. Una referencia bibliográfica y un índice general cierran el volumen, prologado por Mohamed Bedjaoui.

El autor ha optado por una secuencia cronológica en la presentación de los asuntos. De ahí que el primero de ellos sea el relativo al *estatuto jurídico del Sudoeste africano*, objeto de tres opiniones consultivas y dos sentencias a lo largo de una veintena de años (1950-1971). Es sabido que la sentencia de 18 de julio de 1966, negando el *ius standi* de Etiopía y Liberia frente a África del Sur en relación con su mandato sobre la rebautizada Namibia, produjo una fuerte frustración y alimentó el descrédito de la Corte, que buscó rehabilitarse con la opinión consultiva de 21 de junio de 1971.

El dictamen de la Corte en el asunto del *Sahara Occidental* (1975), dilatorio y abierto a lecturas alternativas, es examinado a continuación, con mayor detenimiento; no en balde el autor es, con toda

probabilidad, el más profundo conocedor académico de los entresijos jurídicos y políticos de la situación de este territorio que ocupa ilegalmente Marruecos, con Naciones Unidas en posición contemplativa.

El asunto relativo a *Ciertas tierras fosfáticas* de Nauru (1993) fue planteado en clave contenciosa por este micro-Estado frente a Australia, corresponsable de desvalijar sus recursos. La Corte no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto porque el acuerdo de las partes condujo al desistimiento de la acción, pero ello fue después de que se rechazaran las excepciones preliminares del demandado. Conspicua aportación de la Corte fue la distinción entre el *interés jurídico de un tercero que constituye el objeto mismo de la decisión* (que haría necesaria su participación como parte en el caso) y el *interés jurídico de un tercero afectado por —pero no objeto de— la sentencia* (que permite seguir adelante sin él, como era el caso de Reino Unido y Nueva Zelanda).

La diferencia es tan sutil que, cuando poco después (1995), Portugal demandó a la misma Australia por el acuerdo que esta había concluido con Indonesia para la explotación de los recursos de la *falla de Timor*, desdeñando la situación inconclusa de la descolonización de la parte oriental de esta isla, bajo administración formal portuguesa, la Corte vio comprometidos los intereses de Indonesia hasta el punto de determinar su incompetencia. Con la tesis del *tercero necesario* la Corte se quitaba un muerto de encima.

Los asuntos restantes tienen que ver con la ventilación por vía consultiva de cuestiones planteadas por la Asamblea General. En el primero de ellos se preguntaba por las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado palestino* (2004); en el último, por los *efectos jurídicos de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* (2019). Las opiniones de la Corte sobre el Muro y sobre Chagos han contribuido decisivamente a la consolidación del desarrollo progresivo del Derecho internacional de la descolonización.

Entre ambas opiniones se ubicó el asunto de *la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo* (2010), cuestión que tiene que ver con la libre determinación de los pueblos, pero ajena a la descolonización; de ahí su breve tratamiento, justificado, además, por la endeblez de un dictamen que acaba en perogrullada.

La intervención de la Corte en los procesos de descolonización tiene otra vertiente, de índole contenciosa, vinculada a la solución de litigios territoriales suscitados por los nuevos Estados, que escapa al objeto de este libro, centrado en la práctica de la Corte sobre descolonización desde la perspectiva de la afirmación y afianzamiento de derecho a la libre determinación de los pueblos. El propósito primordial del autor es coadyuvar a que la mayoría de los miembros de la Corte asuma las posiciones de una minoría que en sus votos separados y disidentes —a los que presta especial atención— pugna por el reconocimiento del carácter imperativo de este derecho

y de sus consecuencias, tanto en el plano de la legitimación activa como en la apreciación —rígida hasta ahora— del consentimiento del imputado como exigencia inexcusable para fundar la competencia de la Corte. Si Israel debe derribar el muro en territorio palestino ocupado, la Corte debería considerar el derribo de su propio muro entre competencia y fondo de un asunto en casos en que está en juego la observancia del *ius cogens*, cumbre de las obligaciones *erga omnes*.

Es fácil advertir que la Corte se ha encontrado más cómoda al pronunciarse por la vía de las opiniones consultivas. Se trata de obtener un pronunciamiento al más alto nivel jurídico que respalde las iniciativas de los órganos políticos solicitantes. Las de 1971, 2004 y 2019 —no así las de 1975 y 2010— son especialmente valiosas, dentro de las limitaciones objetivas de esta vía, especialmente cuando ha de afrontarse el deber de reparar por la responsabilidad dimanante del hecho ilícito. Tratándose de la vía contenciosa, la Corte se ha despeñado mientras formulaba brindis al sol. El punto tiene su interés, una vez que advertimos que la Corte no ha aceptado jamás cortapisas al ejercicio de su función consultiva fundadas en el alegato de que escondían una controversia interestatal sobre la que la Corte carecería de competencia. El punto aún excita mayor interés cuando se advierte que, al menos en un caso (*Sahara Occidental*), la Corte permitió a un Estado (Marruecos) la designación de un juez *ad hoc*.

A. REMIRO BROTONS

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.23>

SQUILLACIOTI, C., *El matrimonio infantil: una cuestión de género. Causas subyacentes, consecuencias, configuraciones jurídicas y estrategias de erradicación*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, 407 pp.

Los matrimonios infantiles se consideran «prácticas culturales o tradicio-

nales perjudiciales», junto con la mutilación genital femenina, el infanticidio

femenino y la selección prenatal del sexo, la violencia relacionada con la dote, los ataques con ácido, los crímenes cometidos en nombre del honor y el maltrato de las viudas. Estas prácticas involucran a la familia y a la comunidad (¡muchas son llevadas a cabo por mujeres!), y cuentan en diversos lugares del mundo con la complacencia de los Estados.

A pesar de que a nivel mundial la incidencia del matrimonio infantil está disminuyendo, cada año cerca de 12 millones de niñas contraen matrimonio antes de celebrar su 18 aniversario, y más de 120 millones de niñas se habrán casado en 2030 antes de cumplir la mayoría de edad, lo que puede verse acentuado por la epidemia de covid-19.

Ello justifica que se desarrollen investigaciones como la que nos presenta la monografía de la Doctora Squillacioti. El libro ofrece un estilo claro y directo, y un texto de fácil lectura y comprensión, a pesar de que incorpora numerosas referencias a la actualidad y práctica internacional. Se ordena en cinco capítulos y finaliza con unas conclusiones bien fundamentadas.

Un primer capítulo, introductorio, examina la dimensión compleja de este fenómeno, que hunde sus raíces en el problema de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres en muchas comunidades, y aboga por la necesidad de eliminar los estereotipos que perpetúan la discriminación, así como las prácticas culturales que afectan al bienestar y desarrollo de las niñas y adolescentes.

Tras examinar los factores que interactúan para poner a una niña en riesgo de casarse, el Capítulo II repara en las consecuencias devastadoras de un matrimonio infantil para el desarrollo de una vida humana digna, y de las facultades de elección y autonomía de las adolescentes y las niñas. En este contexto, resulta de especial interés la delimitación de los umbrales normativos mundiales y regionales en materia de protección

de los derechos humanos que satisfacen plenamente los objetivos de prevención y eliminación de dicha práctica nociva. También el amplio interés que el tema ha despertado en la labor que los Comités y otros órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas desarrollan en el ámbito del matrimonio y las relaciones familiares, así como en el terreno de la protección de los derechos de la infancia.

El Capítulo III centra su atención en América Latina y el Caribe, que ha pasado a convertirse en la única región del mundo donde los matrimonios infantiles, y otras formas de uniones tempranas, no han disminuido en los últimos veinticinco años, manteniéndose en una tasa próxima al 25 por 100. A la vista de estos datos, la autora indaga en los factores subyacentes a la prevalencia del matrimonio y la maternidad infantil y, acto seguido, lleva a cabo una revisión de las normas aplicables en la región en relación con la edad mínima para contraer matrimonio, y sus inconsistencias con las exigencias legales para el consentimiento sexual. El capítulo se cierra con un análisis de la situación particular de Colombia, un país marcado por la existencia de grupos armados que cuentan con un saldo indecible de mujeres, jóvenes esposas, víctimas de esclavitud sexual.

En el Capítulo IV la autora ofrece «una mirada hacia Europa», partiendo de la identificación de aquellos países entre cuyas comunidades de inmigrantes el fenómeno está más extendido. Consta que las iniciativas adoptadas por los Estados europeos para combatir estas prácticas ponen el foco, principalmente, en la criminalización de las conductas. Y señala con acierto la falta de homogeneidad existente en torno a la definición de matrimonio forzado, el enjuiciamiento a instancia de parte o de oficio, el tipo y cantidad de la pena impuesta, o la extraterritorialidad de la responsabilidad penal. Los últimos pasajes recogen un análisis pormenorizado del sistema normativo y programático italiano, que ha

logrado en 2019 incorporar en el sistema penal un tipo específico de delito de matrimonio forzado, tras varios años de ardua labor parlamentaria.

Pero las medidas legales no son suficientes por sí solas para prevenir y erradicar la práctica del matrimonio infantil, ni tampoco son las más eficaces. Los esfuerzos para combatir esta práctica nociva requieren, como se analiza en el Capítulo V, un enfoque integral, y la puesta en marcha de una amplia gama de políticas de protección de las víctimas, como ya se está haciendo en Reino Unido. Así las cosas, los poderes públicos deben disponer de instrumentos variados para impedir que una niña residente en un Estado europeo sea forzada a contraer matrimonio. El abanico de medidas, como se detalla en esta obra, cubre la formulación de políticas públicas y planes de acción que hagan frente al fenómeno, intervenciones coordinadas tanto a nivel vertical como a nivel horizontal, y la necesaria participación e implicación de las partes interesadas.

En definitiva, en pleno siglo XXI, el matrimonio infantil no puede ser aceptado como «tradición». El respeto al

principio de igualdad y la protección del interés superior del menor, valores que gozan de un alto reconocimiento en el plano internacional, han de ser tenidos en cuenta y deben guiar la actuación de los poderes públicos nacionales en la prevención y erradicación de esta práctica nociva, que debe ir acompañada de la adopción de medidas específicas y multidisciplinarias para combatirla. Solo así se podrá dar cumplimiento a la meta tercera del Objetivo 5 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que contempla, de manera contundente, la eliminación de prácticas nocivas tales como la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado de niñas.

De ahí que esta obra será de utilidad teórica y práctica, y una referencia de indudable interés, para todos aquellos que deseen adentrarse en el debate que gira en torno a la obligación de prevenir y eliminar los matrimonios infantiles. No queda más que desearle a la autora que esta línea de trabajo pueda tener continuidad en el tiempo.

E. Díez PERALTA
Universidad de Almería

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2022.4.24>

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/2021/01/Normas-estilo-REDI-Enero-2021.pdf>.

Note to contributors: the editorial rules and guidelines are published under <http://www.revista-redi.es/en/>.

Note aux auteurs: les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/en/>.

