

EL DERECHO INTERNACIONAL EN MUTACIÓN. EL TEST «CIVILIZATORIO» DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL (¿SOFT-LAW DE BAJA O ALTA INTENSIDAD?) Y EL RÉGIMEN DE LAS FUERZAS DE ESTABILIZACIÓN DE LA PAZ

INTERNATIONAL LAW IN MUTATION. THE «CIVILIZING» TEST OF THE INTERNATIONAL RULE OF LAW (SOFT-LAW OF HIGH OR LOW INTENSITY?) AND THE REGIME OF THE PEACE STABILIZATION FORCES

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA*

Sumario: I. EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL II. ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL, *SOFT-LAW O DERECHO ASERTIVO*, ACUERDOS NO NORMATIVOS Y LAS DERIVADAS DE LA «GOBERNANZA COOPERATIVA»: LA «*CITY DIPLOMACY*». III. CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO RESPECTO A LAS MISIONES MULTINIVEL DE ESTABILIZACIÓN DE LA PAZ. IV CONCLUSIONES.

RESUMEN: Con el cambio de milenio, resultan evidentes las importantes transformaciones del derecho internacional en distintos ámbitos de la sociedad global. El ordenamiento internacional se mantiene en su constante crisis de identidad, ahora con novedosos factores que alteran la dimensión espacial, estructural y normativa de las relaciones estatales y humanas tanto a nivel internacional como nacional. Por una parte, se imponen modelos liberales y no formalistas de actuación que incrementan la distancia entre el poder, el derecho y la justicia, mientras que, por otra, se incentiva la actuación multinivel y se fomenta la transparencia y la rendición de cuentas. En el marco de las Naciones Unidas se ha propuesto el tópico del estado del derecho para marcar el pulso a estas transformaciones y limitar los nuevos poderes soberanos o foros de actuación, sin que exista consenso ni sobre su alcance ni sobre su estatuto jurídico. Se concibe más bien como un «test civilizatorio» en virtud de ciertos principios o valores estructurales: certeza, previsibilidad, transparencia, rendición de cuentas y respecto del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Para testar tal propósito se propone como campo de estudio las operaciones de estabilización de la paz –y sus mutantes principios rectores– que no solo se han de guiar conforme a los

Fecha de recepción del original: 27 de abril de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de mayo de 2018.

* Catedrático Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Rey Juan Carlos, email: francisco.jimenez@urjc.es. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia: DER2016-77838-R). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 23 de abril de 2018.

postulados del estado de derecho, sino que pretenden coadyuvar en su puesta en práctica en los países o regiones donde operan.

ABSTRACT: In the turn of the millennium, different areas of the global society are deeply challenging the international Law. Indeed, today with new factors altering the spatial, structural and regulatory dimension of state and humans relations, at the domestic and at the international levels, the international order remains in its crisis of identity. On the one hand, the predominance of liberal and non-formalistic systems increases the distance between power, law and justice, while on the other hand, multilevel action is encouraged and transparency and accountability are promoted. Within the framework of the United Nations, while the topic of the Rule of Law has been proposed to mark the course of these changes and to limit the new sovereign powers or action forums, there is no consensus either on its scope or on its legal status. Rather, it is conceived as a «civilizing test» under certain structural principles or values: certainty, predictability, transparency, accountability and respect for international humanitarian law and human rights. In order to test such a purpose, it is proposed as a field of study that stabilization operations –and their changing basic principles– should not only be in accordance with the principles of the Rule of Law, but also contribute to their implementation in the countries or regions where they operate.

PALABRAS CLAVE: Estado de derecho internacional; soft-law, acuerdos no normativos (Memorandos de Entendimiento) y procesos de creación del derecho internacional; operaciones de mantenimiento de la paz, fuerzas de estabilización y gestión de crisis; consentimiento, neutralidad y uso de la fuerza armada (mandato enérgico/proactivo del uso de la fuerza); legítima defensa y defensa del mandato; violación de derechos humanos –violación, explotación y abusos sexuales– y responsabilidad internacional; métodos alternativos de protección equivalente.

KEYWORDS: International rule of law; Soft-law, political agreement (Memoranda of understanding) and processes involved in the making of international law; Peacekeeping, stabilization operations and crisis management missions; consent, neutrality and use of armed force (robust use of force); self-defence and defense of the mandate; violation of human rights –violation, exploitation and sexual abuse– and international responsibility; alternative methods of equivalent protection.

I. EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Introducción

No presenta ninguna originalidad hablar de las crisis del derecho internacional o del derecho internacional en crisis. Se trata de un debate endémico y en gran medida superado dentro de la doctrina y por el propio ordenamiento internacional. El profesor Sánchez Rodríguez ya hacía referencia a que no solo existía el mito, sino que «el subconsciente intelectual termina por responder a una idea de nuestro ordenamiento constantemente instalado en la crisis (...) sin que nadie explique muy bien si se trata al mismo tiempo de una manifestación singular de la crisis que invade al derecho en su conjunto, en cuanto ciencia social en permanente mutación, o si, por el contrario, supone una manifestación específica de nuestro ordenamiento que *per se* siempre estaría en crisis o, al menos, más

habituaado a las crisis que otros»¹. Por otro parte y como indicaba el mismo autor, resulta paradójico que un derecho internacional en estado o situación de crisis permanente «sea el único ordenamiento abocado a resolver crisis concretas cada vez más plurales y complejas, con nuevos desafíos y requerimientos de urgencia en su superación por parte de la opinión pública mundial, que no por parte de la opinión estatal mundial»².

En la actualidad se ha afirmado que nos encontramos en la fase post-ontológica del derecho internacional público, pues ya no nos cuestionamos su existencia como ordenamiento jurídico sino como sistema jurídico desde la perspectiva de la legitimidad, la imparcialidad y la justicia³. A este respecto resulta especialmente interesante preguntarnos si podemos hablar de un estado de derecho internacional o, si se prefiere, si el ordenamiento internacional actúa conforme a los principios de una comunidad de derecho internacional. No se trata de efectuar una asimilación o proyección automática de los criterios del estado de derecho en los sistemas nacionales (plurales y variables por otra parte⁴) hacía el ordenamiento internacional, pues sería desconocer la naturaleza

¹ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Iustel, Madrid, 2005, p.13.

² *Ibid.* p.14.

³ Cfr. FRANCK, T.M., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, pp. 4-6.

⁴ En el párrafo 15 de la Resolución 71/148 (2016) de la Asamblea General se pide, en este contexto, que se fomente el diálogo entre todas las partes interesadas con miras a situar las perspectivas nacionales en el centro de la asistencia en el ámbito del estado de derecho, con el fin de fortalecer la implicación nacional, reconociendo al mismo tiempo que las actividades relativas al estado de derecho deben estar sustentadas en un contexto nacional y que los Estados tienen experiencias nacionales diferentes en el desarrollo de sus sistemas de estado de derecho en función de sus características jurídicas, políticas, socioeconómicas, culturales, religiosas y otras particularidades de carácter local, reconociendo también que existen características comunes fundadas en reglas y normas internacionales. En el Informe del Secretario General «El estado de derecho en los planos nacional e internacional: información y observaciones recibidas de los gobiernos», presentado en 2007 (A/62/121), los Países Bajos reconocían que, en el plano internacional, no existe un consenso ni una definición «de referencia» de lo que es el estado de derecho, y consideran que sería útil llegar a un acuerdo a nivel internacional sobre una definición del término. Por su parte, Alemania indicaba que «si bien no parece haber una definición única de estado de derecho (*état de droit*, *Rechtsstaat*) que pudiera considerarse válida para todos los sistemas y tradiciones jurídicas, por lo general parece aceptarse que, en el plano nacional, por “estado de derecho” se entiende un sistema constitucional en el que el ejercicio toda autoridad pública queda sujeto a la ley. En Alemania, el concepto de *Rechtsstaat* es un principio constitucional general. La Corte Constitucional Federal de Alemania interpreta este principio fundamental agrupando reglas constitucionales diferentes y diversas a fin de dotar de coherencia al marco constitucional y legislativo. El *Rechtsstaat* se refiere a un principio de gobernanza según el cual todas las personas, instituciones y entidades (incluidos el Estado y sus propios órganos) quedan sujetos a la ley y deben cumplir las leyes, que se promulgan públicamente, se hacen cumplir en condiciones de igualdad y son interpretadas por un poder judicial independiente. El principio garantiza la igualdad ante la ley para todos aquéllos que están sujetos a la jurisdicción del Estado; la protección efectiva de los derechos de las personas; la adhesión a la supremacía de la ley, la justicia, la igualdad y la prohibición de la arbitrariedad en la aplicación de las leyes; la separación de poderes, incluida la independencia del poder judicial; la certidumbre jurídica y la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes; y la transparencia de las actuaciones judiciales». Asimismo, Francia afirmaba que «dada la gran diversidad de temas que tienen cabida bajo la etiqueta de “estado de derecho” en diversos órganos de las Naciones Unidas, no cabe duda de que sería útil examinar con más atención ese concepto. Sin embargo, Francia opina que, *en vista de los complicados conceptos teóricos a los que ha dado lugar este término, y que se han consolidado de diversas formas en los distintos sistemas jurídicos, sería mejor adoptar un enfoque práctico para este asunto. Ese enfoque tendría la ventaja de evitar debates abstractos sobre el significado de la expresión “estado de*

singular y autónoma de este ordenamiento y sus estructuras, ni de adentrarnos en fases más evolucionadas e *in fieri* relativas a la democracia⁵ o al constitucionalismo⁶ en el orden internacional, sino de precisar hasta qué punto el ordenamiento internacional actual resulta coherente con los principios básicos (mínimos) que integran tal concepto más allá del presupuesto necesario del principio de legalidad. Esto es, si se ha materializado un

derecho” y con él no se daría la impresión de querer aplicar modelos preconcebidos a las actividades de las Naciones Unidas y sus Estados Miembros» (énfasis añadido). Yvan Morin ha destacado el carácter universal de los derechos humanos y el papel fundamental que el conjunto de normas e instituciones de las Naciones Unidas ha desempeñado en la emergencia de este universalismo, aunque precisa que *la diferencia entre la universalidad de los derechos humanos y el estado de derecho radica en que este último se sitúa en el orden de los medios y no en el orden de los fines como es el caso de los derechos inherentes a la dignidad del hombre*, en particular, el derecho a la vida, a su libertad y a la protección de sus atributos ante el poder. Los medios pueden variar según las culturas jurídicas y condiciones socio-económicas de los distintos Estados, por lo que se propugna como mecanismo primordial para la defensa eficaz de estos derechos la cooperación internacional, en especial, a través de mecanismos regionales o subregionales, puesto que la uniformización necesariamente ha de ser gradual y parcial; la diversidad de las experiencias conserva todo su valor en la medida en que «font appel à des cultures juridiques qui présentent des points communs et tirent le meilleur de chacun pour le proposer à tous», MORIN, J-Y «L’Etat de droit: émergence d’un principe du droit international», *RCADI* 1995, t. 254, pp. 460-461. El autor analiza el estado de derecho en las constituciones contemporáneas de los Estados de las distintas regiones del planeta, en los distintos sistemas regionales (europeo, americano, africano y asiático) y finalmente en el ámbito universal de las Naciones Unidas.

⁵ Véase en este sentido FERNÁNDEZ LIESA, C.R y el capítulo dedicado a la «Democracia y Derechos humanos en el orden internacional» en su obra *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica*, Aranzadi, 2013, pp. 284-294.

⁶ Sobre las distintas visiones del constitucionalismo internacional véase el trabajo de RODRIGO, A.J. «El pluralismo del constitucionalismo internacional», *AEDI* n° 29, 2013, pp.61-109. Según el profesor PASTOR RIDRUEJO, J.A., «solo en la Carta de las Naciones Unidas se perciben atisbos de lo que se estiman comúnmente en los ordenamientos nacionales rasgos constitucionales. Estos atisbos son los del párrafo 6 del artículo 2º, que concede a la Organización la potestad de imponer a Estados no miembros el cumplimiento de los principios de la Carta; el del artículo 103, según el cual las obligaciones resultantes de la Carta prevalecen sobre las dimanantes de cualquier otro tratado; y los artículos 108 y 109 relativas a los requisitos de los procedimentales de reforma de la Carta. Pero más allá de estas parcas manifestaciones no es posible hablar del carácter constitucional de la Carta, puesto que faltan en ella las exigencias mínimas de la *rule of law*, imperio de la ley o estado de Derecho», *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 21ª Edición, Madrid, 2017, p.31. Según la Opinión Concordante del Juez Pinto de Albuquerque (a la que se adhieren los Jueces Hajiyev, Pejchal y Dedov, «La Charte des Nations Unies n’a pas encore acquis la nature de Constitution de la communauté internationale. Par conséquent, son article 103 est une règle de primauté, qui n’a pas pour effet direct ou indirect d’annuler des normes de traités ou d’accords renfermant des obligations conflictuelles. Les obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité ne sont pas une exception à cette règle de conflit non hiérarchique», STEDH 21 junio de 2016, asunto *Al-Dulimi y Montana*, párr.25, p.94. Al margen de las distintas acepciones sobre este fenómeno, comparto el planteamiento del Fassbender cuando describe el constitucionalismo como «a sort of *leitmotif* to capture, name and also promote the fundamental changes in the international legal order which we are all sensing but cannot easily express in the language of (international) law that we learned», FASSBENDER, B., «The meaning of international constitutional Law» en *Transnational Constitutionalism*, N. Tsagourias (ed.), Cambridge 2007, p.309. Véase también, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «La Constitucionalización del espacio global» en *Construyendo el Futuro: Conversaciones Jurídicas sobre la Globalización*, S. Galera Rodrigo y M. Alda Fernández (ed.), Atelier, Barcelona, 2017, pp.75-82.

estado de derecho (*rule of law*) más allá del establecimiento de un orden legal (*rule by law*)⁷.

En realidad y como veremos más adelante, la ambigüedad y falta de precisión sobre el concepto de estado de derecho internacional es lo que ha permitido, paradójicamente, ciertas adhesiones incondicionales hacia la importancia y el valor del mismo⁸. El propio Secretario General, K. Annan, cuando presentaba el tema del «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos» precisaba que «debemos aprender a no recurrir a fórmulas únicas, iguales para todos, y a no importar modelos extranjeros para fundarnos, en cambio, en la evaluación, la participación y las necesidades y aspiraciones de los propios países»⁹. Mientras que algunos intentan potenciar la función esencial de este principio como instrumento o medio para restringir el poder soberano sin necesidad de definir su estatus jurídico que en todo caso reflejará una agenda ideológica¹⁰, la Asamblea General en la resolución 66/228, aprobada el 27 de julio de 2012, en la que hace suyo el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible titulado «*El futuro que queremos*» donde se reconocía que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son esenciales para el desarrollo sostenible, se reafirmaba en que para lograr los objetivos de desarrollo sostenible necesitamos instituciones de todos los niveles que sean eficaces, transparentes, responsables y democráticas, recalando que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible¹¹.

2. El estado de derecho en el marco de las Naciones Unidas y el derecho internacional

El Secretario General de Naciones Unidas ha estimulado el desarrollo de este principio que, si bien se dirigía inicialmente a los Estados en su ámbito nacional, ha marcado los trabajos llevados a cabo en el seno de esta Organización desde 2006 bajo el título de la «ONU y el estado de derecho»¹². A tal efecto se indicaba que «para las Naciones Unidas,

⁷ En su estudio sobre la Lista de Criterios del Estado de Derecho de 18 de marzo de 2016, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa reconocía la necesidad de rehuir de concepciones puramente formalistas del concepto de estado de derecho pues «merely requiring that any action of a public official be authorised by law. “Rule by Law”, or “Rule by the Law”, or even “Law by Rules” are distorted interpretations of the Rule of Law», *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, párr.15.

⁸ CHESTERMAN, S., afirma que «such a high degree of consensus on the virtues of the rule of law is possible only because of dissensus as to its meaning» en «An International Rule of Law?» *New York University Public Law and Legal Theory, Working Papers*, 2008,p.2 (http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/70). Véase también, BINGHAM, T., «The Rule of Law» *The Cambridge Law Journal*, 2007-1, pp. 67-85.

⁹ UN. Doc. S/2004/616.

¹⁰ CHESTERMAN, S., *loc.cit.*, pp.360-361.

¹¹ Puntos 10 y 43 de la Resolución 66/288.

¹² La propuesta inicial fue presentada por Liechtenstein y México en la que solicitaban la inclusión en el programa del sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de un tema adicional titulado «El imperio de la ley en los planos nacional e internacional», UN. Doc. A/61/142. Para más información sobre las medidas y documentos adoptados véase: <https://www.un.org/ruleoflaw/> y Sixth Committee (Legal) The rule of law at the national and international levels (Agenda item 84): http://www.un.org/en/ga/sixth/71/rule_of_law.shtml. Véase también el estudio de VILLEGAS

el concepto de “Estado de derecho” ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. También se exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal»¹³. Más tarde y tras comparar el estado de derecho con la *ley de gravedad* que nos impide precipitarnos ante el caos¹⁴, en su Informe de 2013 se indicaba que «en el plano internacional, las acciones de los Estados resultan predecibles y legítimas gracias al estado de derecho, el cual refuerza su igualdad soberana y constituye la base de la responsabilidad de un Estado hacia todas las personas que se hallan en su territorio y están sujetas a su jurisdicción. La aplicación plena de las obligaciones enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales, incluido el marco internacional de derechos humanos, tiene una importancia fundamental para los esfuerzos colectivos por mantener la paz y la seguridad internacionales, hacer frente de manera eficaz a las amenazas emergentes y asegurar la rendición de cuentas por los delitos internacionales»¹⁵.

Asimismo se ha declarado que tales principios no solo rigen para los Estados, sino también para la propia Organización de las Naciones Unidas y el derecho internacional.

DELGADO, C.A., «El Estado de Derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: tendencias, retos y desafíos», 33, *REEI*, 2017.

¹³ *Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (S/2004/616). Desde otra perspectiva, F. LAPORTA establece tres grados que implica el imperio de la ley: «existencia y vigencia de leyes a las que apelar ante jueces y tribunales. Puede decirse que, en este sentido, cualquier orden jurídico vigente y eficaz —por injusto que fuere de acuerdo con otro tipo de consideraciones— podría considerarse una realización inicial de la noción de imperio del derecho. El segundo grado o escala de densidad de esa noción pretende ir un poco más allá. De acuerdo con él, el ideal de imperio de la ley exigiría que se vieran vinculados por las leyes no sólo los particulares que interactúan en la sociedad, sino también los poderes públicos y, en consecuencia, sus actos puedan ser también examinados en procedimientos judiciales que controlen su legalidad. Es una dimensión del imperio de la ley que, desde su formulación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, se transmite a través de la teoría alemana del Rechtsstaat y la noción inglesa del “rule of law”.... Y por último, hay un tercer sentido —el más denso quizás desde un punto de vista ético— que presupone los dos anteriores. Es el que adscribe a la noción de imperio de la ley la exigencia compleja de que el ordenamiento jurídico esté configurado en su núcleo más importante por reglas generales y abstractas que administren un tratamiento formalmente igual para todos sus destinatarios, razonablemente estables, de fácil conocimiento público, carentes de efectos retroactivos, y accionables ante los tribunales. Se trata de una acepción de ‘imperio de la ley’ que, como es sabido, es muy cercana a las exigencias éticas de la justicia formal», «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 39, 2005, pp.246-247.

¹⁴ «El estado de derecho es como la ley de gravedad. Es el que hace que nuestro mundo y nuestras sociedades permanezcan unidos y que el orden prevalezca sobre el caos. Pero a diferencia de la ley de gravedad, el estado de derecho no surge de forma espontánea. Debe alimentarse de los esfuerzos continuos y concertados de verdaderos dirigentes», UN. Doc. A/67/PV.3, p.2.

¹⁵ UN. Doc. A/68/213, párr.4.

Mediante la resolución 67/1 de la Asamblea General, que contiene la *Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional* y que fue aprobada por unanimidad el 24 de septiembre de 2012, los Jefes de Estado y de Gobierno y jefes de delegación reunidos en la sede de las Naciones Unidas reafirmaban su solemne compromiso con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y la justicia, y *con un orden internacional basado en el estado de derecho*, que son los cimientos indispensables de un mundo más pacífico, próspero y justo. Y a tal efecto reconocía que el estado de derecho se aplica a todos los Estados por igual y a las organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas y sus órganos principales, y que el respeto y la promoción del estado de derecho y la justicia deben guiar todas sus actividades y *conferir previsibilidad y legitimidad a sus acciones*¹⁶. En las posteriores resoluciones de la Asamblea General se va a reiterar por unanimidad o consenso¹⁷ la necesidad del respeto y la aplicación universales del estado de derecho en los planos nacional e internacional así como el compromiso solemne con un orden internacional basado en el estado de derecho y el derecho internacional, que, junto con los principios de la justicia, es esencial para la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados¹⁸.

En los informes presentados por el Secretario General sobre el *Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho, el análisis sobre el estado de derecho en el marco de la ONU y el derecho internacional*¹⁹, se parte de la premisa de la contribución de las Naciones Unidas a la promoción en el plano internacional de un sistema fundado en el estado de derecho, que encuentre sustento en la Carta de las Naciones Unidas y que se enmarque en el *corpus* de tratados internacionales reconocible y de fácil acceso para el público en general (transparencia) así como en los mecanismos de justicia internacional elaborados bajo sus auspicios. Para que la labor en aras de la paz y la seguridad, los derechos humanos y el desarrollo sostenible rinda frutos, es indispensable que las *instituciones del estado de derecho sean sólidas y actúen de manera coherente*²⁰. En virtud de tales criterios, los citados Informes se estructuran en el análisis (formal) de la evolución del cuerpo jurídico internacional (codificación, elaboración y promoción de un marco jurídico internacional

¹⁶ UN. Doc. A/RES/67/1.

¹⁷ Hailing Legal Committee's Role in Progressive Development, Codification of International Law, General Assembly Unanimously Adopts 23 Texts (<https://www.un.org/press/en/2017/ga11988.doc.htm>)

¹⁸ Cfr. las siguientes resoluciones de la Asamblea General: A/RES/70/118 (2015), A/RES/71/148 (2016) y A/RES/72/119 (2017).

¹⁹ Véanse A/72/268; A/71/169; A/70/206; A/69/181; A/68/213; A/68/213/Add.1; A/67/290; A/66/133; A/65/318; A/64/298; A/63/226; A/62/121.

²⁰ Cfr. párr. 2 del Informe A/71/169 (2016)

y su aplicación a nivel nacional²¹) –hasta el punto de crear una *cultura de legalidad*²²–; de la existencia de mecanismos internacionales de solución de controversias y rendición de cuentas, con especial referencia a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Penal Internacional (CPI), otros Tribunales penales internacionales e híbridos así como a otros mecanismos (justicia de transición, comisiones de investigación...); para finalizar refiriéndose a una dimensión más sustantiva relativa a la existencia de respuestas legales y judiciales a cuestiones muy preocupantes a nivel mundial (entre otras: desplazamiento y migración, trata y flujos ilícitos de personas; prevención del y lucha contra el terrorismo y el extremismo violento; violencia por razón de género y violencia sexual relacionada con los conflictos; delincuencia organizada transnacional, prevención y lucha contra la corrupción, recursos naturales y medio ambiente). Finalmente se incorpora el análisis del fortalecimiento de la administración de justicia en el seno de la propia Organización.

Podríamos deducir al menos los siguientes elementos que son asumidos como elementos de un hipotético (y ambicioso) estado de derecho internacional: *legalidad e igualdad internacional, incluyendo el presupuesto de la previsibilidad y no arbitrariedad* («*rule of law*»), *la rendición de cuentas y transparencia* («*accountability*») y *el acceso a los mecanismos de justicia* («*judicial review*»)²³ así como la *confianza social acerca de viabilidad de propuestas normativas y judiciales en aras a la protección de los bienes*

²¹ Sobre la aplicación a nivel nacional del Derecho internacional véase el Anexo del Informe presentado por el Secretario General sobre este tema en UN. Doc. A/65/318 (2009). Por su parte, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en su estudio de 2016 establecía como un criterio del estado de derecho el cumplimiento efectivo por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales, esto es, el respeto al principio *pacta sunt servanda*. En concreto precisaba que «*the principle of the Rule of Law does not impose a choice between monism and dualism, but pacta sunt servanda applies regardless of the national approach to the relationship between international and internal law. At any rate, full domestic implementation of international law is crucial. When international law is part of domestic law, it is binding law within the meaning of the previous paragraph relating to supremacy of law ... This does not mean, however, that it should always have supremacy over the Constitution or ordinary legislation*», CDL-AD(2016)007, párr.48.

²² Cfr. párr. 25 del informe del Secretario General de 2017 (A/72/268).

²³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, adoptada por unanimidad, sobre *Medio ambiente y derechos humanos* afirmaba, invocando su propia y relevante jurisprudencia así como la jurisprudencia del TEDH y la Convención sobre el acceso a la Información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Convención de Aarhus) de 2001, que «[E]l actuar del Estado debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información de interés público, bajo el control del Estado, permite la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso y, a su vez, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública». Asimismo se afirma que «en términos generales, este Tribunal ha sostenido que los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos ..., recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal ..., todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción», párrs. 213 y 233, pp. 86 y 93 respectivamente.

*jurídicos globales existentes en un momento histórico determinado («constitutional state of law»)*²⁴.

En las observaciones remitidas por distintos Estados al Secretario General sobre este tema y sobre sus aportaciones a las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho, se presentan como común denominador del mismo el sometimiento al ordenamiento internacional, el principio de igualdad y libre determinación de los pueblos y el fortalecimiento de los sistemas judiciales de solución de controversias (hacia el establecimiento de una jurisdicción internacional –CIJ– y penal –CPI– obligatorias), así como el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas²⁵. En opinión del Gobierno de México, por ejemplo, para alcanzar el objetivo del establecimiento de un estado de derecho se requieren principalmente tres elementos: una actitud general de deferencia hacia la norma; una autoridad judicial independiente que se pronuncie sobre cuál es el derecho aplicable; y una clara demarcación de las competencias de los distintos poderes que concurren en la vigencia del orden público²⁶, mientras que Egipto presenta una suerte de «desagravios internacionales» que cuestionan la existencia de un estado de derecho internacional²⁷.

Finalmente Austria insiste en que la existencia de normas claras y predecibles, el respeto de esas normas y la adhesión a ellas y un sistema multilateral eficaz para prevenir o sancionar las infracciones son las condiciones previas para una paz y seguridad internacionales duraderas conforme al derecho internacional y el estado de derecho. Si esas normas se violan, los responsables deben rendir cuentas, para lo cual todos los

²⁴ L. FERRAJOLI concibe el «estado constitucional de derecho» como «aquél que no se limita a programar sólo las formas de producción del derecho a través de normas procedimentales sobre la elaboración de las leyes, sino también sus contenidos sustanciales vinculándolos normativamente a principios de justicia –la igualdad, la paz, la tutela de los derechos fundamentales– positivamente inscritos en las Constituciones», *Razones Jurídicas del Pacifismo*, G. Pisarello (ed.), Trotta, Madrid, 2004, p.99.

²⁵ Cfr. A/62/121 (2007), Anexos de los Informe A/63/226 (2008); A/66/133 (2011) y A/67/290 (2012). España por el momento no ha presentado observaciones.

²⁶ Cfr. A/62/121, párr.6. Añade además, «en lo que se refiere a la consolidación del estado de derecho, es necesario reconocer que no basta la creación de normas internacionales para lograrlo, sino que también es necesario contar con un sistema efectivo y eficaz para la revisión de la aplicación de las normas y para la determinación de su incumplimiento por parte de los Estados. Es decir, se requieren tribunales con competencia y jurisdicción para determinar la correcta aplicación de las normas, su incumplimiento (en su caso) por un sujeto de derecho internacional y la sanción correspondiente por el quebrantamiento de la legalidad. Lo anterior implica que se debe fortalecer el papel de los tribunales internacionales, fomentando el ejercicio de su jurisdicción en la solución pacífica de controversias entre Estados» (ibid.párr.20).

²⁷ En el plano internacional, Egipto es partidario de que el estudio se concentre en lo siguiente: «a) Los métodos de trabajo y la aprobación de resoluciones de las organizaciones internacionales, y en concreto las Naciones Unidas, para garantizar que se apliquen los principios del derecho internacional, en particular las disposiciones de la Carta; b) El logro de la democracia en función de la voluntad expresada por la mayoría de los Estados Miembros, cuando se aprueban y aplican las resoluciones de las Naciones Unidas; c) Las consecuencias de la no aplicación de las resoluciones de las organizaciones internacionales, principalmente de las Naciones Unidas, así como de la no aplicación de los fallos de los tribunales y cortes internacionales, entre los que destacan los fallos y las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y concretamente a sus Artículos 2 y 25; d) Las consecuencias del incumplimiento de las resoluciones de organizaciones internacionales debido a la no aplicación del principio de igualdad de todos ante la ley».

Estados Miembros deberían ayudar al Secretario General y a su personal a cumplir estas grandes expectativas, al tiempo que se respetan la independencia y el «carácter exclusivamente internacional» de la Secretaría²⁸. Además estima necesario un profundo debate acerca del Consejo de Seguridad y el estado de derecho en función de distintos binomios fundamentales para alcanzar conclusiones definitivas: el Consejo de Seguridad como legislador mundial; el Consejo de Seguridad como juez mundial; el Consejo de Seguridad como poder ejecutivo mundial y el Consejo de Seguridad y el individuo. Por su parte, Alemania reduce considerablemente el alcance del estado de derecho en las relaciones internacionales al circunscribirlo al «respeto de la igualdad soberana de todos los Estados y la libre determinación de los pueblos, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas»²⁹.

Una de las cuestiones sobre las que se ha incidido en distintas observaciones presentadas por los Estados radica en las sanciones selectivas y unilaterales y su conformidad con el estado de derecho. En su Informe de 2015 y concretamente en el apartado relativo a «El estado de derecho y la paz y la seguridad, incluido el arreglo pacífico de controversias internacionales», el Secretario General afirmaba que muchas delegaciones habían señalado que debía evitarse la aplicación selectiva o unilateral del derecho internacional y que las presuntas violaciones del derecho internacional debían abordarse por medios pacíficos y con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General) y demás normas y principios jurídicos internacionales relevantes³⁰. Asimismo en el Informe de 2017 presentado por el Relator Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos se cuestionan las sanciones extraterritoriales centradas en la *multilateralización de políticas nacionales* sobre sanciones en virtud del derecho internacional. Es más, el propio Relator considera justo indicar que la «ley de bloqueo» de la Unión Europea de 1996³¹, en virtud de la cual se prohibió a las empresas de la Unión Europea cumplir con la aplicación de ciertas sanciones extraterritoriales, parece no haber sido suficientemente utilizada en la práctica. Por lo tanto, la protección concedida en virtud de ese instrumento fue en gran medida teórica³². En realidad esta problemática ha

²⁸ UN. Doc. A/62/121, párr. 26 y A/66/113, pp.31-33.

²⁹ Ibid., párr.3, p.3.

³⁰ UN. Doc. A/70/206, párr.16, p.30. Véanse también las observaciones de Finlandia (A/66/133, p.48 y A/62/121, p.20) y Suecia (A/62/121, p.37).

³¹ Reglamento (CE) n° 2271/96 del Consejo de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella. DO n° L 309 de 29/11/1996.

³² UN. Doc. A/72/370, párrs.52-55, pp.20-22. El Relator continúa indicando que «también cabe añadir que la promulgación de leyes internas con un pretendido alcance extraterritorial, que dio como resultado una “multilateralización” *de facto* de las medidas coercitivas unilaterales, podría considerarse como una infracción a las competencias del Consejo de Seguridad. Basta recordar que, de conformidad con el Artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados han conferido al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de abordar las amenazas a la paz y la seguridad internacionales. En el sistema de seguridad colectiva de la Carta, “es el Consejo de Seguridad a quien se ha conferido la autoridad de determinar el contenido del valor o interés de la comunidad en un caso concreto y, por consiguiente, su violación requiere una respuesta de seguridad colectiva”. Es sumamente discutible que un Estado se arrogue la atribución de

originado y generado una importante jurisprudencia internacional y nacional que tiene como base los fundamentos o presupuestos del estado de derecho, que, a su vez, se ha proyectado en otras instituciones internacionales³³.

3. Reflexiones panorámicas desde la doctrina. La «confianza social» como parámetro contextual de la efectividad del estado de derecho internacional.

Desde la perspectiva doctrinal existe un consenso mayoritario acerca de que a pesar de los importantes avances normativos e institucionales alcanzados, resulta difícil afirmar la existencia de un estado de derecho internacional aun cuando se trate de una regla de conducta imperante e informadora del sistema internacional³⁴. La profesora A. Mangas Martín, quien concibe *el estado de derecho como elemento que da calidad y permanencia a la democracia pues esta exige seguridad material y jurídica*³⁵, ha destacado cómo en un amplio número de resoluciones, la Asamblea General afirma que el estado de derecho en el plano interno es un valor necesario y debe ser aplicado universalmente; y, en más de una decena de resoluciones, el Consejo de Seguridad (diplomacia preventiva y transformadora) ha exigido, junto al cese de las violaciones de los derechos humanos, la

imponer sanciones aplicables en todo el mundo, “sin fronteras”, sin ningún derecho justificable para ejercer la jurisdicción universal, que es una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad». Sobre este particular, RUYSS, T., «Sanctions, retorsions and countermeasures: concepts and international legal framework» en *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Larissa van den Herik, ed., Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp.19-51.

³³ Véase entre la abundante literatura jurídica, KOUTRAKOS, P., «Judicial review in the EU’s Common Foreign and Security Policy», *ICLQ* 2018-1, pp.1-35; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «Terrorismo y Derecho internacional. Desarrollos normativos e institucionales tras el 11-S», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2016*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp.31-101; JIMÉNEZ GARCÍA, F. «Medidas restrictivas en la Unión Europea: Entre las “sanciones” y el unilateralismo europeo», en *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, C. Martínez Capdevila y E. J. Martínez Pérez (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.509-534; DE BURCA, G «The European Court of Justice and the international legal order after Kadi» *Harvard International Law Journal*, 2010-1, pp.1-49; TAKIS TRIDIMAS, P.; GUTIERREZ-FONS, J.A., «EU Law, International Law and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?», *Fordham Int’l L.J.* 2009, pp.660-730.

³⁴ GEMKOW, T. y ZURN, M. «Constraining International Authority through the Rule of Law: Legitimatory Potential and Political Dynamics» en *Rule of Law Dynamics in an Era of International and Transnational Governance*, M. Zurn, A. Nollkaemper y R. Peerenboom (eds), Cambridge University Press, 2012, pp.68-69; WALDRON, J., «Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?» *EJIL*, 2011-2, pp.315-343; BEAULAC, S., «The Rule of Law in International Law Today», en G. Palombella & N. Walker (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 197-223; PALOMBELLA, G., «The rule of law beyond the state: Failures, promises, and theory», *International Journal of Constitutional Law*, 2009-3, pp. 442-467; CHESTERMAN, S., *loc.cit.*; TAMANAHA, B., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.

³⁵ Cfr. MANGAS MARTÍN, A., *Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el Orden Internacional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 2014, p.157. En el mismo sentido, ALVAREZ, J.E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, pp.398-423 y PONS RAFOLS, X., «La Unión Europea y la promoción del estado de derecho» en *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, C. Martínez Capdevila y E. J. Martínez Pérez (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 595-605. Según este último autor, aun cuando resalta su incipiente conexión con los derechos humanos y la democracia, el estado de derecho internacional se ciñe fundamentalmente a la idea del respeto y cumplimiento de las obligaciones internacionales, del respeto y cumplimiento del derecho internacional como fundamento esencial para unas relaciones pacíficas y de amistad entre los Estados.

democratización y la construcción del estado de derecho para prevenir aquellas y lograr una paz estable. No obstante, reconoce que «ni las resoluciones citadas han llegado a constituir derecho consuetudinario ni hay convenio internacional de vocación universal que contenga la obligación internacional de asegurar el principio del Estado de derecho en el plano interno. Luego el Estado de derecho sigue siendo solo una obligación constitucional interna; también es una nascente obligación de naturaleza internacional, pero a lo sumo como incipiente obligación de conducta tendente al Estado de derecho en el plano interno....Es un postulado político, una guía de conducta»³⁶. Asimismo J.E. Alvarez, en referencia a la obra de Bradley y Morrison sobre *Historical Gloss and the Separation of Powers* (2012), afirma que incluso el recurso retórico al principio de estado de derecho invocado por el Secretario General, K. Annan, y la Asamblea General puede tener una «fuerza civilizadora» pues su simple invocación pública como principio general puede concitar cierta presión de respeto por parte de los actores internacionales³⁷.

Otros autores que defienden la existencia de un estado de derecho internacional concluyen «of course, there are still many areas for which it is difficult to implement these human rights obligations, including to the actions of the UN itself. However, that is due to a lack of effective implementation of the international rule of law and does not mean that an international rule of law cannot exist.... What is offered here is a new definition of the international rule of law. It sets out the objectives or elements of the international rule of law, being to uphold legal order and stability, to provide equality of application of the law, to enable access to justice for human rights, and to settle disputes before an independent legal body. This definition ensures that it is a rule of law and not a rule by law. This is a definition that is not limited to the activities of states as it covers other participants in the international system. It can be applied to a wide range of international contexts. The international rule of law is not an all-or nothing concept but is a relative concept, in which compliance with the international rule of law is measured in terms of the extent to which participants comply with its elements, with the aim of fulfilling them all over time»³⁸.

J. Ruíz Valerio introduce el criterio social en la apreciación del estado de derecho (aunque cuando se trata de un fenómeno extrajurídico y que resulta contingente y cíclico en atención del momento socio-histórico analizado): la *mediación social*. Según este autor, el estado de derecho requiere una sociedad capaz de formar y adherirse a normas y valores que le habrán de guiar. Si «la identificación de la sociedad global con el derecho es débil, si las deliberaciones que tiene lugar dentro de la sociedad mundial son escasas, si el grado de compromiso es insuficiente, si las normas y valores de la sociedad global no puede ejercer una influencia suficiente en el Derecho, se carecerá de medios para llevar a cabo

³⁶ MANGAS MARTÍN, A., «Democracia y Estado de derecho: respuestas legales desde las Naciones Unidas», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 50 (junio 2015), pp.16-17. Véase también, CRAWFORD, J., «Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law» *Hague Academy of International Law*, 2014 pp.342-371, en particular sus reflexiones sobre la «substantive inequality among a “system” of equal sovereigns», pp.363-368.

³⁷ J.E. ALVAREZ, *op.cit.*, p.420.

³⁸ MCCORQUODALE, R. «Defining the international rule of law: defying gravity?», *ICLQ*, 2016-2, pp 277-304, en concreto, pp.303-304.

la mediación social que requiere el estado de derecho»³⁹. Por su parte, Armin von Bogdandy, para quien un estado de derecho internacional garante de bienes jurídicos globales sigue siendo en gran medida una figura de la imaginación de los estudiosos del derecho internacional⁴⁰, introduce el concepto de «confianza» como elemento esencial para valorar la efectividad del estado de derecho. Desde la noción de *comunidad de derecho* de la Unión Europea y defendiendo cómo el proceso de integración comunitario se ha realizado principalmente a través del derecho⁴¹ y sin necesidad de la coerción⁴², mantiene que la actual crisis del estado de derecho en la Unión Europea (*Brexit*, crisis financiera, migración y refugiados, cuestionamiento del Tribunal de Justicia, tensiones con reformas constitucionales en determinados Estados miembros, etc.) no se debe a una mera cuestión de efectividad del derecho que se resuelva mediante la aplicación de instrumentos jurídicos, sino a una crisis de confianza («crisis of trust») en cuanto fenómeno más cercano a las ciencias sociales y a las humanidades que al principio jurídico de la confianza legítima («confidence») ⁴³.

Según este autor, se trata de una crisis de confianza en las instituciones y en el sistema jurídico de la Unión Europea hasta tal punto que el debate se traslada del marco de la efectividad del derecho de la Unión, en el que resulta suficiente un mero «consenso permisivo», a la «sostenibilidad social» del espacio jurídico europeo que requiere de un consenso cuantitativa y cualitativamente mayor. Desde esta perspectiva, una crisis del estado de derecho se cierne, por ejemplo, si un número significativo de actores sociales en sectores importantes deja de depender de las instituciones públicas para confirmar sus expectativas normativas. Una vez que se ha superado este umbral, un sistema jurídico ya no ejerce correctamente su función primordial y genera desconfianza⁴⁴. Con respecto a la deriva *securitaria* de la política y normativa migratoria de la «Europa fortaleza» en torno a la crisis de los refugiados tras el conflicto sirio, también se ha destacado en la doctrina española que quizás no sea subsanable el duro golpe que la misma está asestando a la

³⁹ Cfr. RUIZ VALERIO, J., «El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición» en *Estado de Derecho Internacional*, M. Becerra Ramírez y N. González Martín (Coord.), UNAM, 2012, pp.70-72.

⁴⁰ BOGDANDY, A. von, «Beyond the *Rechtsgemeinschaft*, with Trust. *Reframing the Concept of the European Rule of Law*», [Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law \(MPIL\) Research Paper No. 2018-02](#), p.21. Según este autor, la endeble institucionalización del ordenamiento internacional, le impide generar confianza a través del derecho. En el mejor de los casos, se podría hablar de una forma embrionaria del estado de derecho internacional.

⁴¹ *Ibid.* p.10.

⁴² *Ibid.* p.6.

⁴³ *Ibid.* pp.14-15. Como indica el autor, «In this respect, it is important to stress that not every form of cooperative behaviour is an expression of trust. Research differentiates between confidence and trust. Following this differentiation, trust is only necessary if something of significant value is at stake: life, well-being, self-understanding, or substantial material resources. This explains the vehemence often characteristic of discourses about disappointed trust. In this sense, trust is to be distinguished from legitimate expectations and loyal collaboration, which have been concepts of European law for a long time», pp-14-15.

⁴⁴ *Ibid.* pp.16 y 19.

credibilidad y a la legitimidad de la UE, cuestiones estas «capitales para la narrativa y la ética de la integración»⁴⁵

En esta dirección, en las observaciones presentadas por Belarús al Secretario General sobre el estado de derecho, se indica que a pesar de la promoción generalizada del concepto de estado de derecho en los planos internacional y nacional, la percepción de la importancia de este principio en las relaciones internacionales se ha debilitado considerablemente en el último decenio. Para este Estado, cualquiera que observe los acontecimientos mundiales tendrá la impresión de que «el derecho en la política contemporánea es algo bastante frágil, dado que se discute con gran intensidad pero se puede sacrificar fácilmente en aras de las necesidades políticas». A tal efecto apunta la necesidad de que a través de distintas vías (institucionales –internacionales y nacionales–, así como a través de los medios informativos) se difunda el conocimiento del derecho internacional no sólo entre los juristas, sino en el conjunto de la sociedad a efectos de promover una cultura jurídica en la sociedad⁴⁶. Por su parte en la referida *Lista de Criterios del Estado de Derecho (Rule of Law Checklist)* de 2016 elaborada por la Comisión de Venecia y asumida en 2017 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁷, se hace referencia al estado de derecho en un entorno social propicio o favorable, pues los elementos contextuales del estado de derecho no quedan limitados a su dimensión legal, sino a la presencia (o ausencia) de una cultura política y jurídica compartida dentro de una sociedad y la relación entre esta cultura y el orden jurídico ayudan a determinar qué medida y qué nivel de concreción del estado de derecho se ha de consignar explícitamente en la ley⁴⁸.

4. El derecho internacional en crisis: ¿se percibe como una injerencia perniciosa sobre la soberanía y la democracia?

Las anteriores percepciones no obedecen a un problema exclusivamente de realismo político o de sobredimensión de la política inherente al derecho. No es que el derecho internacional haya devenido en proceso hasta tal punto que se hayan diluido sus estructuras tanto contextuales como procedimentales⁴⁹. Como ha indicado Crawford, debemos presentar una teoría del derecho internacional tanto para aquellos que niegan su existencia, como para aquellos que esperan demasiado de él. En este sentido afirma que «we may dismiss the charge that international law is purely epiphenomenal, but we do need to factor in the roles, played by power, and reciprocity into our account of international law. These may be elements that sit uncomfortably with our idea of law, but which must be accepted as corollaries of what international *is*»⁵⁰. Por su parte E. Jouannet,

⁴⁵ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A. «El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, p.472 y DEL VALLE GÁLVEZ, «Editorial: los refugiados, las fronteras exteriores y el concepto de frontera internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, p.761.

⁴⁶ Cfr. A/63/226, pp.25-26.

⁴⁷ Resolución 2187 (2017).

⁴⁸ Cfr. CDL-AD(2016)007, párr.42.

⁴⁹ Exagerando los postulados de la denominada «escuela de New Haven». Sobre la evolución y análisis de esta corriente, véase BIANCHI, A., *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, 2016, pp.91-109.

⁵⁰ CRAWFORD, J., *op.cit.* p.55.

en su obra *Le Droit International Liberal-Providence*⁵¹, examina la tensión entre legitimidad y efectividad que plantea un derecho internacional cada vez más intervencionista, reglamentario y sujeto a una relevante «inflación normativista». Por un lado, pone de relieve el carácter instrumental y técnico que está asumiendo hasta tal punto que para algunos se habría convertido en una simple «caja de herramientas» al servicio de los intereses predominantes. Y esto supondría lo que se ha denominado «eclipse de los fines» por el triunfo de una razón instrumental al servicio de la eficacia y de intereses específicos, lo que implicaría un cierto «desencanto del derecho internacional». Pero por otro lado y ahondado en tal desencanto, este mismo derecho internacional está creando nuevas y altas expectativas que son a veces desproporcionadas y a las cuales no siempre es capaz de responder: la confluencia del giro entre la ética y la mundialización económica, sin ninguna duda, ha reforzado la idea utópica de un derecho internacional providencia capaz de actuar en cualquier ámbito y tener una solución ante cualquier problema⁵².

A diferencia de lo que ocurriera a mediados del siglo pasado donde el derecho internacional era observado como paradigma del progreso en la construcción de una comunidad internacional frente al poder (en particular el estatal)⁵³, en la actualidad observamos ciertos fenómenos que lo presentan como una «amenaza» frente a los valores/principios comunitarios de justicia y transparencia que, precisamente, este ordenamiento ha propugnado e impulsado⁵⁴. No solo se trata de las clásicas reacciones

⁵¹ TOURME-JOUANNET, E., *Le Droit International Liberal-Providence. Une Histoire du Droit International*, Bruxelles, Bruylant, 2011. De la misma autora «¿De qué sirve el derecho internacional? El derecho internacional providencia del siglo XXI» *Revista de Derecho Público* Julio-Diciembre 2011, Universidad de los Andes, https://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/E. JOUANNET/EJ-pub325-1.pdf

⁵² Cfr. *Le Droit International Liberal-Providence...*, *op.cit.*, pp.295-316 y «¿De qué sirve el derecho internacional?...», *loc.cit.*, pp.21-22.

⁵³ Basta recordar las monografías de CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Tecnos 1969 y de REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 1. Principios Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982.

⁵⁴ Conforme a la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico: «Transparency means that decisions taken and their enforcement are done in a manner that follows rules and regulations. It also means that information is freely available and directly accessible to those who will be affected by such decisions and their enforcement. It also means that enough information is provided and that it is provided in easily understandable forms and media» (<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>). Acerca de la categorización normativa de este principio véase BIANCHI, A. «On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law», *Transparency in International Law*, A. Bianchi & Anne Peters (eds.), Cambridge University Press, 2013, pp.1-19. En esta monografía, la profesora A. Peters, si bien admite la existencia de una *opinio iuris* relevante en virtud de la amplia práctica en determinados sectores o regímenes jurídicos del derecho internacional (en particular en el ámbito europeo del medio ambiente donde opera el Convenio de Aarhus de 25 de junio de 1998 sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales), sin embargo concluye que «[a]s a result, it would seem difficult to argue that transparency is a norm of hard international law—and maybe it can never become one (...) But this finding might be of little relevance. Maybe the classic boxes, the “sources” in terms of Art. 38 ICJ-Statute, do not tell us much about the state of international law and its power to influence the behaviour of internationally relevant actors» (pp.585-586). Véase también de esta autora:

soberanas o nacionalistas frente al derecho internacional (el *Brexit* o el revisionismo de la *era Trump*, ambos no obstante limitados por el actuación judicial nacional⁵⁵ a diferencia de lo que ha ocurrido con el Tribunal Constitucional ruso que mediante su sentencia de 19 de enero de 2017, en relación con el asunto *Yukos* y la sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–, ha invocado el derecho imperativo ínsito en el principio de soberanía y de no intervención para derogar el principio estructural/*Grundnorm* relativo a la máxima *pacta sunt servanda*⁵⁶), sino también de la divergente opinión pública que, por un lado, está detrás de estas decisiones y, por otra parte y con distintos postulados, se ha mostrado muy beligerante contra la opacidad del proceso negociador así como contra el establecimiento *ad hoc* de tribunales supranacionales de arbitraje (cuyo funcionamiento tampoco puede ser calificado de transparente⁵⁷) referidos al derecho internacional de inversiones y los acuerdos de libre comercio. En el marco de la UE, por ejemplo, estas críticas, además de posponer la adopción del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), han dado lugar a la adopción el 27 de octubre de 2016 del singular *Instrumento Interpretativo Conjunto* al

«The Transparency Turn of International Law» *The Chinese Journal of Global Governance* 2015-1, pp. 3-15.

⁵⁵ Respecto al *Brexit*, la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido estimó que el acto de retirada del Reino Unido de la UE presentaba un carácter constitucional frente a la pretensión de prerrogativa gubernamental ajena al control del Parlamento (UK's Supreme Court (2017): *R. (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, Judgment of 24.01.2017, [2017] UKSC 5 (On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85). Sobre esta cuestión véase LÓPEZ BASAGUREN, A., «*Brexit*: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 111-140 y «La desnudez de la constitución británica. Crónica Marciana de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Reino Unido de 24 de enero de 2017» *Revista Española de Derecho Europeo*, Abril-Junio 2017, pp.13-46. La política migratoria establecida en distintas Órdenes ejecutivas firmadas por el Presidente Trump que impedía la entrada en EEUU de nacionales de siete Estados –Irán, Iraq, Libia, Somalia, Sudán, Siria, y Yemen, aun cuando finalmente se eliminó a Siria– fue suspendida por distintos Tribunales al estimarse discriminatoria y contraria a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense. No obstante y sin pronunciarse sobre el fondo, este veto judicial suspensivo fue levantado por el Tribunal Supremo el 26 de junio de 2017 (Supreme Court of the United States, 582 U. S. _ (2017) *Donald J. Trump, President of the United States, et al. v. International Refugee Assistance Project, et al.* on application for stay and petition for writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; *Donald J. Trump, President of the United States, et al. v. Hawaii, et al.* on application for stay and petition for writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit). Véase también: New Report on Immigration Court Backlog Reveals Administration's Efforts to Undermine Asylum System (<https://www.humanrightsfirst.org/press-release/new-report-immigration-court-backlog-reveals-administration-s-efforts-undermine-asylum>)

⁵⁶ Cfr. MARCHUK, I. «Flexing Muscles (Yet Again): The Russian Constitutional Court's Defiance of the Authority of the ECtHR in the Yukos Case» <https://www.ejiltalk.org/flexing-muscles-yet-again-the-russian-constitutional-courts-defiance-of-the-authority-of-the-ecthr-in-the-yukos-case/#more-14980>

⁵⁷ Véase GUNTRIP, E., «Self-determination and foreign direct investment: reimagining sovereignty in international investment law» *ICLQ* 2016-4, pp 848–854; G. RUSCALLA, «Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?» *Groningen Journal of International Law: International Arbitration and Procedure*, 2015-1 pp.1-26; CALAMITA, N.J. «Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy. Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach», *The Journal of World Investment & Trade*, 2014, 3-4, pp. 645 – 678. También resulta de interés las reflexiones de CARRERA RODRÍGUEZ, J., «From Washington to Luxembourg.....Stopping over at Strasbourg? Enforcement of ICSID awards under EU law», *20 Spanish Yearbook International Law*, 2016, pp.49-69.

Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG/CETA en sus siglas en inglés)⁵⁸, mientras que en octubre de 2016, el propio Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) informaba a sus Estados miembros sobre el inicio de propuestas de enmienda de las reglas y el reglamento del CIADI⁵⁹.

También han sido objeto de críticas ciertas instituciones que representan exponentes indiscutibles de la humanización y el progreso del derecho internacional. A tal efecto se han criticado «el activismo judicial» generado en torno al relevante y transformador principio de *control de convencionalidad* elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) así como el «activismo sesgado» de la Corte Penal Internacional en relación al continente africano hasta el punto de vigorizar la corriente doctrinal denominada *Aproximaciones del Tercer Mundo al derecho internacional (Third World Approaches to International Law/TWAIL)* que inciden en la crítica sobre el todavía imperante «colonialismo o visión occidentalizada» del derecho internacional⁶⁰, sin que la admisión de Palestina ante la CPI haya atenuado tal perspectiva⁶¹. Asimismo la situación creada en torno a la Corte Penal Internacional ha dado lugar a una singular propuesta de retirada colectiva de su Estatuto recomendada por la Unión Africana (UA) en su sesión de enero de 2017⁶².

Respecto a la CorteIDH, esta tensión se ha agudizado tras la adopción de la Resolución de 26 de febrero de 2016 sobre el caso *Artavia Murillo y otros («fecundación in vitro») vs. Costa Rica (Supervisión de cumplimiento de Sentencia)*⁶³ y la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre la

⁵⁸ Según se dispone en el mismo, este Instrumento constituye, en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una declaración clara y precisa del acuerdo alcanzado por Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros en varias disposiciones del AECG que han sido objeto de la preocupación y el debate públicos, y facilita una interpretación compartida del citado acuerdo. Entre ellas se incluyen, en particular, la repercusión del AECG sobre la capacidad de los gobiernos para regular en beneficio del interés público, así como las disposiciones sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias, y sobre el desarrollo sostenible, los derechos laborales y la protección medioambiental (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf>)

⁵⁹ <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>. Véase también el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf>)

⁶⁰ Cfr. BIANCHI, A., *International Law Theories....op.cit.*, pp. 205-221 y BENNOUMA, M., «Le Droit international entre la lettre et l'esprit», *Recueil de Cours, Académie de Droit International*, Leiden/Boston, 2016, p.35.

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase BOLLO AROCENA, M. D., «La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)» *REEI*, nº.31, 2106.

⁶² Cfr. el texto: https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/assembly_au_draft_dec.1_19_xxviii_e.pdf. Sobre esta cuestión véase. LABUDA, P. I., «The African Union's Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law make for Good Politics?» en <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-collective-withdrawal-from-the-icc-does-bad-law-make-for-good-politics/>

⁶³ http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf. Véase también el caso *Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica*, Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326.

*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*⁶⁴ en los que la Corte Interamericana asume un progresista pero controvertido papel no sólo de órgano jurisdiccional supranacional, sino de novedoso «órgano jurisdiccional legislativo/reglamentario» cuyas decisiones gozan de primacía y efecto directo desplazando la normativa nacional contraria o habilitando *ex novo* derechos y procedimientos inexistentes en los ordenamientos nacionales. Se trata de un grado más en relación con los principios de la UE, pues tal primacía y efecto directo se predicen de la jurisprudencia y no de la normativa convencional *self-executing* objeto de aplicación o interpretación. Incluso entre los más convencidos en la necesaria virtualidad transformadora del principio de control de convencionalidad en determinados contextos nacionales, se defiende cierta aproximación al más conservador principio del «margen de apreciación» del TEDH en ámbitos donde no existen un amplio consenso de tal forma que permita conjugar un «constitucionalismo de mínimos» internacional (orden público internacional o regional) con un pluralismo nacional complementario⁶⁵.

En cuanto a la Corte Penal Internacional se ha criticado que se ha convertido en una *jurisdicción especial y exclusiva para juzgar los crímenes internacionales en el continente africano*. Es verdad que todas las situaciones de las que está conociendo la CPI (a excepción de la situación de Georgia) se refieren al continente africano⁶⁶, mientras que respecto a los exámenes preliminares abiertos tal protagonismo lo comparte con otros Estados, incluyendo algún Estado del sector Europa occidental y otros. En tal sentido existen investigaciones en curso respecto: Afganistán, Colombia, Iraq/Reino Unido, Palestina, Filipinas⁶⁷, Ucrania y Venezuela⁶⁸. La tensión entre el continente africano y la CPI se ha visto agravada con motivo del asunto *Al Bashir*, la reacción de la Unión Africana⁶⁹, la retirada definitiva de la Corte Penal Internacional de Burundi (con efectos desde el 27 de octubre de 2017, aun cuando se mantiene abiertos los casos pendientes ante la Corte), así como las notificaciones de retirada de Gambia, Sudáfrica y Filipinas, aun cuando las dos primeras finalmente hayan sido revocadas⁷⁰. A tal efecto resultan muy

⁶⁴ Cfr. en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Véase también el Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi que estima que en ante asuntos como el planteado resulta más acertada la aplicación de la doctrina del TEDH sobre el «margen de apreciación» de los Estados.

⁶⁵ Cfr. CARRILLO SANTARELLI, N., «La legitimidad como elemento crucial de la efectividad de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante casos complejos y desafíos regionales», *Revista General de Derecho Público Comparado* 18, 2015, p.12.

⁶⁶ <https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx>

⁶⁷ El 17 de marzo de 2018, Filipinas depositaba ante el Secretario General de las Naciones Unidas, notificación escrita de su retirada del Estatuto de la Corte Penal Internacional que conforme al art.127 del Estatuto se haría efectiva un año después (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1371>).

⁶⁸ <https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx>. Sobre este particular véase SOROETA, J., «La Corte Penal Internacional (2002-2017): Balance y perspectiva», Documento de Investigación 19/2017, *IEEE*, pp.4-8.

⁶⁹ ABRISKETA URIARTE, J., «Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?» *REDI*, 2016-1, pp. 19-47.

⁷⁰ Cfr. tal información https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en#2. En el caso de Sudáfrica como consecuencia de que la Sentencia de 22 de febrero de 2017 de la Gauteng High Court declarara inconstitucional el instrumento de retirada presentado por Sudáfrica pues no se había solicitado la aprobación del Parlamento sudafricano (<https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2017/CN.121.2017-Eng.pdf>).

ilustrativas de la situación creada los términos utilizados por Sudáfrica en su notificación de retirada cuando declaraba que:

«South Africa is committed to protection of human rights and the fight against impunity which commitment was forged in the struggle for liberation against the inhumanity of colonialism and apartheid. We condemn in the strongest terms human rights violations and international crimes wherever they may occur and we call for the accountability of those responsible (...)

South Africa does not view the ICC in isolation, but as an important element in a new system of international law and governance and in the context of the need for the fundamental reform of the system of global governance. Questions on the credibility of the ICC will persist so long as three of the five permanent members of the Security Council are not State Parties to the Statute. The Security Council has also not played its part in terms of Article 16 of the Rome Statute where the involvement of the ICC will pose a threat to peace and security on the African continent. There is also perceptions of inequality and unfairness in the practice of the ICC that do not only emanate from the Court's relationship with the Security Council, but also by the perceived focus of the ICC on African states, notwithstanding clear evidence of violations by others (...)

In complex and multi-faceted peace negotiations and sensitive post-conflict situations, peace and justice must be viewed as complementary and not mutually exclusive. The reality is that in an imperfect world we cannot apply international law in an idealistic view that strives for justice and accountability and thus competing with the immediate objectives peace, security and stability (...)

Under these circumstances South Africa is of the view that to continue to be a State Party to the Rome Statute will compromise its efforts to promote peace and security on the African Continent. Also, there is an urgent need to assess whether the ICC is still reflective of the principles and values which guided its creation and its envisaged role as set out in the Rome Statute. The credibility and acceptability of the ICC to become the universally accepted institution for justice that will ensure the ideal of universality and equality before the law has not been realised and is under threat»⁷¹.

II. ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL, *SOFT-LAW* O *DERECHO ASERTIVO*, ACUERDOS NO NORMATIVOS Y LAS DERIVADAS DE LA «GOBERNANZA COOPERATIVA»: LA «*CITY DIPLOMACY*».

1. Observaciones generales: la gobernanza cooperativa como factor de impulso del estado de derecho.

Otra de las cuestiones que inciden sobre el estado de derecho en su vertiente de certeza jurídica y previsibilidad en cuanto al alcance e incidencia de sus consecuencias jurídicas es el tema de la preponderancia en la actualidad del *soft-law* o de un *derecho asertivo* que pretende, desde un ámbito de poder/autoridad, establecer vínculos de comunicación con el destinatario para determinar su conducta futura pero sin que éste tenga la «sensación» de que resulta coaccionado. Se trata de combinar flexibilidad con la suficiente capacidad de persuasión en la consecución de los objetivos propuestos⁷². Es verdad que este

⁷¹ Cfr. texto de notificación de retirada en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.786.2016-Eng.pdf>

⁷² Como indican RUPP D. E. y WILLIAMS C.A., «First, in many instances, hard law that is either prescriptive (so-called “command and control” regulation) or reflexive (required disclosure) is quite effective in changing firms’ behavior, but only up to a point. Beyond that point, resistance or resentment of “overly coercive” regulation can occur and a “culture of regulatory resistance” can develop. Second, many

fenómeno está muy vinculado a la irrupción de los actores no estatales, de las entidades subestatales así como en la emergencia de un relevante derecho transnacional, de un pluralismo legal y de una innegable inter-legalidad en la configuración de una proteica normativa global internacional⁷³. Incluso se ha incidido sobre los «local faces of global norms», en particular en la fase de traslación⁷⁴.

Estas entidades privadas o no estatales han superado su estatuto consultivo originario o de participación en la fase descendente/ejecutiva de la normativa internacional y están actuando con cierto protagonismo, aunque en una dimensión distinta a la de los Estados, en la promoción, formación y aplicación del derecho internacional: de ahí, los conceptos de «espacio normativo ampliado» que deja a un lado la naturaleza normativa de los textos internacionales, de «pluralidad de niveles de intervención en el proceso normativo», incluyéndose la iniciativa destinada a generar una movilización intergubernamental, de «variedad de modalidades de intervención» en el proceso normativo tales como la iniciativa, consulta y difusión, e incluso el «soft-control» en cuanto a la aplicación⁷⁵. Asimismo en la actualidad se incide sobre la existencia de una relevante *city-diplomacy* pues, como ha destacado la profesora Galera Rodrigo, «desde los años 80 del siglo pasado se viene analizando el fenómeno de la *paradiplomacia*, que atiende a las relaciones internacionales que los entes subestatales efectivamente desarrollan. Probablemente por su significación política, las relaciones internacionales de las entidades regionales han resultado preeminentes en esta área de estudio, no faltando los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular. Sin embargo, en paralelo y de forma más silenciosa, las entidades locales han desarrollado también una intensa actividad internacional, *city diplomacy*, si bien con una connotación menos unilateral y más asociativa que la de los gobiernos regionales. Primero las cuestiones ambientales, y más recientemente las climáticas, han potenciado de forma importante esta actividad»⁷⁶.

firms in many industries go “beyond compliance”, undertaking more protective (and more expensive) actions than those required by law. Third, soft law forms of governance are proliferating, such as self-regulatory industry standards, public/private hybrid governance, or third-party norms development, and many firms in many industries are orienting their behaviour towards those governance initiatives, notwithstanding that they require actions beyond what the law requires, and notwithstanding the lack of any potential government enforcement», «The efficacy of regulation as a function of psychological fit: Reexamining the Hard Law/Soft Law continuum» *Theoretical Inquiries in Law* 12 2011-2, p.581.

⁷³ TUORI, K., «Transnational law. On legal hybrids and perspectivism», en *Transnational Law. Rethinking European law and Legal Thinking*, M. Maduro, K. Tuori and S. Sankari (Eds.), Cambridge University Press, 2015, pp.11-57.

⁷⁴ ZIMMERMANN, L., *Global Norms with a Local Face*, Cambridge Studies in International Relations, 143, Cambridge University Press, 2017.

⁷⁵ Cfr. M. BETTATI, M., «La contribution des organisations non-gouvernementales à la formation et à l'application des normes internationales, rapport introductif», en *Les ONG et le Droit International*, Paris, 1986, pp.2-21. Sobre esta cuestión referida a las ONG y la *para-diplomacia internacional*, véanse los trabajos de M. ABAD CASTELOS, *¿Una Alternativa Solidaria frente a la Barbarie? Las ONG en la Nueva Sociedad Global*, Cideal, Madrid 2004; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN: *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2004; C. R. GARCÍA RUIZ: *ONGs y Derecho Internacional: su Influencia en la Elaboración de Normas Internacionales*, ed. Iustel, Madrid 2007; y TEIJO GARCÍA, C.: *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional*, ed. Dilex SL, Madrid 2005.

⁷⁶ GALERA RODRIGO, S., «Una aproximación positiva a la globalización jurídica» en *Construyendo el Futuro: Conversaciones Jurídicas sobre la Globalización*, S. Galera Rodrigo y M. Alda Fernández (ed.),

Es más algunos autores hacen referencia a la idea de la gobernanza cooperativa en el sentido de que el nuevo orden internacional puede ser caracterizado como un sistema multilateral y a la vez unido por un complejo marco de dependencias mutuas, entre las que se incluyen la construcción de redes subnacionales⁷⁷. En España, por ejemplo, se ha reconocido la constitucionalidad de la acción exterior de las Comunidades Autónomas tanto por la doctrina constitucional (nada impide que las Comunidades Autónomas «puedan presentarse como *actores internacionales*, estando esas entidades territoriales facultadas en determinados casos para realizar actuaciones en el ámbito exterior actuando siempre en el marco de las competencias propias de las Comunidades Autónomas» *dixit* el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 228/2016 de 22 de diciembre⁷⁸), mientras que la reciente legislación estatal adoptada sobre la acción exterior del Estado español (Ley 2/2014, de 25 de marzo) como en materia de celebración de tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014 de 27 de noviembre) regulan expresamente la competencia de los órganos, organismos y entes de las Administraciones Públicas (incluidas las Entidades Locales y las Universidades públicas) para la celebración de acuerdos administrativos y no normativos⁷⁹.

En el Libro *Los gobiernos locales en la agenda internacional: ¿actores o espectadores?*⁸⁰, se ha indicado que si bien podría parecer que los aspectos nucleares de

Atelier, Barcelona, 2017, p.45. Desde la perspectiva del cambio climático vid. J. SETZER, «Testing the Boundaries of Subnational Diplomacy: the International Climate Action of Local and Regional Governments», *Transnational Environmental Law*, 2015-2, pp. 319-337.

⁷⁷ Cfr. MARX, V., «Las ciudades y su inserción política en las relaciones internacionales» en *Las Ciudades y los Poderes Locales en las Relaciones Internacionales Contemporáneas*, Granada 2010, pp.35. Sobre esta cuestión vid. también B. KOHLER-KOCH, «Gobernanza interactiva: las regiones en la red de la política europea», en *Gobernanza Multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.127-139.

⁷⁸ Véase el comentario a la misma de PONS RAFOLS, X., «El Tribunal Constitucional y la Ley catalana de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea», *REDI* 2017-2, pp.333-344.

⁷⁹ Véanse las reflexiones acerca de esta última ley en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, J. DÍEZ HOCHLEITNER RODRÍGUEZ y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Dirs.), Civitas/Thomson Reuters 2015.

⁸⁰ *Cuadernos para la Internacionalización de las Ciudades* 07 (2016). Este libro ha sido realizado en el marco del proyecto AL-LAs «Alianza euro-latinoamericana de cooperación entre ciudades». Su edición ha estado a cargo de la Intendencia de Montevideo, Uruguay, con el apoyo financiero de la Unión Europea. El proyecto AL-LAs es coordinado por el Gobierno de la Ciudad de México en colaboración con los gobiernos de las ciudades de Belo Horizonte, Brasil; Lima, Perú; Medellín, Colombia; Morón, Argentina; Montevideo, Uruguay y Quito, Ecuador. Se suman como socios europeos, la red de Ciudades Unidas de Francia y el Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional en España y como aliada la alcaldía de Río de Janeiro en Brasil. En el mencionado estudio se cita como una de las manifestaciones de esta tendencia en el marco de la UE el denominado «Pacto de los Alcaldes» (http://www.pactodelosalcaldes.eu/index_es.html) una agenda política en la cual los alcaldes que la subscriben asumen una serie de compromisos en la lucha en contra el cambio climático, a través de la mejora en la eficiencia energética y la utilización de fuentes de energía renovables en sus territorios. Para cristalizar el compromiso político en medidas y proyectos concretos, los firmantes del Pacto deben elaborar un «inventario de Emisiones de Referencia» y presentar un «Plan de Acción para la Energía Sostenible» que resuma las acciones fundamentales que prevén llevar a cabo. Por sus características singulares, el Pacto es la única iniciativa que moviliza a actores regionales y locales en torno al cumplimiento de los objetivos de la UE. Las instituciones europeas definen el Pacto de los Alcaldes como un *modelo excepcional de gobernanza multinivel*.

la soberanía de los Estados y de las relaciones internacionales, tales como la defensa, el comercio internacional, la macroeconomía o las migraciones, queda muy lejos de las preocupaciones locales y de las políticas que los gobiernos de proximidad articulan para atenderlas, sin embargo en la actualidad no es así, pues una parte muy importante de los temas que conforman la agenda internacional tienen un fuerte impacto en el ámbito local. Empezando por las políticas de desarrollo, pasando por las que se vinculan a la lucha contra el cambio climático o la gestión de las migraciones internacionales, hasta las que se definen para tratar de gestionar la urbanización del planeta. El vínculo entre los fenómenos que responden a lógicas globales y sus impactos locales es cada vez más importante⁸¹.

En la contribución de Eugene D. Zapata Garesché en la referida monografía⁸², se afirma que no todas las autoridades locales perciben su internacionalización como una carrera competitiva en distintos ámbitos como puedan ser el turismo o las inversiones («city-marketing»), sino que las ciudades y sus gobiernos, más allá de la competencia, tienen espacios de oportunidad para colaborar desde otra lógica más solidaria, y que una nueva generación de redes está a la vuelta de la esquina. La búsqueda por tener un lugar en el mundo llevó a los gobiernos locales a crear organizaciones, todas de derecho privado, como medio para «ser escuchados» en la escena internacional y ser reconocidos dentro del sistema de Naciones Unidas. Pruebas de estas iniciativas es la presencia de estas entidades en espacios de toma de decisiones como por ejemplo en la Unión Europea, en el Mercosur, en el Consejo Económico y Social de la ONU o en el Consejo de Administración de ONU-Hábitat. No obstante para este autor, «sería conveniente superar el esquema tradicional en que se mueven los “gobiernos locales”. Es en este contexto que debemos analizar si hoy sigue siendo pertinente la búsqueda por parte de los gobiernos locales a ser reconocidos por un sistema que no les es propio; en el que siempre han estado en posición, en el mejor de los casos, de observadores, por no decir de invitados de segunda categoría. Los gobiernos locales deben renunciar a seguir el ejemplo de la ONU y olvidarse de crear una organización espejo para las ciudades. El riesgo es alto de que cumbre tras cumbre se adopten extensas declaraciones determinadas por acuerdos de mínimo común denominador y con base en compromisos que rara vez se cumplen. Se trata entonces de dar el salto hacia otra manera de relacionarse. El intercambio tradicional entre ciudades es en esencia una especie de colaboración “de cara a cara”, es decir, aquella en que cada ciudad establece relaciones con otra, pero desde su propia agenda e intereses. La nueva cooperación se asemeja más a una relación “de lado a lado”, no tanto como participantes individuales de un proyecto específico, sino más bien como cómplices en el largo plazo de una misma causa. Un cambio de visión implicaría que los gobiernos locales no sólo usen la información de otros para ver cómo resuelven sus respectivos problemas, sino que unan fuerzas con otros para ampliar conocimientos y buscar soluciones a retos compartidos. Estos espacios de colaboración requieren de una orientación clara, lo que significa que, por más voluntad que exista, no habrá buen proyecto si no se comparte una misma visión sobre el objetivo que se desea»⁸³.

⁸¹ Ibid. pp.31-32.

⁸² ZAPATA GARESCHÉ, E. D. «Las alianzas de ciudades y gobiernos locales como germen de un mundo nuevo» en *Los Gobiernos Locales en la Agenda Internacional... op.cit.* pp. 20-27.

⁸³ Ibid. p.25.

2. El *soft-law* y los acuerdos no normativos: luces de eficacia/efectividad y sombras de legitimidad desde la perspectiva del estado de derecho.

Volviendo a los aspectos normativos, si el siglo XX fue el siglo del tratado internacional, la implosión de la norma convencional e institucional, en la actualidad podemos hablar de la era del *soft law* o *derecho asertivo* hasta el punto que se aprecia una cierta crisis del tratado como instrumento normativo internacional o del mismo artículo 38 del Estatuto de Corte Internacional de Justicia. Como ya hemos advertido, A. Peters concluía respecto a las dificultades a la hora de precisar la naturaleza normativo-internacional del principio de transparencia afirmando que quizá «the classic boxes, the “sources” in terms of Art. 38 ICJ-Statute, do not tell us much about the state of international law and its power to influence the behaviour of internationally relevant actors»⁸⁴, mientras que J. E. Alvarez no solo constata el reto que suponen las organizaciones internacionales y sus diferentes actos institucionales respecto del rígido esquema de fuentes del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, sino también que «as is suggested by the concept of “soft-law”, some institutionalized generated norms or standards are “harder” o “softer” than others along a number of criteria, and they pose a number of distinct consequences or obligations on states and possibly other non-state actors. The usual positivist test –is this rule that a judge could readily apply to a state to impose one of remedies envisioned by the Articles of State Responsibility?– is no longer a reliable test for lawyer to use in advising a client that ask, “Am I subject to any international law on point?»⁸⁵.

Por su parte A. Rodrigo Hernández, en relación con la calificación del Acuerdo de París sobre cambio climático («interesante criatura jurídica»⁸⁶), si bien concluye que es un tratado internacional (híbrido que transmuta el enfoque *top-down* tradicional por un enfoque *bottom-up* sustentado sobre la unilateralidad estatal en la concreción del compromiso) homologable por el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, sin embargo admite que hay que superar, en particular en el ámbito de los tratados de protección de intereses generales, la diferenciación binaria (derecho/no derecho) en beneficio de una diferenciación contextualizada y dinámica, pues la valoración de grados de normatividad que se derivan de sus disposiciones no se puede hacer en términos binarios como positiva o negativa. Existen «otros elementos y circunstancias que se deben tener en cuenta como son el grado de participación y, por tanto, una mayor universalidad del tratado, la transparencia, la rendición de cuentas, la creación de confianza, la capacidad de adaptación al cambio y de ajustar progresivamente los compromisos, la evolución de los conocimientos científicos, etc.»⁸⁷

⁸⁴ PETERS, A. «The Transparency Turn of International Law», *op. cit.*, p.15.

⁸⁵ ALVAREZ, J.E., *op.cit.*, p.359. Incluso respecto al sistema de fuentes del art.38 indica que «The Security Council and General Assembly –as well as other OIs including international courts and tribunals–, supply alternative forms of global law in response to the “shackles” imposed by Article 38 sources and the resulting gaps in the law», *ibid.* p.413.

⁸⁶ BOISSON DE CHAZOURNES, «One swallow does not a summer make, but might the Paris Agreement on climate change a better future create?» Editorial, *EJIL* 2016-2, <https://www.ejiltalk.org/one-swallow-does-not-a-summer-make-but-might-the-paris-agreement-on-climate-change-a-better-future-create/>

⁸⁷ RODRIGO HÉRNANDEZ, A., «El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Ente la importancia simbólica y la debilidad sustantiva» en *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, C. Martínez

Es verdad que el *soft-law*, al igual que los acuerdos no normativos, han desempeñado un papel crucial en el desarrollo progresivo del derecho internacional por distintas vías⁸⁸ así como en la persecución de ciertas utopías o mitos⁸⁹, que encierran un componente obligacional de buena fe no siempre controlable por los Estados⁹⁰, que en la actualidad constituyen un mecanismo informal pero de muy rápida implantación en la consecución de ciertos objetivos comúnmente aceptados⁹¹ y que presentan una eficacia y efectividad reconocibles para el buen funcionamiento de la gobernanza mundial en sus distintas dimensiones, en particular, la técnica y tecnológica. Piénsese, entre otros, en los siguientes organismos privados con funciones internacionales cuya base constitucional son los memorandos de entendimiento (MOU) y sus instrumentos de actuación son principalmente las recomendaciones, estándares, guías o códigos de conducta: la Asociación Internacional de Transporte Aéreo/IATA, el Grupo de Acción Financiera Internacional/GAFI-FAFT; la Organización Internacional de Normalización/ISO o la Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet/ICANN, entidad pública benéfica, sin fines de lucro, constituida de conformidad con la *Nonprofit Public Benefit Corporation Law* del Estado de California, con la finalidad de gestionar la gobernanza tecnológica del ciberespacio.

Capdevila, E.J., Martínez Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.418. Véase también, SALINAS ALCEGA, S., «El Acuerdo de París de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional», *REDI* 2018-1, pp. 53-76; FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos», *REDI*, 2018-1, pp. 23-52; NAVA ESCUDERO, C., «El Acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, pp. 99-135

⁸⁸ BLUTMAN, L., «In the trap of a legal metaphor: international soft law», *ICLQ* 2010-3, pp 605–624.

⁸⁹ FERNÁNDEZ LIESA, C.R., «Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible» en *Análisis y Comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 44-53

⁹⁰ Resulta altamente curioso cómo en el Compromiso de Lima de la Cumbre de las Américas sobre la «Gobernabilidad democrática frente a la corrupción» adoptado el 14 de abril de 2018, indudable declaración política, Estado Unidos introduce una «novedosa» declaración *como nota a pie de página* indicando que «Estados Unidos subraya que el párrafo 18 de la Agenda 2030 hace un llamado a los países para que implementen la Agenda de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados, según el derecho internacional. También destaca su reconocimiento compartido en el párrafo 58 de que la implementación de la Agenda 2030 debe respetar y no perjudicar los mandatos independientes de otros procesos e instituciones, incluidas las negociaciones, y no prejuzga ni constituye un precedente con respecto a decisiones y acciones que se encuentren en marcha en otros foros. Por ejemplo, esta Agenda no constituye un compromiso de suministrar un acceso a nuevos mercados para bienes o servicios. Esta Agenda tampoco interpreta ni modifica ningún acuerdo ni decisión de la Organización Mundial del Comercio, incluido el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio». Consultad en http://www.summit-americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf.

⁹¹ A tal efecto se ha destacado que los progresos de armonización e integración alcanzados en el marco jurídico de la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales a nivel mundial y global se han conseguido gracias al denominado proceso de «*hardening the soft recommendations*» que combina flexibilidad con la suficiente capacidad de persuasión en la consecución de los objetivos propuestos. En tal sentido, DURRIEU, R., *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp.119-151; BLICKMAN, T., «Money laundering, tax evasion and financial regulation», en *Countering Illicit and Unregulated Money Flows*, D. Aronson (Ed.) Crime & Globalisation Transnational Institute, 2009, pp.3-7.

En el ámbito de la Unión Europea, el *soft-law* o *derecho indicativo*⁹² constituye un subrégimen específico dentro del orden jurídico comunitario, un submundo jurídico de contornos difusos e infinitos, pero con efectos jurídicos que van más allá del mero alcance recomendatorio en virtud del principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 TUE. Tomando como referencia la sentencia *Grimaldi*, D. Sarmiento ha resumido esta práctica comunitaria distinguiendo la dimensión nacional e institucional sobre la que se proyecta este orden jurídico singular. Por el lado nacional y aunque el *soft law* no imponga obligaciones ni otorgue derechos, sí vincula a los tribunales nacionales en cuanto instrumento «a tener en cuenta», no se trata de una obligación de «aplicación», sino de una obligación de toma en consideración en el curso de la aplicación. Se impone al juez nacional un deber de motivación en el que los instrumentos de *soft-law* comunitarios existentes han de ser considerados. Por otro lado y desde la perspectiva institucional, pueden desempeñar un efecto impeditivo (*estoppel* o teoría de los actos propios) a la capacidad de acción futura de las instituciones de la Unión Europea que hayan adoptado tal normativa en virtud del principio de confianza legítima⁹³.

⁹² Utilizando la terminología empleada en las Conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek, presentadas el 12 de diciembre de 2017 en el asunto C-16/16 P, *Reino de Bélgica c. Comisión Europea*. De acuerdo con estas Conclusiones: «En primer lugar, «las recomendaciones no son vinculantes ni se les permite producir efectos jurídicos. Por lo tanto, no pueden generar derechos u obligaciones para los Estados miembros ni para los particulares. En cuanto a los Estados miembros, no cabe invocar el principio de cooperación leal para tratar de erosionar por cualquier medio esa afirmación. Los Estados miembros están plenamente facultados para ignorar el contenido de una recomendación, sin que sea posible imponerles sanciones directas o indirectas. Lo anterior no solo se aplica en relación con las «obligaciones» concretas cuyo cumplimiento se promueve entre los Estados miembros, sino también con las «invitaciones» a presentar informes. Las recomendaciones no pueden generar obligaciones ni positivas ni negativas. Tampoco puede recurrirse a una recomendación para definir un concepto jurídico estándar o indeterminado que, una vez dotado de contenido por dicha recomendación, pueda imponerse a un Estado miembro o a un particular. En segundo lugar, una recomendación, máxime si es prelegislativa, es simplemente una manifestación de opinión unilateral y no vinculante de una institución. En caso de que vaya seguida de legislación vinculante, el proceso legislativo debe partir de cero. En particular, una recomendación no puede crear un «atajo» o una «precedencia» legislativa excluyendo a determinados actores del posterior proceso legislativo, ni penalizar de hecho a algunos actores en el proceso posterior por no haber manifestado su opinión o presentado observaciones, datos o informes sobre la recomendación o sobre el marco de su «aplicación». Por último, es preciso volver a la sentencia *Grimaldi*. Si las recomendaciones no son vinculantes, por definición no pueden generar para los órganos jurisdiccionales nacionales la *obligación* de tener en cuenta esa orientación no vinculante, y menos aún referirse a cualquier deber de interpretación conforme. Si el Tribunal de Justicia decidiera adoptar este planteamiento más formal sobre los actos «típicos» del Derecho de la Unión, resultaría necesario revisar la jurisprudencia *Grimaldi* a este respecto y declarar claramente que no hay obligación alguna de tener en cuenta las recomendaciones. Los órganos jurisdiccionales nacionales *pueden* hacerlo si lo consideran conveniente, pero, desde luego, *no están obligados* a ello», párrs 168-170.

⁹³ SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp.263-265. Véanse también, BOUVERESSE, A., «La portée normative de la soft law» *Revue de l'Union Européenne*, 2015, pp. 291-298; BRUNESSEN B., «Soft law, Rapport introductif: Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 575, 2014, pp. 73-84; SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004. Sobre los acuerdos administrativos y los acuerdos no normativos (MOU) en la Unión Europea véase PASTOR PALOMAR, A. «Efectos de los acuerdos internacionales en el derecho de la UE: práctica reciente y perspectiva de España», en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, T.IX, Acción Exterior de la UE*, J. M. Beneyto Pérez (Dir.) J. Mailló González-Orús y B. Becerril Atienza (Coord.), Aranzadi, 2017, pp.94-107.

Si el *soft-law* (en su múltiple y proteica configuración instrumental) en el ámbito comunitario de integración resulta de una potencialidad jurídica evidente en virtud de su efectividad, en el marco de la Política Exterior y Seguridad Común (incluida la Política de Seguridad y Seguridad Común), así como en otros ámbitos de cooperación –como es el caso de las *Declaraciones conjuntas para la asociación de la movilidad* que incorporan una cláusula de no normatividad a pesar de afectar a temas fundamentales como el fortalecimiento de la cooperación en materia de migración y desarrollo, la lucha contra la inmigración irregular así como a la promoción de una política eficaz de retorno y readmisión dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los instrumentos internacionales para la protección de los refugiados⁹⁴–, se expande exponencialmente pues se trata de un campo legalmente abonado para tales prácticas⁹⁵. No obstante y si bien la UE ha celebrado, por ejemplo, numerosos y relevantes *memoranda of understanding* en el ámbito de la energía⁹⁶, sin embargo en aras a la defensa del correcto y transparente funcionamiento del mercado interior en este sector ha conminado a los Estados miembros a que le comuniquen cualquier acuerdo celebrado sobre la materia con independencia de su denominación. A tal efecto ha recordado en su Decisión de 5 de abril de 2017 que

«Los Estados miembros establecen relaciones con terceros países no solo mediante la celebración de acuerdos intergubernamentales, sino también en forma de instrumentos no vinculantes, que a menudo se designan formalmente como «memorándum de acuerdo», «declaración conjunta», «declaración ministerial conjunta», «acción común» o «código de conducta común», o términos similares. Al no ser jurídicamente vinculante, los Estados miembros no pueden ser legalmente obligados a aplicar dichos instrumentos, incluso en aquellos casos en que su aplicación sea incompatible con el Derecho de la Unión. Aunque no sean jurídicamente vinculantes, dichos instrumentos pueden utilizarse para establecer un marco detallado para la infraestructura energética y el abastecimiento de energía. *En aras de una mayor transparencia, los Estados miembros deben poder remitir a la Comisión instrumentos no vinculantes*, a saber, acuerdos jurídicamente no vinculantes entre uno o varios Estados miembros y uno o varios países terceros que no sean jurídicamente vinculantes y que establezcan condiciones para el suministro de energía o el desarrollo de infraestructuras energéticas, también mediante la inclusión de interpretaciones del Derecho de la Unión a este respecto, o modificaciones de dichos instrumentos no vinculantes, incluidos sus anexos. Si el instrumento no vinculante o la modificación se refieren explícitamente a otros textos, el Estado miembro también podrá remitir dichos textos»⁹⁷.

⁹⁴ Como es el caso de las celebradas, entre otros, con Marruecos (2013); Azerbaijan (2013); Túnez (2014), Jordania (2014); Belarus (2015); Etiopia (2015) y Nigeria. Se pueden consultar tales declaraciones en la siguiente dirección: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration_en. Sobre este particular, PASTOR PALOMAR, A., «Efectos de los tratados....», *op.cit.*, pp.106-107.

⁹⁵ Véase el apartado titulado “Disputes concerning practice of international agreements and other international instruments” en GOSALBO-BONO, R. y NAERT, F., «The Reluctant (Lisbon) Treaty and Its Implementation in the Practice of the Council» *About The European Union’s External Action in Times of Crisis*, Piet Eeckhout, Manuel Lopez-Escudero (Eds.) Bloomsbury Publishing, 2016.

⁹⁶ Basta recordar el celebrado con Ucrania:

https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/mou_strategic_energy_partnership_en.pdf

⁹⁷ Párr.16 de la Decisión (UE) 2017/684 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 por la que se establece un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales y los instrumentos no vinculantes entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía y por la que se deroga la Decisión 994/2012/UE (DO L 99/1 de 12 de abril de 2017). El énfasis es añadido.

El *soft-law*, así como los *acuerdos no normativos o los pactos políticos*, no solo inciden en el alcance de la juridicidad del instrumento sino también pueden causar desequilibrios institucionales y confusión en cuanto al ejercicio de derechos y atribución de competencias y responsabilidad. La denuncia unilateral el 8 de mayo de 2018 por parte de EEUU del acuerdo nuclear con Irán asumido por el Consejo de Seguridad (en realidad, del Plan de Acción Integral Conjunto, PAIC, celebrado en Viena el 14 de julio de 2015 entre E3/UE+3 –Alemania, China, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, junto con el Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad– y la República Islámica de Irán)⁹⁸, puede de nuevo dar lugar al planteamiento sobre si se trata de un verdadero tratado internacional o un mero acuerdo político⁹⁹, pues tal calificación repercutirá en las consecuencias de la denuncia unilateral¹⁰⁰, así como en el

⁹⁸ La Misión de los Estados Unidos ante la ONU solicitó que el Plan de Acción Integral Conjunto (PAIC) y sus anexos se distribuyera como documento del Consejo de Seguridad: S/2015/544. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hizo suyo el contenido del Plan en su resolución 2231 (2015).

⁹⁹ Cfr. PADEANU, I.E., «Is the Trump Administration Bound by the Iran Deal?» *Yale Journal of International Law*, 2016 (<http://www.yjil.yale.edu/is-the-trump-administration-bound-by-the-iran-deal/>); MARDANI N. & MEHDI HOOSHMAND, M, «JCPOA; A Dialectical Paradigm of Treaty and other International Instruments», *Journal of Politics and Law*, 2016-3, 70-84. En el caso de la UE, cabría discutir si se trata de un acuerdo que se refiere *exclusivamente a la política exterior y de seguridad común* –art.37 TUE y exento de control jurisdiccional– o, si por el contrario y en la medida en que incide, entre otras, en la política comercial común y sobre las medidas restrictiva se le aplicaría el régimen convencional de los arts.207 y 218 TFUE. Respecto a los EEUU, según la carta remitida por su Departamento de Estado al entonces congresista Mike Pompeo (actualmente Secretario de Estado), «the Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) is not a treaty or an executive agreement, and is not a signed document. The JCPOA reflects political commitments between Iran, the P5+1 (the United States, the United Kingdom, France, Germany, Russia, China) and the European Union....The success of the JCPOA will depend not on whether it is legally binding or signed, but rather on the extensive verification measures we have put in place....Everything in the JCPOA and its annexes are commitments Iran made, and must keep, to remain in compliance. If Iran breaks these commitments, we can snap back both unilateral and UN sanctions...There are no “secret deals” ...and no JCPOA documents that Congress does not already have. The Administration is fully committed to providing information to Congress to ensure full transparency as we implement the JCPOA»,

(<http://www.humanrightsvoices.org/assets/attachments/documents/11.24.2015.state.dept.letter.jcpoa.pdf>)

¹⁰⁰ Sobre la posibilidad de una denuncia unilateral, se ha de tener en cuenta que según lo acordado, los participantes han de seguir el procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Conjunta previsto en el Plan de Acción Integral Conjunta y solo cuando este no permita resolver la queja de incumplimiento presentada, entonces el participante podrá alegarla como motivo para dejar de cumplir sus compromisos en virtud del presente PAIC en su totalidad o en parte, o comunicar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, a su juicio, la cuestión constituye un incumplimiento significativo. Véase párr.36, p. 14 del Documento S/2015/544. No obstante, el Consejo de la UE ha precisado en una Declaración que «el compromiso de que la UE retire todas las sanciones relacionadas con actividades nucleares de conformidad con el Plan de Acción Integral Conjunto (PAIC) se entenderá sin perjuicio del mecanismo de resolución de conflictos especificado en el PAIC y de la reintroducción de sanciones por parte de la UE en caso de incumplimientos significativos por parte de Irán de sus compromisos en el marco del PAIC. El Consejo se compromete a reintroducir sin demora todas las sanciones de la UE relacionadas con actividades nucleares que se hayan suspendido o que hayan finalizado, en caso de incumplimientos significativos por parte de Irán de sus compromisos en el marco del PAIC, por recomendación conjunta al Consejo de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Francia, Alemania y el Reino Unido» (DO C 345 de 18 de octubre de 2015).

ejercicio de los derechos y obligaciones de las partes en el mismo («*participantes*» son denominados en el texto del PAIC y de la resolución 2231 del Consejo de Seguridad) e, incluso, de los particulares, grupos y empresas afectadas. Las obligaciones de levantamiento de sanciones mediante la adopción de las oportunas medidas normativas (del Consejo de Seguridad, de la UE y en los respectivos ámbitos nacionales), el compromiso de llevar adelante un programa nuclear exclusivamente pacífico, las inspecciones de la OIEA, el establecimiento de una Comisión Conjunta de resolución de controversias y la asunción de aplicar el PAIC «de buena fe y en un clima constructivo, sobre la base del respeto mutuo, y a abstenerse de realizar cualquier acción incompatible con la letra, el espíritu y la intención del PAIC que pueda poner en peligro su aplicación efectiva»¹⁰¹, ¿resultarán más decisivas en la calificación del PAIC que las declaraciones de las partes, la atmósfera imperante o el hecho de que el Plan de Acción no haya pasado control parlamentario alguno ni haya sido formal y oficialmente publicado salvo que hablemos de una publicación por referencia en virtud de los distintos actos de ejecución del mismo¹⁰²?

Previamente, la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 sobre la crisis migratoria y de refugiados¹⁰³, ya generó un importante debate acerca de su naturaleza política (mera declaración de intenciones) o de su carácter convencional generador de compromisos jurídicos que ha concluido judicialmente –por el momento– en distintos autos dictados por el Tribunal General el 28 de febrero de 2017¹⁰⁴. Respecto a este «controvertido acuerdo»¹⁰⁵, si bien el Tribunal General recordó su jurisprudencia acerca de que la forma del acto no es determinante sobre su naturaleza y alcance jurídicos y, por ende, sobre su control judicial¹⁰⁶, sin embargo estimó que «con independencia de la

¹⁰¹ Además se indica que: «Todas las disposiciones y medidas contenidas en el presente PAIC estarán destinadas únicamente a ser aplicadas entre el E3/UE+3 y el Irán y no deberá considerarse que sientan precedente para ningún otro Estado ni para los principios fundamentales del derecho internacional y los derechos y obligaciones en virtud del TNP y otros instrumentos pertinentes, ni para los principios y prácticas reconocidos internacionalmente», punto xi) del Acuerdo, p. 4.

¹⁰² Decisión (PESC) 2015/1336 del Consejo de 31 de julio de 2015 por la que se modifica la Decisión 2010/413/PESC relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Irán y Reglamento (UE) 2015/1327 del Consejo, de 31 de julio de 2015, por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 267/2012 relativo a medidas restrictivas contra Irán, ambos en *DO L* 206, de 1 de agosto de 2015.

¹⁰³ <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

¹⁰⁴ Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo. Vamos a tomar como referencia el asunto T-192/16, *NF c. Consejo Europeo*.

¹⁰⁵ Véase al respecto, SANTOS VARA, J., «La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?» *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, C. Martínez Capdevila y E. J. Martínez Pérez (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.289-300 y GONZÁLEZ VEGA, J.A., «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía», *La Crisis de las Personas Refugiadas y su Impacto sobre la UE. Causas, Impactos, Asilo, Políticas de Inmigración, Asilo, Marco Jurídico*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo 2017, pp.149-189.

¹⁰⁶ Según el párr.42 del Auto T-192/16: «Con carácter preliminar procede recordar que son susceptibles del recurso de anulación establecido en el artículo 263 TFUE todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos (sentencias de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, 22/70, EU:C:1971:32, apartado 42, y de 4 de septiembre de 2014, Comisión/Consejo, C-114/12, EU:C:2014:2151, apartados 38 y 39; véase igualmente la sentencia de 28 de abril de 2015, Comisión/Consejo, C-28/12, EU:C:2015:282,

cuestión de si la Declaración UE-Turquía constituye, como sostienen el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión, una declaración de carácter político o, por el contrario, como sostiene el demandante, un acto que produce efectos jurídicos obligatorios, dicha Declaración, tal y como fue difundida mediante el comunicado de prensa n.º 144/16, no puede considerarse un acto adoptado por el Consejo Europeo —ni por ninguna otra institución, órgano u organismo de la Unión— ni un indicio de la existencia de un acto de tales características que se corresponda con el acto impugnado». Por lo tanto, aun suponiendo que se hubiera concluido informalmente un acuerdo internacional en la reunión de 18 de marzo de 2016, dicho acuerdo habría sido alcanzado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro turco¹⁰⁷.

Esto es, al no tratarse de un acuerdo atribuible a las instituciones de la UE no tiene por qué ser sometido al Parlamento Europeo, sin embargo sí que tendría que haber sido sometido a los parlamentos nacionales en el supuesto de que sus respectivas normas constitucionales así lo exigieran. Este sería el caso del sistema constitucional de España (art.94.1 CE), sin embargo dicho acuerdo ni ha sido sometido a la autorización de las Cortes Generales ni ha sido publicado en el *BOE* tal y como establece el artículo 23 de la Ley 25/2014 sobre tratados. Es más, contamos con un Auto propio del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (*Sala de lo Penal*) que reconoce «los nueve puntos de dicho Acuerdo son plenamente respetuosos con los artículos 79 y 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde se establecen las bases de funcionamiento de la Institución en materia de inmigración, y acoge las Directivas del Consejo de Europa relativas al procedimiento de asilo» Esto es, que el acuerdo adoptado, solo puede contemplarse como el desarrollo institucional, en el marco de la UE, de los principios de solidaridad y reparto equitativo en una crisis de inmigración masiva provocada por el temor a las represalias de un conflicto bélico, ya que tal acuerdo solo pretende la protección de las personas desplazadas y la distribución equitativa y ordenada de los flujos migratorios¹⁰⁸. En este caso y a la espera de la resolución del recurso de casación planteado ante el Tribunal de Justicia¹⁰⁹, los reenvíos jurisdiccionales han generado en la práctica un instrumento jurídico sobre derechos fundamentales no oficialmente publicado y ajeno a todo control democrático, constitucional y jurisdiccional tanto en el ámbito europeo como en el nacional. Como ha indicado E. Uría Gavilán, «se trata de una descarga de responsabilidades que conduce a una zona gris, carente de toda transparencia, evitando todo control democrático»¹¹⁰.

apartados 14 y 15 ...). A este respecto, el hecho de que se haya informado de la existencia de un acto destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros por medio de un comunicado de prensa, o de que haya adoptado la forma de una declaración, no impide constatar su existencia ni lo sustrae, en consecuencia, de la competencia del juez de la Unión para controlar su legalidad en virtud del artículo 263 TFUE, siempre que dicho acto emane de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 1993, Parlamento/Consejo y Comisión, C-181/91 y C-248/91, EU:C:1993:271, apartado 14)»

¹⁰⁷ Ibid.párrs.71-72.

¹⁰⁸ ATS 6281/2016 - ECLI:ES:TS:2016:6281A

¹⁰⁹ *NF/Consejo Europeo*, asunto C-208/17 P.

¹¹⁰ URÍA GAVILÁN, E., «El Tribunal General se declara incompetente para conocer de los recursos de anulación contra la Declaración de la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016», *LA LEY Unión Europea* n° 49, junio 2017, p.9/13.

Retomando el debate doctrinal, J. D'Aspremont desde una perspectiva crítica ha destacado que la teoría del no formalismo/suavidad (*softness*) ha ganado una profunda aceptación en el marco de la doctrina jurídico-internacional. A tal efecto se ha mantenido que tal fenómeno no solo afecta al derecho, sino también a la gobernanza, a la elaboración de las normas, a las organizaciones internacionales, a la aplicación de la norma e incluso, desde la perspectiva jurídica crítica, también a los argumentos legales internacionales. Según este autor, el concepto general de *softness* –especialmente referido al *instrumentum*– se originó en la presunción de que la naturaleza binaria de la norma no resulta adecuada para acomodar la creciente complejidad de las relaciones internacionales contemporáneas en las que existen zonas grises normativas muy amplias donde no hay necesidad de definir lo que es derecho y no derecho, pues se percibe como una continuidad indisociable¹¹¹. Sin embargo, la asimilación del *soft-law* al sistema de fuentes encierra ciertos peligros no solo desde la perspectiva de certeza, seguridad y previsibilidad jurídicas conforme al principio de estado de derecho¹¹², sino también desde la dimensión de la legitimidad, igualdad y representatividad en cuando al proceso de creación y eficacia de tales normas¹¹³.

Existe una cierta tendencia a que ciertos acuerdos o pactos internacionales, en particular aquellos que aspiran a regular intereses generales de la comunidad internacional, no lleguen a adoptar la naturaleza de tratado internacional. Tal debate no sólo se produjo con el *Acuerdo de París sobre cambio climático*, sino también con la propuesta de elaboración de un instrumento internacional relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional¹¹⁴; la propuesta de los principios rectores sobre las empresas transnacionales y otras

¹¹¹ Según este autor «norms enshrined in soft instruments, e.g. political declarations, codes of conducts and gentlemen's agreements, are considered as part of this continuum between law and non-law. In the traditional theory of the sources of international law, norms enshrined in a non-legal instrument (i.e. those norms with soft *instrumentum*) can still have legal effect. For instance, they can partake in the *internationalization of the subject-matter*, provide guidelines for the interpretation of other legal acts or pave the way for further subsequent practice that may one day be taken into account for the emergence of a norm of customary international law. Yet, if formal pedigree were to be the only law-ascertainment criterion, they would simply be legal facts. Nonetheless the international legal scholarship has adopted a strong tendency to construe these legal facts as law. The softness inherent in the growingly accepted idea of a grey zone and the elevation of the norms enshrined in non-legal instruments – which are at best legal facts – into international legal rules reinforce the current deformalization of the ascertainment of international legal rules (...).», J. D'ASPREMONT, «The Politics of Deformalization in International Law» *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), pp.526-527. Del mismo autor, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011.

¹¹² Tal y como concluye Blutman, el contenido, la extensión y los criterios distintivos de *soft law* siguen siendo indefinidos e igualmente vagos, de modo que no se justifica separar el *soft law* como una categoría distinta dentro de la normatividad internacional. BLUTMAN, L., *loc.cit.*, p.624.

¹¹³ Véase en este sentido, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La Prevención y Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Corrupción. Interacciones Evolutivas en un Derecho Internacional Global*, Comares, Granada, 2015, pp.22-59.

¹¹⁴ Finalmente, la Resolución 69/292, aprobada el 19 de junio de 2015, decidía que tal instrumento internacional fuera jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

empresas comerciales en materia de derechos humanos (OEIGWG)¹¹⁵ o el Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular cuyo periplo negociador se iniciará con la convocatoria en 2018 de una conferencia intergubernamental de acuerdo con las previsiones de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, incorporada en la resolución 1/71 aprobada el 19 de septiembre de 2016 por la Asamblea General reunida en sesión plenaria de alto nivel de jefes de Estados y de Gobierno y altos representantes¹¹⁶.

Frente a esta tendencia favorable a la *no normatividad o a cierto «asertivismo» jurídico internacional* (crisis del tratado como instrumento jurídico internacional), se han manifestado algunos autores. En referencia a la Agenda 2030 y los loables Objetivos para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas donde se establecen objetivos universales al margen de estructuras jurídicas obligacionales, se ha afirmado que sin establecer mecanismos efectivos de responsabilidad, incluyendo los relacionados con las empresas multinacionales, tales «Objetivos son encomiables pero, como ha sucedido en otras ocasiones, el desenfoque en el diagnóstico de los problemas hace inviable, sin cuestionar las bases del metabolismo social global, la suma, a la vez y para todos, de todos esos objetivos. Por el contrario, la experiencia histórica muestra hasta qué punto el grado de bienestar de los menos se ha basado y se basa todavía en la vulneración de los derechos de los más, en un huella ecológica desproporcionada y en una deuda ecológica probablemente incalculable, y hasta qué punto estamos asistiendo a un proceso acelerado de concentración de la riqueza y de aumento de desigualdades en el mundo... *En cierto modo, puede concluirse que reflejan, si se prefiere, una falta de transcendencia constitucional del concepto normativo de desarrollo sostenible en el ordenamiento jurídico internacional, que le impide vertebrar un equilibrio real entre las dimensiones económica, social y ambiental de la gobernanza global*»¹¹⁷. Por su parte, el profesor Díaz Barrado ha estimado que la Declaración de 2015, como último paso hasta ahora del desarrollo sostenible, supone la rebelión de aquellos principios que no han logrado alcanzar la categoría de principios estructurales del orden internacional y, asimismo, la beligerancia de aquellos otros principios que no quieren permanecer en el ámbito de las obligaciones «vaporosas». Estos principios aspiran a conformarse como principios estructurales del orden internacional de los que deriven normas precisas y que impongan obligaciones para los Estados y otros actores de las relaciones internacionales y que otorguen derechos. En definitiva, que la formulación de algunos de los compromisos asumidos por estos principios entrañen responsabilidad internacional¹¹⁸.

¹¹⁵ Durante la tercera sesión que tuvo lugar del 23 al 27 de octubre de 2017, Grupo de trabajo discutió los elementos para un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante conforme a la propuesta presentada por el Presidente-Relator del OEIGWG, teniendo en cuenta los debates mantenidos durante las dos primeras sesiones.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>

¹¹⁶ <https://www.iom.int/global-compact-migration>

¹¹⁷ Véase. CARDESA-SALZMANN, A., y PIGRAU SOLÉ, A., «La Agenda 2030 y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible. Una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental», *REDI*, 2017-1, pp.282-283.

¹¹⁸ Cfr. DÍAZ BARRADO, C.M., «Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas» *AEDI*, 2016, p. 47; Véase también FERNÁNDEZ LIESA, C.R., «Sustainable development in International law: General issues», en *International Society and*

Desde las Naciones Unidas, el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, en su Informe de 2016 sobre el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, ha reivindicado la necesidad del reconocimiento de marcos jurídicos obligatorios y jurídicamente exigibles. A tal efecto indica que «incluso quienes argumentan que la batalla por los derechos económicos y sociales se ganará o se perderá inevitablemente en el campo político harían bien en no pasar por alto las dimensiones del reconocimiento, la institucionalización y la rendición de cuentas. Con ello no se pretende insinuar, en absoluto, que las otras muchas dimensiones de la promoción de los derechos económicos y sociales carezcan de importancia. El argumento es que la mayoría de ellas, cuando no todas, serán menos eficaces si no se implanta un marco de reconocimiento, institucionalización y rendición de cuentas como parte de la política de Estado»¹¹⁹.

Desde la perspectiva nacional española y respecto a la normativa convencional, se ha puesto de relieve cómo los compromisos jurídicos –en particular en el ámbito de los derechos humanos y, más concretamente, en el marco de los derechos sociales, económicos y culturales– no son efectivamente aplicados por los Estados. Como consecuencia de la crisis financiera, en el orden judicial y constitucional español se ha producido también una «devaluación» del *canon internacional social* otorgado por nuestra Constitución (arts.10.2 y 96 CE) hasta tal punto que se han eludido principios estructurales –como el principio de no regresión o estándar mínimo internacional– del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a los distintos poderes que integran el Estado. A tal efecto, el profesor Jimena Quesada sin sugerir un acto de «rebeldía» por parte de los diferentes poderes públicos nacionales, reclamaba «sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, pues todos esos órganos constitucionales deben atender y respetar el mandato interpretativo del artículo 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los artículos 93 a 96 de la Constitución»¹²⁰. Además de forma descriptiva destaca «cómo la praxis española muestra, especialmente en el ámbito judicial, una aprehensión, más o menos correcta e impregnada de cierto entusiasmo más o menos reflexivo, de determinada normativa supranacional o internacional de carácter social (en particular, universal –de la OIT– y comunitaria –de la UE–); como contrapartida, cabe comprobar correlativamente una aprensión, más o menos explícita e imbuida de cierta reticencia con mayor o menor conocimiento, de otras disposiciones sociales internacionales (sobre todo, regionales –del

Sustainable Development Goals, P. Durán y Lalaguna, C. M. Díaz Barrado y C. R. Fernández Liesa (Eds.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp.73-97.

¹¹⁹ UN. Doc. A/HRC/32/31, p.23, párr.69. En sentido opuesto, sobre la naturaleza de *soft-law* (y sus ventajas) respecto a las nuevas iniciativas de la OIT (Declaración de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008), véase GIL Y GIL, J.L., «Justicia social y acción normativa de la OIT», *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 2015-4, pp.1-50.

¹²⁰ JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y Blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p.186. Véase también VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El Constitucionalismo Laboral Europeo y la Protección Multinivel de los Derechos Laborales Fundamentales: Luces y Sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.

Consejo de Europa– y algunas otras universales –de Naciones Unidas, sobre derechos económicos, sociales y culturales)»¹²¹.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO RESPECTO A LAS MISIONES MULTINIVEL DE ESTABILIZACIÓN DE LA PAZ

Las reflexiones sobre el estado de derecho en el orden jurídico internacional, en sus dimensiones de *certeza/seguridad jurídica, previsibilidad, rendición de cuentas y transparencia así como de acceso a los mecanismos de justicia*, se pueden proyectar en distintos ámbitos objeto de regulación del mismo. Aun conscientes de las dificultades y del grado de excepcionalidad que presenta la observación del estado de derecho en situaciones de conflictos armados y crisis humanitarias, sin embargo resulta de interés detenernos en el debate suscitado en torno a los principios rectores que han de guiar las operaciones de paz y su incidencia sobre los postulados del estado de derecho en la medida en que tal debate resulta deudor de las transformaciones que está experimentando el ordenamiento y la sociedad internacionales. Precisamente, para encontrar una definición expresa del principio del estado de derecho en la práctica internacional de la ONU tendríamos que ubicarnos en el ámbito específico de la consolidación de la paz en las sociedades que han padecido un conflicto armado y, más concretamente, en las operaciones para el mantenimiento de la paz¹²². Por otra parte, se ha reiterado que el desarrollo de estas operaciones ha de ser conforme a los estándares del estado de derecho, mientras que uno de los objetivos atribuidos a las mismas consiste en el restablecimiento del estado de derecho en el país o región objeto de la intervención. Justamente la Declaración de 30 de enero de 2018 de la Presidencia del Consejo de Seguridad sobre el Sahel expresaba,

«Su pleno apoyo al Representante Especial y espera con interés las actividades que está llevando a cabo la UNOWAS [Oficina de las Naciones Unidas en África Occidental y el Sahel] en las esferas de la prevención de los conflictos, la mediación y los buenos oficios, la cooperación regional y subregional para hacer frente a las causas profundas y las amenazas transfronterizas e intersectoriales a la paz y la seguridad, así como la promoción de la buena gobernanza, el fortalecimiento de la capacidad institucional, el respeto del estado de derecho y los derechos humanos, el acceso humanitario y la asistencia y la incorporación de la perspectiva de género, y subraya además la necesidad de contar con un apoyo sostenido y con recursos suficientes a tal efecto»¹²³.

Tal examen se va a ceñir a algunas de las consideraciones incluidas en los distintos informes presentados por el Secretario General de las Naciones Unidas: el Informe de 2015 del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz encargado de realizar un examen completo de las actuales operaciones de paz de las Naciones Unidas y de las futuras necesidades que se perfilan (*Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz-política, alianzas y personas*)¹²⁴ y el Informe sobre el examen conjunto de la Unión Africana y las

¹²¹ JIMENA QUESADA, L. *op.cit.* p.61.

¹²² En tal sentido, VILLEGAS DELGADO, C.A., *loc.cit.*, pp.11-12.

¹²³ UN. Doc. S/PRST/2018/3.

¹²⁴ UN. Doc. A/70/95-S/2015/446. Véanse también los Informes del Secretario General sobre el «*El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo*

Naciones Unidas acerca de los mecanismos disponibles para financiar y apoyar las operaciones de paz de la Unión Africana autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹²⁵. Informes que, por lo demás, siguen la estela ya marcada por el transformador y constitucional *Informe Brahimi* (2000)¹²⁶; la «doctrina Capstone» (2008) y su incidencia sobre las *operaciones híbridas*¹²⁷, cuyo principal ejemplo por el momento lo encontramos en la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (UNAMID)¹²⁸, así como el Informe *Charting a New Horizon for un Peacekeeping* (2009) que se marcó como objetivo «intensify dialogue with relevant regional organizations to put in place framework arrangements for reimbursement and logistics support, as well as to examine the feasibility of pooling strategic capabilities»¹²⁹.

1. Consideraciones previas: misiones multinivel de estabilización, carácter asimétrico de los conflictos y la naturaleza multidimensional de las operaciones de paz.

A efectos de clarificar el debate, hay que partir de unas consideraciones previas. En la actualidad nos encontramos en la era de las «*misiones multinivel de estabilización*» (iniciadas en 1995 con la SFOR en Bosnia and Herzegovina) que se trata de una categoría difusa y contingente en virtud del conflicto de que se trate, pero que implica una dimensión nueva de gestión de crisis¹³⁰. Se trata de operaciones que intervienen en conflictos armados en curso, en defensa de autoridades gubernamentales en ocasiones transitorias, provisionales y contestadas por su propia población, incorporan un mandato enérgico/proactivo del uso de la fuerza (*robust use of force*), actúan militarmente contra distintos grupos de difícil clasificación (*¿insurgentes, beligerantes o grupos terroristas?*), cobran un especial protagonismo en materias tradicionales como el desarme, la desmovilización, la reintegración y reconstrucción de las fuerzas armadas, mientras que a su vez inciden en ámbitos más novedosos como la protección del patrimonio y la

Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz» (A/70/357–S/2015/682) y *Consolidación de la paz y sostenimiento de la paz* (A/72/707–S/2018/43).

¹²⁵ A/71/410–S/2016/809. Véase también el Informe del Secretario General sobre las actividades de la Oficina de las Naciones Unidas para África Occidental y el Sahel (S/2017/1104).

¹²⁶ UN. Doc. A/55/305–S/2000/809.

¹²⁷ Vid. pp.85–86 of Report

[http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/89481/2008%20CapstoneDoctrine.pdf?sequence=1&isAllowed](http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/89481/2008%20CapstoneDoctrine.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

=y

¹²⁸ Vid. Informe sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (S/2016/1109).

¹²⁹ *Charting a New Horizon for un Peacekeeping*, p. 43:

<http://www.un.org/en/peacekeeping/documents/newhorizon.pdf>

¹³⁰ BOUTELLIS, A., «Can the UN Stabilize Mali? Towards a UN Stabilization Doctrine?», *Stability: International Journal of Security and Development*, 2015-1, pp.1-16 y KARLSRUD, J., «The UN at war: examining the consequences of peace-enforcement mandates for the UN peacekeeping operations in the CAR, the RDC and Mali», *Third World Quarterly*, 2015-1, pp. 43-44. Algunos aspectos acerca de estas operaciones ya fueron expuestos, entre otros, por DÍAZ BARRADO, C.M. y VACAS FERNÁNDEZ, F., «Fundamentos jurídicos y condiciones para el ejercicio de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas», *Anuario de Derecho Internacional*, XXI, 2005, pp. 273-316, y CARDONA LLORENS, J., «Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VI (2002), pp.759-891.

diversidad cultural¹³¹, la protección de los recursos naturales¹³² y la consideración del impacto ambiental de sus operaciones¹³³, así como la aplicación de las sanciones antiterroristas. Otro elemento innovador es que incorporan nuevas tecnologías y capacidades de inteligencia militar en la ejecución de su mandato, como es el caso de la denominada *All Sources Intelligence Fusion Unit* (ASIFU)¹³⁴, aspecto vinculado al debate existente sobre cómo regular internacionalmente la guerra cibernética donde el *Manual de Tallin* constituye un relevante exponente¹³⁵.

En segundo lugar, se ha de reiterar el *carácter asimétrico de los conflictos*¹³⁶ y la *naturaleza multidimensional de las operaciones de paz*. En la mayoría de los casos estas misiones van a tener como mandato (civil y militar) no solo la reconstrucción o consolidación del Estado, sino también intervenir directamente en los procesos políticos y constitucionales conforme a los principios de estado de derecho, respeto a los derechos

¹³¹ En la resolución 2374 (2017), el Consejo de Seguridad toma nota del hecho de que el 27 de septiembre de 2016 la Corte Penal Internacional declaró al Sr. Al Mahdi culpable del crimen de guerra de dirigir intencionalmente ataques contra monumentos religiosos e históricos en Tombuctú. Además de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la situación de Mali: 2100 (2013), 2164 (2014); 2227 (2015); 2295 (2016) y 2364 (2017), véase UNESCO, 38 C/Resolution 15, of 17 November 2015, p.41 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002433/243325e.pdf>). Sobre este particular, VACAS FERNÁNDEZ, F., «La acción concertada de la Comunidad Internacional para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados: Malí como paradigma», *AEDI*, 2016, pp. 189-223.

¹³² La resolución 2301 (2016) del Consejo de Seguridad sobre la situación de la República Centroafricana incorpora al mandato de la MINUSCA, su participación en la elaboración de una estrategia nacional para afrontar el *problema de las redes de explotación y tráfico ilícitos de recursos naturales*, que siguen financiando y abasteciendo a grupos armados en la República Centroafricana, teniendo en cuenta, cuando proceda, los informes del Grupo de Expertos establecido en virtud de la resolución 2127 (2013) y las decisiones del proceso de Kimberley, con el objetivo de ampliar la autoridad del Estado sobre todo el territorio y sus recursos. El Consejo de Seguridad ya había reiterado que el comercio, la explotación y el contrabando ilícitos de recursos naturales, como el oro y los diamantes, y la caza furtiva y el tráfico de especies de fauna y flora silvestres siguen siendo una amenaza para la paz y la estabilidad de la República Centroafricana.

¹³³ En su párrafo 41, la resolución 2364 (2017) sobre la situación de Mali, el Consejo de Seguridad *solicita* a la MINUSMA que considere el impacto ambiental de sus operaciones a la hora de realizar las tareas incluidas en su mandato y, en este contexto, que las gestione de manera apropiada y de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General y los reglamentos de las Naciones Unidas que sean aplicables y pertinentes, y que realice sus actividades de manera cuidadosa en las proximidades de los sitios culturales e históricos.

¹³⁴ NORDLI, D. y LINDBOE M., *Intelligence in United Nations Peace Operations. A Case Study of the All Sources Information Fusion Unit in MINUSMA*, Norwegian Defence Research Establishment and the Norwegian Defence International Centre, Oslo, 2017.

¹³⁵ *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* Prepared by International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Cambridge University Press 2013 (<http://csef.ru/media/articles/3990/3990.pdf>).

¹³⁶ El Secretario General de Naciones Unidas ha puesto de manifiesto que los principales factores determinantes de los últimos conflictos armados de África son las transiciones de gobierno impugnadas, el extremismo violento y los enfrentamientos entre Estados. Los conflictos resultantes a menudo se han librado entre partidos escindidos en facciones y se han caracterizado por la violencia en gran escala contra la población civil, que abarca violaciones graves de los derechos humanos y el derecho humanitario; el surgimiento de diversos agentes que utilizan tácticas asimétricas, entre ellas los ataques contra el personal de mantenimiento de la paz; la influencia creciente de las actividades de la delincuencia organizada transnacional; y la compleja interrelación entre algunas guerras entre Estados y diversos conflictos armados en los que participan agentes no estatales. Cfr. A/71/410-S/2016/809, párr.2, p.3.

humanos y de justicia nacional e internacional. Procesos políticos en los que intervienen actores y factores que trascienden los caracteres gubernamental y beligerante tradicionales. Como se ha puesto de manifiesto en distintos informes presentados ante las Naciones Unidas, «los conflictos modernos entrañan una gama nebulosa de agentes no estatales, medios rápidos de comunicación, acceso fácil a las armas y las finanzas y propagación del extremismo violento, que, juntos, desafían los planteamientos convencionales de la gestión de conflictos». Además se apunta a que no se alcanzará soluciones duraderas de paz sostenible «si no hay medidas sostenidas a largo plazo para abordar cuestiones estructurales, como la debilidad de la gobernanza y la marginación y la exclusión políticas, sociales y económicas»¹³⁷.

El tercer aspecto relevante se refiere a la *configuración estructural de las operaciones de paz*. Está ampliamente asumido que es necesario *superar la bilateralidad (Naciones Unidas y Estado territorial) para pasar a estructuras multinivel integradas, sostenibles y previsibles*¹³⁸. Se ha tomado conciencia de la necesidad de gestionar las crisis desde distintos niveles de actuación¹³⁹, desde los marcos organizativos más cercanos (locales, nacionales y regionales) a los más internacionales y universales. Esta nueva dimensión multinivel, exige una mayor coordinación de mandos a la vez que un reparto claro y preciso de las funciones o mandatos a desempeñar por cada una de las organizaciones involucradas. Se trataría de estructurar un marco de *cooperaciones reforzadas* entre las distintas organizaciones internacionales y potenciar el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas. El Secretario General de la ONU, en relación con la experiencia de las Naciones Unidas, la Unión Africana y las Comunidades económicas regionales africanas, ha descrito tal situación como el paso «de cooperación creciente a asociación estratégica»¹⁴⁰.

El Grupo Independiente de Alto Nivel, creado en 2014, sobre las Operaciones de Paz y encargado de realizar un examen completo de las actuales operaciones de paz de las Naciones Unidas así como de las futuras necesidades que se perfilan, ha destacado que si bien se llevan mucho tiempo colaborando con las entidades regionales, las Naciones Unidas deberían comenzar a fortalecer esas alianzas y acoger la evolución de sus

¹³⁷ UN. Doc. S/2016/780, párr.4, p.2. Véase también Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2016, sobre las operaciones de apoyo a la paz -compromiso de la UE con las Naciones Unidas y la Unión Africana-, P8_TA(2016)0249 y KUHN, M., «The System of EU Crisis Management – From Bringing Peace to Establishing Democracy?» *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 13, 2009, pp. 247-266.

¹³⁸ Esta idea ya fue defendida en el *Suplemento a la Agenda para la Paz* presentado el 3 de enero de 1995 por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros-Ghali. Cfr. A/50/60 –S/1995/1, p.23. Sobre esta cuestión véase CARDONA LLORENS, J. «La coopération entre les Nations Unies et les accords et organismes régionaux pour le règlement pacifique des affaires relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationale», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie*, Bruxelles, 1998, pp.251-289.

¹³⁹ Ya la crisis yugoslava, se ha indicado, obligó a realizar un reparto de tareas entre la organización universal y los organismos regionales implicados (Comunidad Europea, CSCE, OTAN y UEO) en materia de diplomacia preventiva, medidas coercitivas, mantenimiento de la paz, negociación política y cuestiones humanitarias. Véase IGLESIAS VELASCO, A.J., *Las Naciones Unidas ante las Guerras Yugoslavas*, Dykinson, Madrid 2017, p.23.

¹⁴⁰ UN. Doc. S/2016/780, p.3.

dimensiones como parte de una estructura de paz y seguridad cada vez más mundial y regional. En la elaboración de este plan, *el Consejo de Seguridad y la Secretaría General han de cumplir una función esencial y primordial que fortalezca la dimensión multilateral y universal de las operaciones*, aun cuando se trate de una responsabilidad compartida con los órganos rectores de las organizaciones regionales. Particularmente se indica que:

«(...) El Grupo está convencido de la necesidad de que las Naciones Unidas elaboren un plan colectivo para una futura estructura mundial y regional de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Este plan debería aprovechar las ventajas comparativas y establecer las obligaciones mutuas entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales. Aunque se trata de un proceso a largo plazo, debería comenzar ya, y con una idea convincente del futuro de la gestión de las crisis internacionales y la respuesta a ellas. A las Naciones Unidas les corresponde un papel esencial en la orientación de la elaboración de ese marco para apoyar el cumplimiento de los propósitos y principios de la Carta y dotar al Consejo de Seguridad de instrumentos adicionales con los que responder a las crisis futuras.

El Grupo considera que incumbe al Secretario General empezar a forjar un consenso sobre ese proyecto y proponer una hoja de ruta para hacerlo realidad en el próximo decenio. Al Consejo de Seguridad le corresponde un papel esencial en la concreción de ese proyecto mediante su relación, en constante evolución, con los órganos rectores de las organizaciones regionales. La Secretaría de las Naciones Unidas debería aprovechar sus conocimientos y las relaciones con los asociados regionales y fortalecer la colaboración con ellos para evaluar la evolución de los conflictos y planificar nuevas misiones cuando sea pertinente. Las misiones y los enviados de las Naciones Unidas sobre el terreno deberían adoptar un enfoque basado en la colaboración con los asociados regionales para crear alianzas operacionales»¹⁴¹.

No se trata exclusivamente de «regionalizar las operaciones de paz», sino de potenciar cooperaciones reforzadas que diversifiquen la naturaleza y alcance de las operaciones conforme a mandatos claros e inequívocos y en virtud de *ventajas comparativas diferenciadas*. Esta cooperación integrada se ha de iniciar desde las primeras fases relativas a la prevención. El Secretario General ha recordado que está claro que los análisis tempranos conjuntos, el intercambio de información y el entendimiento común entre las Naciones Unidas y la Unión Africana han dado lugar a la pronta adopción de medidas que evitaron o impidieron la escalada de conflictos, como se vio en Burkina Faso, Burundi, las Comoras y Madagascar. Es indispensable que estos esfuerzos reciban más apoyo y cuenten con los recursos necesarios, a fin de permitir que los enviados especiales y los facilitadores puedan desempeñar sus buenos oficios con mayor eficacia. Además, para alcanzar los objetivos de la iniciativa de la Unión Africana sobre silenciar las armas para 2020, es necesario más apoyo de las Naciones Unidas y más coordinación con la Unión Africana¹⁴².

Se ha incidido en la necesidad de fortalecer y mejorar la cooperación triangular entre el Consejo de Seguridad, la Secretaría y los países que aportan contingentes y fuerzas de policía. Esta colaboración mejorada debería ir dirigida a reforzar el compromiso con el propósito de la misión, el concepto de operaciones, las necesidades concretas de las unidades y las reglas de enfrentamiento. El resultado sería que quienes se comprometieran a aportar personal lo harían sobre la base de un entendimiento claro de lo que se espera.

¹⁴¹ UN. Doc. A/70/95-S/2015/446, párrs.235-236, p.74.

¹⁴² Informe del Secretario General sobre formas de reforzar la asociación entre las Naciones Unidas y la Unión Africana en cuestiones de paz y seguridad en África, incluida la labor de la Oficina de las Naciones Unidas ante la Unión Africana, S/2016/780, párr. 62, pp.17-18.

A tal efecto se indica que «en los casos en que la situación cambie drásticamente sobre el terreno y se necesite que los contingentes desempeñen nuevas tareas, es importante que la dirección de la misión entable un diálogo con los comandantes de los contingentes sobre cualesquiera cambios necesarios en su posición y sus actividades y que la Secretaría haga lo mismo con las misiones permanentes de los países que aportan contingentes y fuerzas de policía»¹⁴³.

2. Certeza y previsibilidad respecto a mandatos claros y legítimos: Reflexiones sobre los principios rectores de las operaciones de paz y el alcance de sus mandatos.

A) PAZ Y POLÍTICA EN LAS OPERACIONES DE ESTABILIZACIÓN Y SU TRANSFORMACIÓN EN MISIONES DE GESTIÓN DE CONFLICTOS.

La «primacía de la política». Aun cuando se haya reiterado en numerosas ocasiones y ya fuera destacado por el teórico militar Clausewitz, resulta imprescindible determinar el objetivo esencial de las misiones de paz, en particular cuando nos hallamos ante procesos de construcción y consolidación política. En el Informe de la Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los Estados: *la Responsabilidad de Proteger*, se estableció como el primero de los principios operacionales el establecimiento de «unos objetivos claros, un mandato siempre claro e inequívoco y recursos adecuados»¹⁴⁴. En el Informe conjunto entre las Naciones Unidas y la Unión Africana se indica que «es importante observar que ambas organizaciones reconocen lo que el Grupo de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz denominó la “primacía de la política”: que son las soluciones políticas las que ponen fin a los conflictos y no el mero despliegue de más personal de mantenimiento de la paz»¹⁴⁵. Por consiguiente, las operaciones de paz son eficaces cuando forman parte de una estrategia política clara y viable para resolver la crisis en cuestión atendiendo a la naturaleza del conflicto.

Desde la perspectiva del destinatario, nos encontramos con un elemento muy delicado en la medida en que ya el único interlocutor no es exclusivamente el Estado (más cuando se trata de autoridades de transición o gobiernos provisionales), sino los distintos grupos que

¹⁴³ UN. Doc. A/70/95-S/2015/446, párr. 218, p.69 y 220. Esta cooperación refleja el claro reconocimiento de que ninguna organización por sí sola puede hacer frente de manera eficaz a problemas de paz y seguridad cada vez más complejos y polifacéticos, ya sea a nivel subregional, regional o mundial. Responder a esos problemas ha sido y debe ser cada vez más un esfuerzo conjunto. Al mismo tiempo, es importante que la tarea sea verdaderamente la suma íntegra de todas sus partes, es decir, que las organizaciones desempeñen funciones de apoyo mutuo para promover el objetivo común de lograr la paz». La proliferación de agentes y modelos de participación representa un desafío, en la medida en que hay que evitar que los esfuerzos se fragmenten, se dupliquen o compitan entre sí, y a la vez ofrece una oportunidad para movilizar de la manera más eficiente posible la influencia colectiva y las ventajas comparativas de diferentes organizaciones en la consecución de los objetivos compartidos de la paz y la seguridad (Informe del Secretario General, *Alianzas para la paz: hacia las asociaciones de colaboración en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz*, S/2015/229, párrs.57 y 7, pp.17 y 3 respectivamente).

¹⁴⁴ UN.Doc. A/57/303. Véase también los Informes del Secretario General «*La función de los mecanismos regionales y subregionales para hacer efectiva la responsabilidad de proteger*» (A/65/877-S/2011/393) y «*La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva*» (A/66/874-S/2012/578)

¹⁴⁵ UN. Doc. A/71/410-S/2016/809, párr.62, p.22 y Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, A/71/19, 20 de marzo de 2017, párr.31.

participan en el conflicto o deben intervenir en la reconstrucción del Estado en el post-conflicto¹⁴⁶, alguno de los cuales son excluidos mediante la calificación de grupos terroristas. En este sentido se ha destacado que «par ailleurs, de nombreux acteurs engagés à des degrés divers dans les conflits contemporains s'avèrent impossibles à catégoriser tant ils agissent à différents niveaux et ont différents rôles. Cette complexité est particulièrement prégnante en Afrique, comme le souligne Ivan Briscoe avec le cas d'un colonel au Mali qui "occupe aujourd'hui une position impossible à cataloguer dans l'architecture militaire de son pays". Pour autant, il apparaît clairement que la catégorisation des acteurs reste essentielle à la compréhension des conflits africains. C'est bien là que réside le paradoxe et la difficulté : catégoriser les acteurs pour simplifier des situations complexes aux acteurs non catégorisables. Au Mali, comme ailleurs, la sur-simplification des conflits qui tend à les réduire à des situations de "guerres contre le terrorisme" masque leurs enjeux politiques et leurs racines historiques. De plus, une posture onusienne "robuste" peut devenir une prophétie autoréalisatrice, attirant l'attention sur la mission et augmentant les risques d'attaque contre elle»¹⁴⁷.

En relación con esta cuestión, resultan cruciales los *acuerdos de paz celebrados entre los Gobiernos y distintos grupos armados de oposición*, pues a pesar de que inicialmente pueden encontrar un mal encuadre positivista en la categoría de tratados, ciertos acuerdos de paz que imponen obligaciones específicas, que resultan avalados por la comunidad internacional (por organizaciones y Estados regionales, las Naciones Unidas y, en particular, por el Consejo de Seguridad que no solo los reconoce, sino que además encomienda la garantía y supervisión de su cumplimiento a operaciones de mantenimiento de paz), y que en el fondo constituyen una manifestación del derecho de autodeterminación, pueden ser considerados verdaderos tratados¹⁴⁸ o, en todo caso, tratados híbridos configuradores de una *lex pacificatoria*: «thus, international "third party" enforcement often necessarily includes actors whose agreement is intended to be

¹⁴⁶ Acerca de esta cuestión véase SAUL, M., «International law and the identification of an interim government to lead post-conflict reconstruction» en *International Law and Post-Conflict Reconstruction Policy* Matthew Saul y James A. Sweeney (eds.), Routledge, 2015, pp.23-44. Según este autor, «the use of terms of "local ownership" can be queried in a number of respects, including that for neither the post-conflict or general aid setting (where the concept has its origins) is ownership meant in a literal sense, but rather a figurative sense of ownership of processes and outcomes of reconstruction. Moreover, the term "local" is generally used to distinguish no local level from national level, but all domestic actors (including individuals and collectives at the local, regional, and national levels) from international actors» y «although there is no specific international legal framework for the identification of an interim government after conflict, international actors are no unbound by international law in determining which actors support as the interim government to lead post-conflict reconstruction. The interim government must enjoy or be susceptible to generating sufficient international recognition of its governmental status as the representative of the state and its people. Without government status in international law, the international involvement that it invites and the reconstruction it leads will be in breach of international law. Here, the international law on sovereignty and self-determination can be seen to be consistent with the best practice postulate on local ownership, as it directs the international actors that remain committed to this law towards supporting a domestic government rather than imposing an external administration on the state», *ibid.* pp.25 y 43-44.

¹⁴⁷ CHARBONNEAU, B., y al., *Quels Futurs pour le Maintien de la Paix et de la Gouvernance Sécuritaire en Afrique? Ordre, Violence et Légitimité*, Centre FrancoPaix – Rapport d'analyse n° 2, Montreal 2016, p. 14.

¹⁴⁸ SHEERAN, S.P., «International law, peace agreements and self-determination: the case of the Sudan» *ICLQ*, 2011-2, pp 423–458.

forged in hybrid institutions. Conversely, legal forms tend to be internationalized through a heightened role for international by involving international actors in implementing»¹⁴⁹. También se ha puesto de relieve cómo en la actualidad los distintos contingentes militares, policiales y de otra índole que integran las misiones de paz se despliegan en zonas en las que existen conflictos armados en curso y se plantea la cuestión sobre si tal despliegue resulta lo más adecuado en virtud de tal situación. Además se exige que se aclare el concepto de estabilización. En este sentido se ha indicado que en los últimos tiempos la mayoría del personal de mantenimiento de la paz lleva a cabo su labor en lugares donde hay poca paz que mantener y donde a menudo se requieren medidas enérgicas para cumplir los mandatos de protección de los civiles¹⁵⁰. Asimismo el Grupo de Alto Nivel ha destacado que,

«En la actualidad, varias misiones de las Naciones Unidas están siendo llamadas efectivamente para realizar una función de gestión de conflictos en situaciones de conflicto violento y en ausencia de un proceso de paz viable o donde el proceso de paz se ha visto interrumpido de manera efectiva. La responsabilidad de manejar esas crisis no debería asignarse con ligereza a las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, que tienen dificultades para obtener la capacidad necesaria con el fin de funcionar con eficacia en esos entornos. Pese a estas limitaciones, se pide a esas misiones que protejan a los civiles en situación de riesgo o eviten que se deterioren las condiciones de seguridad, mientras que se intenta reiniciar el proceso de paz.

¹⁴⁹ BELL, CH., «Peace Agreements: Their Nature and Legal Status», *The American Journal of International Law*, 2006-2, pp. 373-412, en concreto, p. 407. En la Resolución 2374 (2017) del Consejo de Seguridad se reitera que el Gobierno de Malí y las coaliciones de grupos armados participantes tienen la responsabilidad primordial de acelerar la aplicación del Acuerdo para la Paz y la Reconciliación en Malí, firmado en 2015 por el Gobierno de Malí, la coalición de grupos armados denominada Plataforma y la coalición de grupos armados denominada Coordinadora de Movimientos de Azawad y la aplicación continua de ese Acuerdo a fin de mejorar la situación de la seguridad en todo Malí y de anticiparse a los intentos de los grupos terroristas que pretenden frustrar la aplicación del Acuerdo. En el informe del Secretario General sobre la situación de Malí distribuido en marzo de 2017 (S/2017/271, pp.16-17), se pone de relieve la fragilidad del proceso de paz y reconciliación, agravada por el incremento de las actividades terroristas tanto en el interior como en las fronteras de Malí, en particular más allá de las fronteras meridionales con Burkina Faso y el Níger. A tal efecto se indica que la situación de la seguridad sigue deteriorándose, especialmente en la parte central de Malí y también en el norte y que dos años después de la firma del Acuerdo de Paz, los progresos en el proceso de paz siguen siendo poco uniformes y muchas disposiciones importantes del acuerdo, incluidas medidas políticas y de seguridad de transición fundamentales, siguen sin aplicarse. Asimismo se destaca que aun cuando solo faltan unos meses para que concluya el período de transición, aún quedan por delante inmensas tareas, que requerirán que todas las partes redoblen sus esfuerzos y actúen de buena fe, pues existe un auténtico riesgo de que puedan desvanecerse fácilmente los progresos alcanzados recientemente si no existe un verdadero compromiso de las partes signatarias de avanzar y lograr resultados tangibles. La creciente inseguridad en Malí y más allá de sus fronteras acrecienta la necesidad urgente de que las partes signatarias se unan para combatir las amenazas comunes que se plantean a la seguridad. Por el momento la celebración del referéndum sobre una revisión constitucional, prevista inicialmente para el 9 de julio de 2017, se ha visto suspendido *sine die* ante el rechazo del proyecto constitucional presentado por parte de los partidos de la oposición, la sociedad civil y el movimiento sindical (http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/08/21/au-mali-le-referendum-constitutionnel-une-nouvelle-fois-reporte_5174609_3212.html). El texto del Acuerdo de Paz puede consultarse en la siguiente página web. <http://www.jurist.org/paperchase/Agreement%20on%20Peace%20and%20Reconciliation%20in%20Mali.pdf>

¹⁵⁰ Informe Secretario General, *Alianzas para la paz: hacia las asociaciones de colaboración en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz* (S/2015/229, para.3, p.2).

El Grupo también observa que, en la última década, el Consejo de Seguridad y la Secretaría han utilizado el término “estabilización” para un número de misiones que apoyan la prórroga o el restablecimiento de la autoridad del Estado y, en al menos un caso, durante un conflicto armado en curso. El término “estabilización” tiene una amplia gama de interpretaciones y el Grupo de Expertos considera que las Naciones Unidas deben aclarar su uso»¹⁵¹.

Esta situación ha compelido al Grupo a considerar que es posible que en el futuro las Naciones Unidas se enfrenten a situaciones de «*gestión de conflictos*» y se desplieguen misiones para ayudar entre otros fines: a) impedir el recrudecimiento; b) contener los conflictos; c) proteger a la población civil; y d) intentar iniciar o reactivar un proceso de paz. Los conceptos, los instrumentos, las estructuras de las misiones y la doctrina que se habían creado originalmente para tareas de aplicación de acuerdos de paz pueden no resultar adecuados para estos contextos. Las misiones de gestión de conflictos requerirán mandatos limitados y centrados y una clara comprensión del «éxito», ya que son responsables por lograr el impulso asociado con el éxito en las operaciones multidimensionales. Es necesario reflexionar cuidadosa y colectivamente sobre la manera en que en el futuro las operaciones de paz de las Naciones Unidas pueden funcionar de manera eficaz en los escenarios de gestión de conflictos¹⁵². Con esas medidas en vigor, *una operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas podría, por un período limitado, mantenerse en una postura de gestión de conflictos en entornos violentos y llevar a cabo operaciones limitadas, mientras se intensifican los esfuerzos políticos para buscar una solución viable*¹⁵³.

B. LA REVISIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD, IMPARCIALIDAD Y CONSENTIMIENTO.

En virtud de la naturaleza de los actuales conflictos y las dimensiones de las operaciones de paz, hace tiempo que se debate sobre la revisión de los principios rectores relativos a la neutralidad y el consentimiento aun cuando en realidad la práctica ya ha superado tal planteamiento. Siguiendo la estela del Informe Brahimi, se ha reiterado que el principio de neutralidad se ha de interpretar en los términos más asépticos de imparcialidad. Con este último concepto se quiere hacer incidencia en la adhesión a los principios de la Carta y a los objetivos del mandato. Sobre el terreno, «la imparcialidad de las misiones de las Naciones Unidas debería juzgarse por su determinación de responder de manera igualitaria a las acciones de las diferentes partes sin importar quién es el responsable de los actos, sino la naturaleza de sus acciones. Las misiones deben proteger a los civiles independientemente del origen de la amenaza. Deberían promover el respeto, por todos los agentes, de los derechos humanos de la población local y los combatientes, independientemente de su afiliación. Deberían buscar soluciones políticas que tengan en cuenta los intereses legítimos y las reclamaciones de todas las partes y la sociedad en general»¹⁵⁴.

¹⁵¹ UN. Doc. A/70/95-S/2015/446, paras.113 y 114, pp.43-44.

¹⁵² Ibid. párr.115 y 116, p.44.

¹⁵³ Ibid. párr. 117, p.44.

¹⁵⁴ Véase UN. Doc. A/70/95-S/2015/446, párr.126, p.46.

En cuanto al consentimiento, para el Grupo de Alto Nivel, el «“consentimiento de las partes principales” tenía un significado claro cuando el personal de mantenimiento de la paz se desplegaba en el contexto de un acuerdo de alto el fuego o de paz en un conflicto interestatal o entre partes definidas en una guerra civil. En los actuales entornos de gestión de los conflictos, donde la lucha continúa y no está limitada a dos partes, puede haber obstáculos prácticos para la obtención del consentimiento más allá del expresado por el Gobierno. Claramente, el consentimiento del Gobierno es fundamental para el despliegue de una misión y debería reforzarse. Obtener y mantener el consentimiento de otras partes sigue siendo un objetivo importante de cualquier misión y debe procurarse en la medida de lo posible. Ello refuerza la opinión del Grupo de que toda operación de mantenimiento de la paz debe formar parte de un proceso político sólido en el que las Naciones Unidas estén profundamente involucradas y debe intentar consolidar continuamente el consentimiento a la presencia y el papel de las Naciones Unidas mediante una postura imparcial»¹⁵⁵.

En su momento, Cardona Llorens afirmaba respecto al consentimiento en conflictos de esta naturaleza sin una autoridad gubernamental identificable que, en estos casos, es necesario realizar una distinción previa entre dos tipos de consentimiento: el «*consentimiento jurídicamente exigible* para el despliegue de la operación» y «el *consentimiento políticamente conveniente* para la eficacia de la operación». En tal sentido, el consentimiento del gobierno que representa internacionalmente al Estado receptor de la operación es necesario para que el despliegue de la operación no sea considerado una violación del carácter no coercitivo de la operación y los principios de soberanía, integridad territorial y no intervención. Pero el consentimiento de las demás partes enfrentadas o interesadas aunque no sea jurídicamente necesario resulta políticamente necesario para la efectividad de la operación¹⁵⁶. El profesor Cardona Llorens indicaba que *en estos casos la efectividad se impone a la legitimidad*, pues lo que busca las Naciones Unidas no es un gobierno que ostente la legitimidad democrática basada en la representatividad de la población de un Estado. Lo que busca Naciones Unidas es simplemente un gobierno políticamente «aceptable»¹⁵⁷.

Otra cuestión es el consentimiento respecto a las intervenciones estatales sin autorización del Consejo de Seguridad o bajo el amparo de la legítima defensa colectiva. En este sentido podemos encontrarnos dos manifestaciones diferentes. La primera de ellas y desde una perspectiva general, se refiere a si cabe la posibilidad de consentimientos implícitos¹⁵⁸ o si, en estas situaciones de «países desestructurados», se podría adoptar la teoría «*unwilling and unable state*» para legitimar intervenciones armadas en la lucha contra determinados fenómenos como el terrorismo internacional. Sin entrar ahora sobre

¹⁵⁵ Ibid. para.127, pp.46-47.

¹⁵⁶ CARDONA LLORENS, J., «Las Operaciones de mantenimiento de la paz.....» *op.cit.*, p.811.

¹⁵⁷ Ibid. p.819. El énfasis es añadido.

¹⁵⁸ En este sentido resulta de interés la reflexión de FERRER LLORET, J. cuando afirma que «*la legalidad de los bombardeos estadounidenses en Siria se basaría en el consentimiento implícito o la aquiescencia mostrada por las autoridades sirias, manifestada a través del Estado que de facto las representa en este asunto, la Federación Rusa*», «La Unión Europea ante el conflicto sirio: ¿Una potencia normativa?, en *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, C. Martínez Capdevila y E. J. Martínez Pérez (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 nota 19, el énfasis es del autor

el fondo de estas cuestiones, entendemos que la invocación de esta doctrina que revoca las estructuras imperativas sobre la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones no solo no cuenta con apoyo jurisdiccional (al menos, por el momento), sino que resulta difícil afirmar la existencia de una *opinio iuris* que la avale¹⁵⁹. Es más, el Fiscal General de Australia, país que en cierta medida ha invocado tal doctrina, señalaba que «even in the face of today’s evolving threats, the rule of law and our commitment to upholding an international rules-based order must remain foundational. And the *need for clear legal principles* is nowhere more apparent than when it comes to the justification for the use of force...But where a threat does give rise to a right of self-defence under international law, Australia is firmly of the view that clear rules must be in place to delimit the bounds of the use of that force, and to avoid its abuse. That remains true even as we grapple with entirely novel security threats»¹⁶⁰

En segundo lugar, respecto a la «Operación Serval» desplegada en Mali y autorizada por el gobierno francés el 11 de enero de 2013¹⁶¹ con anterioridad a la adopción de la resolución 2100 (2014) del Consejo de Seguridad, se ha cuestionado su legalidad internacional durante este intervalo temporal. Incluso el silencio de la resolución del Consejo de Seguridad acerca de la legítima defensa (colectiva, en caso de agresión de otro Estado, que no es el caso, o en la nueva y controvertida versión de *legítima defensa ampliada* en caso de grupos armados no estatales o en supuestos graves de terrorismo) y la referencia exclusiva a la autorización de las autoridades de transición malienses han planteado ciertas reflexiones de algunos autores desde la perspectiva de los principios de

¹⁵⁹ Entre la abundante literatura jurídica sobre este tema, véanse BRUNNÉE, J. y TOOPE, S.J., «Self-defence against non-state actors: are powerful states willing but unable to change international law?», *ICLQ* 2018-1, pp. 263-286; CERVELL HORTAL, M^a. J.: «Sobre la doctrina “unwilling or unable state” (¿podría el fin justificar los medios?)», *REDI* 2018-1, pp.77-100; BERMEJO, R., «Las denominadas nuevas tendencias en la lucha contra el terrorismo internacional: el caso del Estado Islámico», *AEDI*, 2017, pp.9-67; CORTEN, O., «The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?» *Leiden Journal of International Law* 2016-3, pp. 777-799; JIMENEZ GARCÍA, F., «Combatientes terroristas extranjeros» y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», *REDI*, 2016-2, pp.295-330; SALINAS DE FRÍAS, A., «Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los Estados», *REDI*, 2016-2, pp. 229-252; GONZÁLEZ ALONSO, L.N., «¿Daños jurídicos colaterales? La invocación del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el terrorismo internacional» 32, *REEI* 2016.

¹⁶⁰ Cita extraída de BRUNNÉE, J. y TOOPE, S.J., *loc.cit.* p. 284. El énfasis es añadido.

¹⁶¹ La «Operación Serval» fue autorizada por el gobierno francés el 11 de enero de 2013. Se trató de una operación de combate en apoyo a las fuerzas malienses con importantes efectivos terrestres y, particularmente, aéreos que contó con la colaboración en las misiones de transporte y abastecimiento aéreo de ocho estados: Alemania, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Reino Unido, España, Estados Unidos y Países Bajos. Esta operación, junto con la «Operación Epervier» en el Chad, se integró en febrero de 2014 en la «Operación Barkhane» cuyo objetivo es el apoyo al denominado «G-5 Sahel-Sahara» (Mauritania, Malí, Níger, Chad y Burkina Faso) en su lucha contra los grupos armados terroristas así como impedir la reconstitución de los santuarios terroristas en la región. La «Operación Serval» desarrolló una labor vital no solo al apoyar a los contingentes de la AFISMA en el norte de Malí, sino también al establecer un marco de seguridad que facilitó la prestación de la asistencia internacional. No obstante y en general, los asociados bilaterales estaban más interesados en proporcionar asistencia «puntual», y tenían las condiciones para hacerlo, que en asumir compromisos de apoyo continuo. Véase UN. Doc. A/71/410-S/2016/809, párr.35, p.15.

neutralidad, libre determinación (del pueblo tuareg) y lucha contra el terrorismo¹⁶². A. Seyedfarshi ha afirmado que «justifications advanced by France were based on Security Council resolutions, the doctrine of consent and the principle of collective self-defense, but in each case the argument presented by the French failed to fulfil basic requirements of international law. Against this backdrop and in light of the increasing reliance on R2P as a basis for legitimating intervention by the U.S. and other great powers, it is perhaps unsurprising that the French would offer a fourth rationale for their intervention grounded in humanitarianism. Yet, as with the other arguments proffered, the R2P rationale articulated by the French also failed to meet the basis requirements of the doctrine»¹⁶³.

Desde un punto de vista militar, la «Operación Serval» en Malí así como la «Operación Barkhane» respecto al Sahel, han sido calificadas como indiscutidos éxitos. Sin embargo, también se ha destacado que «the “peace interventions” in the region have resulted in the growing militarisation of the Sahel. This has transformed it as a geographical space and radically altered the economic and social relations and political dynamics of the region. Islamist movements are routinely portrayed as potential Al-Qaeda or Isis affiliates, which fails to recognise the local nature and identities of African Islamist movements and the ways in which they are grounded in long-standing local grievances. The long-term consequences of this militarisation are unclear»¹⁶⁴.

C) IDONEIDAD DE LAS OPERACIONES DE PAZ EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y DE LA INCORPORACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ANTITERRORISTA DE LAS NACIONES UNIDAS DENTRO DEL MANDATO DE LAS OPERACIONES.

Otra cuestión objeto de controversia se refiere a la participación de las operaciones de paz en la lucha contra el terrorismo desde distintas perspectivas, incluyendo la coercitiva. Se ha reconocido que en la actualidad el binomio operaciones de paz y lucha contra el terrorismo se está convirtiendo en la norma y no en la excepción. El Parlamento Europeo

¹⁶² Véase CORTEN, O., *La Rébellion et le Droit International: Le Principe de Neutralité en Tension*, Académie de Droit International de La Haye, 2015, pp. 240-242.

¹⁶³ SEYEDFARSHI, A., «French Interventionism in the Age of R2P: A Critical Examination of the Case of Mali», *Creighton International and Comparative Law Journal*, 2015-1, p. 35. Véase también ERIKA DE WET, «The modern practice of intervention by invitation in Africa and its implications for the prohibition of the use of force» *EJIL* 2016, pp. 979-998; STEENBERGHE, R. Van, «*Les Interventions françaises et africaines au Mali au nom de la lutte armée contre le terrorisme*», *RGDIP*, 2014, pp. 273-302; BANNELIER, K., & CHRISTAKIS, Th., «Under the UN Security Council's watchful eyes: Military intervention by invitation in the Malian conflict», *Leiden Journal of International Law* 26 (2013): 855-874. CHRISTAKIS, T., y BANNELIER, K., «French Military Intervention in Mali: It's Legal but... Why? Part II: Consent and UNSC Authorisation», *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*.2013.

¹⁶⁴ CHAFER, T., «The French military in Africa: successes, challenges ahead?» *West Africa Peace and Security Network*, April 13, 2016. Véase, también: GARCÍA MARTÍN, L., «La respuesta de la Unión Europea a las amenazas a la paz y seguridad internacional en el Sahel: una evaluación a partir de las operaciones de gestión de crisis desplegadas en la región», *REEI*, 34, 2017; GRIFFIN, Ch., «Barkhane and Boko Haram French Counterterrorism and Military Cooperation in the Sahel», *Small Wars & Insurgencies* 27, 2015, pp. 896-913; WING, S. D., «French intervention in Mali: strategic alliances, long-term regional presence?», *Small Wars & Insurgencies*, 27 2016, pp. 59-80.

de forma muy descriptiva ha afirmado que el panorama de la seguridad ha cambiado radicalmente en la última década, en particular en África, con la aparición de grupos terroristas e insurgentes, y con unas operaciones de mantenimiento de la paz y de lucha contra el terrorismo que son ahora la norma y no la excepción en numerosas zonas. Se ha constatado que los Estados frágiles y los espacios sin gobierno son cada vez más numerosos, dejando a tantos en una situación de pobreza o anarquía o en la que prosperan la corrupción y la violencia y que la permeabilidad de las fronteras en el continente contribuye a avivar la violencia, reducir la seguridad y crear oportunidades para la actividad delictiva¹⁶⁵. A tal efecto, resulta de interés el siguiente Anexo que se incorpora en Informe sobre el examen conjunto de la Unión Africana y las Naciones Unidas acerca de los mecanismos disponibles para financiar y apoyar las operaciones de paz de la Unión Africana autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre los mandatos y el entorno operacional de distintas misiones de paz¹⁶⁶.

		Alcance del mandato	
		Tareas de mantenimiento de la paz	Actividades de lucha contra el terrorismo/ operaciones de contrainsurgencia/ operaciones ofensivas de combate
Nivel de riesgo del entorno operacional	Riesgo alto ^a	MISCA	<p>AMISOM Realizar operaciones ofensivas contra Al-Shabaab, restablecer la autoridad del Estado, garantizar la seguridad del proceso electoral, garantizar la seguridad de las principales rutas de abastecimiento</p> <p>AFISMA Aumentar la capacidad de las Fuerzas de Defensa y Seguridad Malienses, restablecer la autoridad del Estado y reducir la amenaza que plantean las organizaciones terroristas, realizar actividades de estabilización y en materia de derechos humanos y protección de los civiles, crear condiciones para</p>

¹⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2016, sobre las operaciones de apoyo a la paz - compromiso de la UE con las Naciones Unidas y la Unión Africana, P8_TA(2016)0249, C.

¹⁶⁶ UN Doc. A/71/410 S/2016/809, p. 10. *Abreviaturas*: AFISMA, Misión Internacional de Apoyo a Malí con Liderazgo Africano; AMIB, Misión de la Unión Africana en Burundi; AMIS, Misión de la Unión Africana en el Sudán; AMISEC, Misión de la Unión Africana de Apoyo a las Elecciones en las Comoras; AMISOM, Misión de la Unión Africana en Somalia; MAES, Misión de la Unión Africana de Asistencia Electoral y de Seguridad en las Comoras; MIOC, Misión de Observación de la Unión Africana en las Comoras; MISCA, Misión Internacional de Apoyo a la República Centroafricana con Liderazgo Africano; UNAMID, Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur. **Un entorno de alto riesgo** corresponde a situaciones en las que se libran combates, hay un riesgo elevado de minas, artefactos explosivos improvisados o municiones sin detonar y se lanzan ataques contra las fuerzas internacionales, etc.

		la prestación de asistencia humanitaria Fuerza Especial Conjunta Multinacional Neutralizar al grupo terrorista Boko Haram
Riesgo bajo/medio	AMIB AMIS MIOC AMISEC MAES UNAMID	Iniciativa de Cooperación Regional para la Eliminación del Ejército de Resistencia del Señor/Equipo de Tareas Regional de la Unión Africana Desarrollar la capacidad de los países afectados, estabilizar las zonas afectadas, crear condiciones para la prestación de asistencia humanitaria, capturar o neutralizar a los combatientes del Ejército de Resistencia del Señor Operación Democracia Restablecer la autoridad del Gobierno de las Comoras

El Grupo de Alto Nivel cree que las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, debido a su composición y su carácter, no son adecuadas para participar en operaciones militares de lucha contra el terrorismo. Carecen del equipo específico, la inteligencia, la logística, las capacidades y la preparación militar especializada necesaria, entre otros aspectos. Esas operaciones deben ser realizadas por el Gobierno receptor o por una fuerza regional capaz o una coalición especial autorizada por el Consejo de Seguridad. Además, es necesario un concepto apropiado de las operaciones y las reglas de enfrentamiento (*Rules of Engagement, ROE*) para protegerse y cumplir sus mandatos, entre otras cosas, mediante la adopción de medidas preventivas y defensivas, así como la voluntad de usar la fuerza desde el punto de vista táctico para proteger a los civiles y el personal de las Naciones Unidas. Los países que aportan efectivos y fuerzas de policía deben mantenerse plenamente informados de las condiciones del entorno operativo y las evaluaciones de las amenazas y desplegar la capacidad y la voluntad política necesarias para hacer frente a este tipo de situación con pleno respeto por un mando y un control de las Naciones Unidas de carácter claro y unificado¹⁶⁷.

Para que las Naciones Unidas puedan apoyar con eficacia las operaciones de paz de la Unión Africana, en concreto las destinadas a la imposición de la paz o actividades militares de lucha contra el terrorismo, es preciso introducir importantes cambios en sus

¹⁶⁷ UN. Doc. A/70/95-S/2015/446, párr.119, p.45.

procesos, políticas y procedimientos administrativos actuales. A tal efecto se ha destacado que

«La prestación de apoyo a las operaciones de combate de fuerzas multinacionales regionales autorizadas por la Unión Africana, como la Iniciativa de Coordinación Regional para la Eliminación del Ejército de Resistencia del Señor y la Fuerza Especial Conjunta Multinacional, también puede plantear nuevas dificultades. En esas misiones, los Estados pueden ser al mismo tiempo países que aportan contingentes y Estados receptores. *Apoyar operaciones regionales de ese tipo supondría ayudar a las fuerzas de seguridad nacionales a derrotar a enemigos designados en su territorio nacional, lo que representaría una ruptura clara con algunos de los supuestos fundamentales en que se basa el apoyo a las misiones de las Naciones Unidas.* Y se avanzaría por un terreno inexplorado si esas fuerzas regionales operaran sin un sistema unificado de mando y control ejercido desde un cuartel general designado de la fuerza multinacional. Ello también plantearía una serie de dificultades importantes para la aplicación efectiva de la política de diligencia debida en materia de derechos humanos»¹⁶⁸.

John Karlsrud ha señalado que «the redirection of UN peacekeeping towards peace enforcement and counter-terrorism may affect the ability of its civilian components to interact with local populations, leading to further ‘bunkerisation’ of troops, police and civilian staff. This limits the ability of the mission to build local administration, facilitate reconciliation, and implement quick-impact projects and other important activities on local levels»¹⁶⁹ En referencia al conflicto de Malí, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas ha indicado que en la práctica distinguir entre grupos «terroristas» y «no terroristas» puede resultar difícil dada la fluidez de las alianzas entre grupos «terroristas» transnacionales y grupos autóctonos con agravios locales. Pertenecer a un grupo llamado terrorista también puede ser una actividad «estacional/coyuntural», o ser impulsado por alternativas de subsistencia a corto plazo, lo que genera dudas sobre si los individuos que supuestamente pertenecen a tales grupos pueden o deben ser considerados «terroristas». Llamar a individuos o grupos como terroristas en sí mismos puede usarse como una estrategia política para socavar la

¹⁶⁸ Informe sobre el examen conjunto de la Unión Africana y las Naciones Unidas acerca de los mecanismos disponibles para financiar y apoyar las operaciones de paz de la Unión Africana autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, A/71/410- S/2016/809, párr.69, pp.24-25, el énfasis es añadido. Se indica además que «*existe un riesgo mayor de violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el contexto de las operaciones de lucha contra el terrorismo o de imposición de la paz.* Las consecuencias de esas violaciones pueden ser incluso más perjudiciales para el éxito final de esas operaciones que para las operaciones de mantenimiento de la paz. Esta circunstancia es particularmente cierta en el caso de las actividades de lucha contra el terrorismo, ya que es probable que los daños colaterales promuevan y fomenten el resentimiento contra las fuerzas de seguridad e incrementen la simpatía, y posiblemente el reclutamiento, por grupos terroristas, lo que de manera general acrecentaría la situación de peligro de la misión», párr.90, p.34. En las conclusiones se afirma que «el Secretario General ha declarado que las Naciones Unidas no deben participar en actividades de lucha contra el terrorismo, y el Grupo de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz llegó a la conclusión de que las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas no tenían las condiciones idóneas para participar en operaciones militares de lucha contra el terrorismo. Sin embargo, se ha solicitado a las Naciones Unidas que presten apoyo a operaciones de paz de la Unión Africana que realizan actividades de lucha contra el terrorismo. Dadas las limitaciones de las políticas vigentes y los mecanismos de apoyo existentes que se han puesto de relieve en el examen, las Naciones Unidas deben determinar: a) hasta qué punto pueden apoyar operaciones multinacionales autorizadas por la Unión Africana que participan en actividades de lucha contra el terrorismo y la insurgencia, y b) las estructuras y medidas que deben haberse establecido para prestar ese apoyo», *ibid.* pp.38-39.

¹⁶⁹ KARLSRUD, J., «Towards UN counter-terrorism operations?» *Third World Quarterly*, 2017, p. 1223.

credibilidad, debilitar los agravios y limitar su participación en soluciones negociadas al conflicto¹⁷⁰.

Asimismo supone una importante novedad el hecho de que a lo largo de las distintas resoluciones sobre Malí (e igual ha sucedido respecto a la MINUSCA), el Consejo de Seguridad haya ido incorporando el *régimen sancionador contra el terrorismo de las Naciones Unidas dentro del mandato*. A tal efecto, en la resolución 2295 (2016) se encomienda a la MINUSMA prestar asistencia, dentro de los límites de su capacidad y zonas de despliegue y sin perjuicio de su mandato, al Comité de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida 1267/1989/2253 y al Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004), incluso transmitiendo información pertinente para la aplicación de las medidas impuestas en el párrafo 2 de la resolución 2253 (2015). Se convierte a la MINUSMA en interlocutor directo con los Comités antiterroristas lo que supone una situación novedosa que plantea distintas cuestiones relacionadas con la soberanía del Estado territorial, la responsabilidad internacional en la ejecución de tales medidas y el respeto de los derechos humanos¹⁷¹.

D) USO DE LA FUERZA: LEGÍTIMA DEFENSA Y DEFENSA DEL/O IMPOSICIÓN DEL MANDATO.

Respecto a esta cuestión, el Informe del Grupo de Alto Nivel reconoce que es prerrogativa del Consejo de Seguridad autorizar a las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas a llevar a cabo tareas coercitivas, incluidas las operaciones ofensivas selectivas como sucedió en el caso de Somalia en 1993 y en la República Democrática del Congo en 2013. Se dejan atrás las decisiones tácticas relativas al uso proactivo y preventivo de la fuerza para proteger a los civiles y el personal de las Naciones Unidas contra las amenazas, para adoptar una postura fundamentalmente diferente, que utiliza la fuerza ofensiva para degradar, neutralizar o derrotar a un oponente. No obstante, el Grupo cree que se debe proceder con extrema cautela al realizar cualquier llamamiento a favor de una operación de este tipo y que la tarea encomendada debe ser una medida limitada en el tiempo, de carácter excepcional y con pleno respeto del derecho internacional humanitario, pues puede suceder que las fuerzas de las Naciones Unidas, y la misión en

¹⁷⁰ Citado por Karlsrud, *ibid.*, p.1222. La traducción es propia.

¹⁷¹ Por su parte, mediante la resolución 2374 (2017) se decide establecer un nuevo Comité del Consejo de Seguridad sobre Mali integrado por todos sus miembros para que lleve a cabo, entre otras tareas, las siguientes: vigilar la aplicación de las sanciones impuestas (prohibición de viajar y congelación de activos); designar a las personas y entidades sujetas a las referidas sanciones, examinar la información relativa a dichas personas y considerar las solicitudes de exención; recabar de todos los Estados y organizaciones internacionales, regionales y subregionales toda información que considere útil sobre las medidas que hayan tomado para aplicar de manera efectiva las medidas impuestas en la presente resolución; y examinar la información relativa a presuntas violaciones o casos de incumplimiento de las medidas establecidas en la presente resolución y adoptar disposiciones apropiadas al respecto (párr. 9 de la resolución 2374). Además se solicita al Secretario General que establezca, por un período inicial de 13 meses a partir de la aprobación de la presente resolución, en consulta con el Comité, un grupo de hasta cinco expertos (“Grupo de Expertos”) que actuará bajo la dirección del Comité en apoyo de su mandato, incluida la cooperación estrecha con INTERPOL y con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). También se establece un régimen de sanciones y la creación de un Comité en el marco del Consejo de Seguridad respecto a la situación de la República Centroafricana. Cfr. las siguientes resoluciones: 2134 (2014); 2196 (2015); 2262 (2106); y 2339 (2017).

su conjunto, se transformen en parte del conflicto. El Grupo apoya la opinión de los interlocutores humanitarios sobre la necesidad de mantener una distinción clara entre las operaciones de mantenimiento de la paz con mandatos coercitivos y los agentes y objetivos humanitarios¹⁷².

Como se indica en el Informe sobre el examen conjunto de la Unión Africana y las Naciones Unidas acerca de los mecanismos disponibles para financiar y apoyar las operaciones de paz de la Unión Africana autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, varias misiones de las Naciones Unidas, en particular la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUSCO), han participado en operaciones militares ofensivas, si bien el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha puesto de relieve el carácter excepcional de esas prácticas. Mediante la resolución 2098 (2013), el Consejo de Seguridad autorizó al contingente militar de la MONUSCO, por conducto de sus fuerzas regulares y su Brigada de Intervención, según proceda, realizar, entre otras tareas, las de asegurar la protección de los civiles frente a abusos y violaciones de los derechos humanos y violación del derecho internacional humanitario, incluidas todas las formas de violencia sexual y por razón de género y violaciones graves contra los niños así como neutralización de los grupos armados mediante la Brigada de Intervención¹⁷³.

Más recientemente, respecto al mandato de la MINUSCA en República Centroafricana (RCA), se incorpora la adopción de *medidas urgentes de carácter temporal y excepcionales en el ámbito de la asistencia para promover el estado de derecho y los procesos de paz*. Se trata de actuar en defensa del proceso político y de reconciliación a instancia del Gobierno de la República Centroafricana, convirtiéndose en cierta medida en «policía o agentes estatales» con el objetivo de garantizar un proceso político-gubernamental en un marco nacional convulso y donde existen numerosos grupos opositores no necesariamente conformes con las políticas del Gobierno de transición. A tal efecto, se les autoriza adoptar de manera urgente y activa, dentro de su capacidad y sus zonas de despliegue, previa solicitud oficial de las autoridades de la RCA y en las zonas donde las fuerzas de seguridad nacionales no estén presentes u operacionales, medidas urgentes de carácter temporal a título excepcional, *sin sentar precedente y sin perjuicio de los principios acordados de las operaciones de mantenimiento de la paz*, que serán de alcance limitado, tendrán plazos precisos y se ajustarán a los objetivos establecidos en la resolución para efectuar arrestos y detenciones con el fin de mantener la ley y el orden público básicos y combatir la impunidad. Asimismo podrán aplicar medidas urgentes de carácter temporal en las condiciones mencionadas, a quienes participan o prestan apoyo a actos que socaven la paz, la estabilidad o la seguridad de la RCA, incluidos actos que amenacen u obstaculicen el proceso político o el proceso de estabilización y reconciliación o que fomenten la violencia¹⁷⁴.

¹⁷² Ibid. párrs.121-122. Sobre la evolución del uso de la fuerza en las operaciones de mantenimiento de la paz, incluyendo un Anexo sobre las confidenciales Reglas de Enfrentamiento (ROE), véase FINDLAY, T., *The Use of Force in UN Peace Operations*, Oxford University Press, 2002.

¹⁷³ Véase la resolución 2098 (2013) del Consejo de Seguridad, párr. 12.

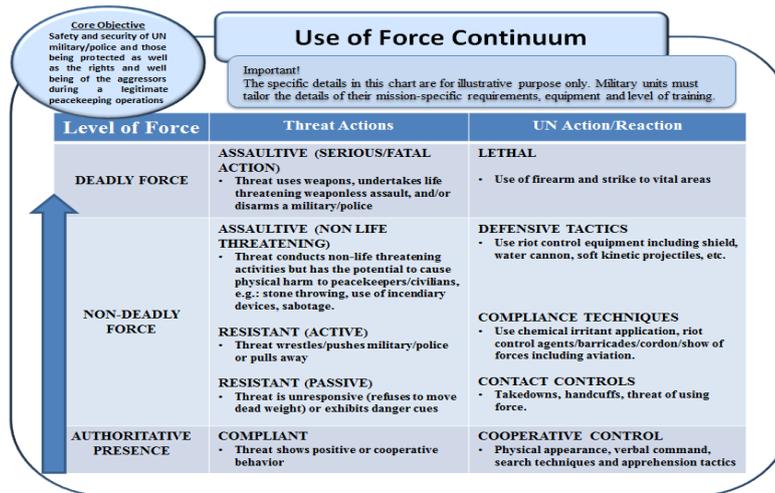
¹⁷⁴ Cfr. resoluciones del Consejo de Seguridad: 2217 (2015); 2301 (2016) y 2387 (2017).

En cuanto a la legítima defensa se ha indicado que si bien es un concepto ampliamente reconocido y se define exhaustivamente en las normas de enfrentamiento de las Naciones Unidas (ROE)¹⁷⁵, sin embargo, el concepto de «defensa del mandato» requiere claridad en cuanto a qué tareas en el marco del mandato pueden requerir el uso de la fuerza. Siempre debería incluir la responsabilidad de proteger a los civiles y las misiones deberían adoptar un papel proactivo para hacerlo. Las diferentes amenazas deben enfrentarse con el uso adecuado de la fuerza militar, que van desde la contención mediante la disuasión y la coerción al enfrentamiento directo, en particular cuando los civiles o el personal de mantenimiento de la paz están en peligro. El Grupo estima que el uso efectivo de la fuerza puede no ser necesario si los posibles atacantes perciben y saben que los efectivos de las Naciones Unidas tienen la determinación y la capacidad para responder energicamente en caso de ataque¹⁷⁶. Sin embargo, tal percepción puede aumentar la hostilidad hacia estas operaciones, más aún cuando el mandato es confuso o se percibe como interesado.

Conforme a las *UN Guidelines for the Use of Force by Military Components in Peacekeeping Operations* (2017), el siguiente cuadro y las explicaciones establecen el continuo para el uso de la fuerza. Este modelo se puede modificar para adaptarse a las necesidades de la misión. También se debe interpretar y aplicar de manera coherente con el confidencial ROE específico de la misión.

¹⁷⁵ *UN Guidelines for the Use of Force by Military Components in Peacekeeping Operations*, United Nations, Department of Peacekeeping Operations, May 21, 2017; BODDENS HOSANG, J. F. R. «The Effects of Paradigm Shifts on the Rules on the Use of Force in Military Operations», *Netherlands International Law Review*, 2017-3, pp.353-373; FAIX, M., «Rules of engagement – some basic questions and current issues», *CYIL* 2010-1, pp.133-145; Véase Appendix 2. Rules of engagement en la obra de FINDLAY, T., «The Use of Force in UN Peace Operations», Oxford University Press 2002.

¹⁷⁶ Véase A/70/95-S/2015/446, para.128, p.47. Al igual que se ha manifestado en los informes del Secretario General (véase en particular, el Informe sobre Mali de 2017, S/2017/271 paras. 23-24), el Comité Especial ha observado con preocupación que el despliegue de misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en entornos políticos y de seguridad dominados por la fragilidad, la violencia en auge y las amenazas asimétricas y complejas han dado lugar a un aumento del número de muertes y otros incidentes de seguridad, incluidos los secuestros y las lesiones graves, del personal de las Naciones Unidas a causa de ataques selectivos. Por este motivo ha solicitado a la Secretaría que adopte medidas para garantizar que todos los efectivos y las unidades sobre el terreno tengan capacidad para cumplir su mandato de forma segura y eficaz, con una perspectiva estratégica e integral sobre muy diversas cuestiones, entre ellas la dirección de la misión, la cadena de mando, las reglas de enfrentamiento o intervención, la evaluación y la capacitación previas al despliegue, las políticas y normas y la utilización de equipo de protección y artículos de alto nivel tecnológico. El Comité Especial observa que la Oficina de la Alianza Estratégica para el Mantenimiento de la Paz ha incorporado la seguridad y la protección del personal de mantenimiento de la paz como parte esencial de sus exámenes de los componentes uniformados de las misiones sobre el terreno y ha formulado recomendaciones en cada uno de los exámenes con el objetivo de mejorar la protección y la seguridad (Informe del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, A/71/19, párrs.42 y 52. Véase también el Informe independiente sobre la Mejora de la seguridad del personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/improving_security_of_united_nations_peacekeepers_report.pdf



Autores como R. Janik estimaban que en conflictos como los que asolan ciertos países, caracterizados por la ausencia de un monopolio estatal efectivo sobre el uso de la fuerza, por la eclosión de la asimetría a su máxima expresión, por cruentas violaciones de los derechos humanos de la población civil, que arrastran endémicas guerras de baja y media intensidad en las que, además, la explotación y expoliación de los recursos naturales resulta una constante, la resolución 2098 (2013) respecto a la MONUSCO terminará perdiendo su carácter excepcional, pues «the bold step to establish an explicitly offensive Intervention Brigade to “neutralize” armed groups, in particular M23 thus did not come out of nowhere. Regardless of its purported exceptional and non-precedential character, it is, until now, merely the last step in the long development of Peacekeeping in general. Taking its main re-conceptualizations as a benchmark, it is also a less drastic step than from the viewpoint of “classic” Peacekeeping. In a sense, the historic break with the original key features took place more than 50 and at least 20 years ago (depending on how one assesses the Congo experience from the 1960s). The Intervention Brigade’s special character is also somewhat diminished when looking at the recent history of the UN deployment of troops in the DRC in particular. After all, MONUC/MONUSCO has been involved in extensive military operations on the basis of a “robust mandate” for quite some time. Even the explicitly “offensive” character is diminished by the fact that, the more broad a mandate, the more difficult upholding the distinction between “offensive” and “defensive” operations becomes»¹⁷⁷.

Sin embargo para otros autores, este tipo de operaciones proactivas y «robustas» que amparan distintos grados de usos de la fuerza crea una importante confusión en cuanto al régimen jurídico aplicable (Derecho internacional humanitario/Derecho internacional de los derechos humanos/régimen singular y ecléctico) a estas actuaciones coercitivas en defensa de su mandato cuando se llevan a cabo en países que padecen conflictos armados¹⁷⁸. ¿Podría suceder que algún miembro de las operaciones de mantenimiento de

¹⁷⁷ JANIK, R., «Putting Security Council Resolution 2098 on the Democratic Republic of Congo in Context: The Long Way of Peacekeeping» *Human Security Perspectives*, 10, 2014, pp.181-182.

¹⁷⁸ LABUDA, P.I., «The UN Goes to War in the Central African Republic: What are the Limits of Peacekeeping?» *Just Security*, March 23, 2017 <https://www.justsecurity.org/39151/war-central-african-republic-limits-peacekeeping/>

la paz de las Naciones Unidas pudiera ser declarado culpable de crímenes de guerra ante un Tribunal penal internacional donde no operaran las inmunidades atribuidas a estos operativos? Hace tiempo, A. Segura Serrano indicaba, respecto a la Convención de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y el Boletín del Secretario General de 1999 acerca de la Observancia del Derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas¹⁷⁹, que «la intención de los negociadores fue la de establecer una clara delimitación de regímenes jurídicos, de modo que las relaciones entre el personal de la ONU y aquellos que los atacan estuvieran cubiertas bien por la Convención o bien por el Derecho internacional humanitario, pero no por ambos regímenes a la vez, ya que esto podría ir en perjuicio de la protección que se perseguía conseguir con la Convención y del principio de igualdad que preside la aplicación del derecho internacional humanitario y que sirve de principal reclamo para su respeto. Por tanto, ambos regímenes deben excluirse mutuamente... En efecto, aunque los ataques de los que puedan ser víctimas los miembros de los contingentes de las OMPs son criminalizados por esta Convención, si dichos ataques son repelidos y conducen a un sometimiento de las hostilidades, entonces sería aplicable el derecho internacional humanitario con el resultado de que los atacantes podrían convertirse en, a la vez, en criminales (bajo la Convención) y en combatientes (objeto de protección del derecho internacional humanitario)»¹⁸⁰.

En realidad estas situaciones entrañan un debate complejo y deudor de la verdadera voluntad de los Estados en aportar capacidades así como unidades militares y de inteligencia para alcanzar resultados humanitarios acordes con las funciones pacificadoras de las Naciones Unidas. Resulta dramática la exhortación del Secretario General cuando haciendo balance de la situación en Mali reconoce que desde que se aprobó la resolución 2295 (2016), la MINUSMA ha adoptado una posición más firme y proactiva, pero, no obstante, la Misión sigue sin contar con el personal y la capacidad necesarios para ejecutar su mandato, en particular la protección de los civiles y la creación de espacio humanitario. Como ha destacado el Secretario General,

«[M]eses después de la aprobación de la resolución, todavía no se han desplegado el personal militar y de policía adicional autorizado —2.049 y 480 efectivos, respectivamente—ni los activos militares adicionales autorizados, a pesar de los decididos esfuerzos realizados para contar con ellos. Esta situación de falta de capacidad esencial se ha visto agravada por los retrasos en el despliegue de la fuerza de reacción rápida en Mopti. Ahora más que nunca hace falta contar con el apoyo de todos los países que aportan contingentes y fuerzas de policía. Exhorto a los Estados Miembros a que ayuden a solucionar esas faltas de capacidad, en particular proporcionando los elementos que se necesitan más urgentemente, a saber, helicópteros, una compañía de inteligencia, vigilancia y reconocimiento, unidades de apoyo a los aeródromos, una compañía de fuerzas especiales, una compañía de eliminación de municiones explosivas, un batallón para convoyes de combate, vehículos blindados de transporte de tropas y vehículos blindados para los agentes de policía»¹⁸¹

¹⁷⁹ UN. Doc. ST/SGB/1999/13.

¹⁸⁰ SEGURA SERRANO, A., *El Derecho Internacional Humanitario y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas*, Plaza y Valdés, Madrid, 2007 pp. 206 y 211.

¹⁸¹ UN.Doc. S/2017/271 párr. 71.

2. Rendición de cuentas, acceso a la justicia y diligencia en la protección de los derechos humanos: La atribución de la responsabilidad internacional en operaciones de paz.

A) COLABORACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.

En el marco de estos conflictos hay que diferenciar dos ámbitos en cuanto a la responsabilidad por violación de los derechos humanos. En primer lugar, en el propio mandato de las operaciones de paz se establece la cooperación con las autoridades nacionales en el establecimiento y funcionamiento de distintos mecanismos para poner fin a la impunidad de los autores por los crímenes cometidos. Se fomenta la *dimensión positiva y dinámica del principio de complementariedad establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional* en atención al efecto útil de la depuración efectiva de la responsabilidad. Respecto a Mali¹⁸², se ha encomendado a la MINUSMA apoyar la aplicación de las medidas de reconciliación y justicia del Acuerdo de Paz y Reconciliación en Malí de 2015, incluso con respecto al establecimiento de una Comisión Internacional de Investigación, en consulta con las partes, y apoyar la puesta en funcionamiento de la Comisión de la Verdad, la Justicia y la Reconciliación¹⁸³.

En materia de *promoción y protección de los derechos humanos*, se les ha encomendado prestar asistencia a las autoridades malienses en sus iniciativas para promover y proteger los derechos humanos, en particular en las esferas de la justicia y la reconciliación, entre otras cosas apoyando, cuando sea factible y apropiado, los esfuerzos de las autoridades, sin perjuicio de sus responsabilidades, para llevar ante la justicia a los responsables de abusos o violaciones graves de los derechos humanos o violaciones del derecho internacional humanitario, en concreto crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en Malí, teniendo en cuenta la remisión por las autoridades de transición de Malí de la situación imperante en su país desde enero de 2012 a la Corte Penal Internacional¹⁸⁴. Asimismo vigilar, ayudar a investigar y denunciar ante el Consejo de Seguridad y públicamente, según proceda, las violaciones del derecho internacional humanitario y los abusos y violaciones de los derechos humanos, incluidas todas las formas de violencia sexual y por razón de género y las violaciones y los abusos cometidos

¹⁸² Cfr. Resoluciones del Consejo de Seguridad: 2100 (2013), 2164 (2014); 2227 (2015); 2295 (2016); 2364 (2017) y 2374 (2017). Acerca de la evolución y aplicación del Acuerdo de Paz y Reconciliación en Malí vid. el Informe del Secretario General de 2017 (S/2017/271).

¹⁸³ Según el Informe de 2017, el 3 de enero, las víctimas empezaron a ofrecer su testimonio ante la Comisión de la Verdad, la Justicia y la Reconciliación. Al 22 de marzo, más de 1.800 personas, entre ellas 1.067 mujeres, habían declarado ante la Comisión, incluidas sus oficinas regionales. La MINUSMA ayudó al personal de las oficinas regionales de la Comisión impartiendo capacitación en materia de verificación de los hechos, información pública y divulgación entre la población, entre otros aspectos. El acceso a las oficinas regionales siguió siendo difícil para las víctimas y los testigos que vivían fuera de las capitales regionales. Véase S/2017/271, par.37.

¹⁸⁴ Sobre las acciones de reconciliación nacional y la intervención complementaria de la Corte Penal Internacional, Véase CASTILLA, J.C., «Reconciliación de Malí; mayo en Kidal, inflexión en la segunda fase del proceso/Reconciliation in Mali; May in Kidal, Watershed in the Process's Second Phase», *Revista UNISCI/UNISCI Journal* 37 (2015).

contra las mujeres y los niños en todo Malí, y contribuir a las medidas orientadas a prevenir esas violaciones y abusos.

Respecto a la República Centroafricana, se ha encomendado a la MINUSCA *medidas de colaboración para combatir la impunidad*¹⁸⁵ con el fin de encontrar, investigar y procesar a los responsables de delitos que entrañen violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos. Al mismo tiempo, deberán prestar asistencia técnica a las autoridades de la República Centroafricana, en colaboración con otros asociados internacionales, para poner en funcionamiento el Tribunal Penal Especial (TPE) de conformidad con las leyes y la jurisdicción de la República Centroafricana y en consonancia con sus obligaciones en virtud del derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos¹⁸⁶. La resolución 2301 (2016) recuerda asimismo la necesidad urgente e imperiosa de hacer rendir cuentas de sus actos a todos los autores de violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos, independientemente de su estatus o su afiliación política, y reitera que algunos de esos actos pueden constituir crímenes con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), en el que la República Centroafricana no solo es Estado parte sino que además existen investigaciones y procesos abiertos respecto de distintas situaciones (2002 y 2012) remitidas a la Corte¹⁸⁷. De hecho, en 2016 se dictaba una decisiva sentencia condenatoria por actos de violencia sexual como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, además de reconocer la responsabilidad penal del superior militar por no haber tomado todas las medidas necesarias y razonables para impedir y reprimir la

¹⁸⁵ Resoluciones del Consejo de Seguridad: 2217 (2015); 2301 (2016) y 2387 (2017)

¹⁸⁶ En febrero de 2017 se nombraba al Fiscal del Tribunal Penal Especial y de acuerdo con el art. 3 de su Estatuto la Corte tiene jurisdicción para juzgar violaciones graves de las normas de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la República Centroafricana desde el 1 de enero de 2003, tal y como se definen en el Código Penal de la RCA y en virtud de las obligaciones internacionales contraídas por la RCA en el ámbito del Derecho internacional, en particular el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Acerca de este híbrido Tribunal Penal Especial vid. P. I. LABUDA, «The Special Criminal Court in the Central African Republic: Failure or Vindication of Complementarity?», *Journal of International Criminal Justice*, Volume 15-1, March 2017, pp. 175–206 y el Documento de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *The Mapping Report and the Special Criminal Court: main recommendations* (<http://www.ohchr.org/Documents/Countries/CF/Mapping2003-2015/Factsheet8-EN.pdf>). Según

LABUDA, «Although the SCC is referred to as a ‘hybrid’ or ‘mixed’ tribunal, these terms do not have any specific legal meaning in international law. The SCC is distinct from tribunals such as the Special Court for Sierra Leone (SCSL) and the Special Tribunal for Lebanon (STL), which were created through international agreements between the host state and the UN. The SCC is also different from mixed tribunals integrated into the national legal system, most notably the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, which resulted from national legislation based on an international agreement between the UN and Cambodia. Though the UN played an important and – as will be argued below – decisive role in drafting the SCC law, formally it remains a purely domestic piece of legislation. The legal basis for the SCC’s establishment and functioning lies in the organic law adopted by Parliament on 24 April 2015, which was then validated by the Constitutional Court and promulgated by the Central African Transitional President. From a constitutional standpoint, the SCC forms part of the ‘Central African judicial order’ on a par with other criminal tribunals. It is thus fully integrated into the Central African legal system».

¹⁸⁷ <https://www.icc-cpi.int/car> y <https://www.icc-cpi.int/carII?ln=fr>

ejecución de los crímenes cometidos por aquellos que se encuentran bajo su autoridad y control¹⁸⁸.

B) RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LAS OPERACIONES DE PAZ POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: LOS CASOS DE VIOLACIÓN, EXPLOTACIÓN Y ABUSOS SEXUALES.

Pero una de las cuestiones que paralelamente se ha planteado es el tema de la responsabilidad de los integrantes de las operaciones de paz por las violaciones de derechos humanos, en particular, por actos de violencia sexual. A tal respecto, las operaciones de mantenimiento de la paz en la República Centroafricana han quedado ensombrecidas por los supuestos denunciados de explotación y abusos sexuales. En la resolución 2272 (2016), el Consejo de Seguridad manifestaba que los actos de explotación y abusos sexuales cometidos por personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas menoscaban la ejecución de los mandatos de mantenimiento de la paz y la credibilidad de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz, y reafirmaba su apoyo a la política de tolerancia cero de las Naciones Unidas respecto de todas las formas de explotación y abusos sexuales. Asimismo se declaraba profundamente preocupado por las persistentes y graves denuncias de actos de explotación y abusos sexuales cometidos por personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y por fuerzas ajenas a la Organización, tanto militares como civiles y de policía, y por el hecho de que muchos de esos casos no se denuncian. Por estos motivos solicita al Secretario General que reúna y preserve las pruebas disponibles antes de las investigaciones de actos de explotación y abusos sexuales en las operaciones de paz de las Naciones Unidas, teniendo debidamente en consideración la seguridad y la confidencialidad de las víctimas, para que la operación de paz de las Naciones Unidas de que se trate adopte medidas inmediatas con el fin de impedir, entre otras cosas mediante evaluaciones de los riesgos, futuros incidentes de explotación y abusos sexuales, fortalecer la accesibilidad, la coordinación y la independencia de los procesos de recepción y gestión de denuncias y prestar asistencia a las víctimas, respetando su confidencialidad, ayudando a minimizar los traumas y facilitando el acceso, según proceda, a cuidados inmediatos y a apoyo médico y psicológico.

Si bien se reconoce que es competencia y responsabilidad primordial de los Estados que aportan contingentes y fuerzas de policía de investigar las denuncias de explotación y abusos sexuales presentadas contra su personal así como de hacer rendir cuentas a su personal, incluso mediante enjuiciamiento, cuando corresponda, por los actos de explotación y abusos sexuales, teniendo en cuenta las garantías procesales, se solicita al Secretario General que:

«[C]uando un país que aporta contingentes cuyo personal es objeto de una denuncia o denuncias de explotación y abusos sexuales no haya tomado las medidas correspondientes para investigar dichas denuncias y/o cuando el país que aporta contingentes o fuerzas de policía no haya

¹⁸⁸ Cfr. Sentencia 21 de marzo de 2016 *Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo* Situación: República Centroafricana, ICC-01/05-01/08-3343, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3343>

hecho rendir cuentas a los responsables o informado al Secretario General de la marcha de sus investigaciones o las medidas adoptadas, sustituya a todas las unidades militares y/o unidades de policía constituidas del país que aporta contingentes o fuerzas de policía en la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en la que se haya presentado la denuncia o las denuncias por personal uniformado de otro país que aporta contingentes o fuerzas de policía, según corresponda, y *solicita* además al Secretario General que asegure que el país que aporta contingentes o fuerzas de policía que sustituye al anterior haya respetado normas de conducta y disciplina y haya afrontado apropiadamente cualesquiera denuncias o actos confirmados, en caso de existir, de explotación y abusos sexuales por parte de su personal»¹⁸⁹.

Por su parte, el Secretario General en su informe de 2016 sobre esta operación en la RCA se declaraba indignado por las continuas denuncias de explotación y abusos sexuales, en particular por el personal de la MINUSCA. Además de constituir el *Grupo de Examen Externo e Independiente sobre la explotación y los abusos sexuales cometidos por las fuerzas internacionales de mantenimiento de la paz en la República Centrafricana*, reiterar su política de tolerancia cero respecto de las faltas de conducta y reconocer los progresos alcanzados en materia de prevención, información, coordinación y un enfoque basado en la víctima para hacer frente a los abusos de los derechos humanos, en particular la explotación y los abusos sexuales, se ha comprometido a garantizar que los autores de esos abusos atroces sean llevados ante la justicia y ha reiterado su llamamiento a los países que aportan contingentes y fuerzas de policía para que tomen medidas preventivas enérgicas y mejoradas antes del despliegue y garanticen la rápida adopción de medidas disciplinarias apropiadas y las investigaciones pertinentes para garantizar la rendición de cuentas y la justicia para las víctimas¹⁹⁰.

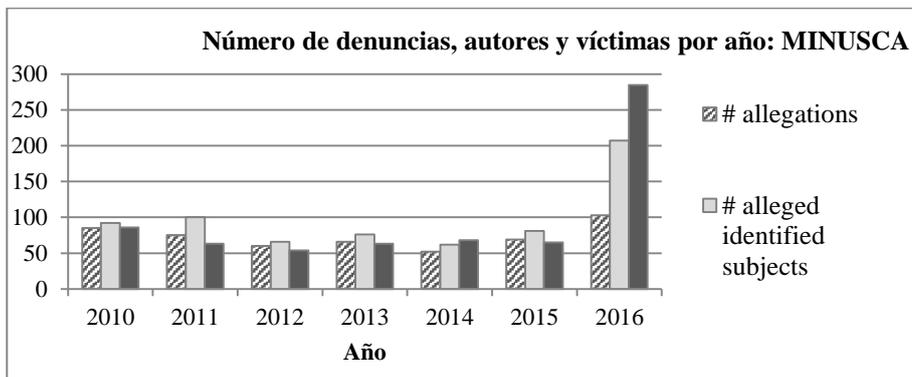
Tales consideraciones –hace tiempo ya puestas de relieve en el marco de las Naciones Unidas por sus respectivos Secretarios Generales¹⁹¹–, así como otras importantes

¹⁸⁹ A su vez se insta a todas las fuerzas ajenas a las Naciones Unidas autorizadas en virtud de un mandato del Consejo de Seguridad a que adopten las medidas adecuadas para prevenir y combatir la impunidad de los actos de explotación y abusos sexuales cometidos por su personal y se exhorta a los Estados Miembros que hayan desplegado fuerzas ajenas a las Naciones Unidas autorizadas en virtud de un mandato del Consejo de Seguridad a que adopten las medidas apropiadas para investigar las denuncias de explotación y abusos sexuales, hagan rendir cuentas a quienes hayan cometido esos actos y dispongan la repatriación de sus unidades cuando hayan pruebas contundentes de que dichas unidades hayan cometido tales actos de manera generalizada o sistémica.

¹⁹⁰ UN.Doc. S/2016/565, para.71. Véase BLANCO Y DE LA TORRE, F., «Nuevos hitos en la lucha contra la explotación y abusos sexuales perpetrados por “Peacekeepers”», *IEEE.ES*, 31 (2016).

¹⁹¹ Véase la documentación relativa a las Políticas y procedimientos relacionados con las normas éticas contenida en la Oficina de Ética de las Naciones Unidas (<http://www.un.org/es/ethics/policies.shtml>) así como los distintos instrumentos incluidos en el denominado *Código Azul* de la ONG *AIDS-Free World*: Documentos, informes y recursos de las Naciones Unidas relacionados con la explotación y el abuso sexuales de las fuerzas de mantenimiento de la paz, incluidos enlaces a datos sobre denuncias, informes del Secretario General sobre medidas especiales, resoluciones clave de las Naciones Unidas, la Oficina de Servicios de Supervisión Interna de las Naciones Unidas (OSSI/OIOS) e informes de expertos (<http://www.codebluecampaign.com/un-docs/>). En el Boletín del Secretario General de 9 de octubre de 2003 sobre Medidas especiales de protección contra la explotación y el abuso sexuales. Además de recordar que de conformidad con la sección 7 del boletín del Secretario General ST/SGB/1999/13, titulado «Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», se prohíbe a las fuerzas de las Naciones Unidas que realizan operaciones bajo el mando y control de las Naciones Unidas cometer actos de explotación y abuso sexuales y se encarga a las fuerzas de las Naciones Unidas el deber especial de proteger a las mujeres y los niños, en el artículo 3.2 se dispone que «con objeto de proteger

iniciativas y propuestas de actuación, han sido asumidas en 2017 en el Informe del Secretario General sobre *Medidas especiales de protección contra la explotación y los abusos sexuales: un nuevo enfoque* que presenta, además, el panorama general a 2016 de los tipos de actos denunciados y del estado en que se encuentran las investigaciones y denuncias existentes en relación con las distintas operaciones de mantenimiento de la paz así como de las medidas adoptadas o que se encuentra en curso¹⁹². A tal efecto, resulta de interés el gráfico sobre esta evolución respecto a la MINUSCA.



Como parte de la nueva estrategia de la ONU para luchar contra la explotación y los abusos sexuales, se reconoce por primera vez como un asunto que concierne a todo el

plenamente a las poblaciones más vulnerables, especialmente las mujeres y los niños, se promulgan las siguientes normas concretas, que reiteran las obligaciones generales previstas en el Reglamento y el Estatuto del Personal de las Naciones Unidas: a) La explotación y el abuso sexuales constituyen faltas graves de conducta y son, por tanto, motivo para la adopción de medidas disciplinarias, incluida la destitución sumaria; b) Las actividades sexuales llevadas a cabo con niños (es decir, con personas menores de 18 años) están prohibidas independientemente de la edad fijada localmente para alcanzar la mayoría de edad o la edad de consentimiento. No puede aducirse como defensa una estimación errónea de la edad de un niño; c) El intercambio de dinero, empleos, bienes o servicios por sexo, incluidos los favores sexuales u otras formas de comportamiento humillantes, degradantes o explotadoras, está prohibido. Esto incluye cualquier prestación de asistencia que se esté obligado a proporcionar a beneficiarios de asistencia; d) Las relaciones sexuales entre funcionarios de las Naciones Unidas y los beneficiarios de asistencia, habida cuenta de que se basan en una dinámica de poder inherentemente desigual, socavan la credibilidad e integridad de la labor de las Naciones Unidas, por lo que están firmemente desaconsejadas; e) En caso de que un funcionario de las Naciones Unidas albergue preocupaciones o sospechas respecto de la comisión de explotación o abuso sexuales por otro miembro del personal, perteneciente o no al mismo organismo o al sistema de las Naciones Unidas, deberá informar de esas preocupaciones mediante los mecanismos de denuncia existentes; f) Los funcionarios de las Naciones Unidas tienen la obligación de establecer y mantener un entorno conducente a la prevención de la explotación y el abuso sexuales. El personal directivo a todos los niveles tiene una responsabilidad particular de apoyar y promover sistemas que permitan mantener ese tipo de entorno». Asimismo se dispone que las normas enunciadas anteriormente no constituyen una lista exhaustiva y que otros tipos de comportamiento de explotación o abuso sexuales pueden ser motivo de adopción de medidas disciplinarias, incluida la destitución sumaria, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento y el Estatuto del Personal de las Naciones Unidas (art.3.3). Además se dispone que si, tras realizar las investigaciones oportunas, existieran pruebas en apoyo de la denuncia de comisión de actos de explotación o abuso sexuales, *esos casos podrían ser remitidos, una vez consultada la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas*, a las autoridades nacionales competentes a fin de que incoen el correspondiente procedimiento penal

¹⁹² UN.Doc. A/71/818 de 28 de febrero de 2017, Anexo IV.

sistema y que requiere la aplicación de un enfoque común¹⁹³. Por tanto, el Secretario General ha pedido, como parte de su estrategia, a los distintos organismos, fondos y programas que adopten nuevas medidas y fortalezcan las ya existentes a fin de mejorar la prevención, detección, denuncia y adopción de medidas contra el personal que comete estos actos inexcusables y aberrantes. Entre las medidas propuestas en el Informe citado destaca la propuesta de adoptar un *Pacto voluntario entre el Secretario General y los Estados Miembros* que colaboran con las operaciones de las Naciones Unidas sobre el terreno¹⁹⁴ con el que se pretende fortalecer el compromiso conjunto en la prevención, asistencia a las víctimas (incluyendo medidas relacionadas con el reconocimiento de paternidad y la pensión alimenticia de los hijos), investigación y rendición de cuentas respecto de esta cuestión. Sobre este último particular, el Secretario General solicita a los Estados Miembros que examinen la legislación nacional en vigor a fin de determinar su aplicabilidad a los delitos sexuales cometidos por sus nacionales mientras estos se encuentran al servicio de las operaciones de paz de las Naciones Unidas y evalúen la necesidad de promulgar *leyes que, entre otras cosas, permitan la jurisdicción extraterritorial basada en la nacionalidad*.

Asimismo se propone el nombramiento por parte del Secretario General del *Defensor de los derechos de las víctimas* para todo el sistema en la Sede de las Naciones Unidas. El defensor se encargará de garantizar que el sistema de las Naciones Unidas ofrezca una asistencia efectiva y sostenida a las víctimas de la explotación y los abusos sexuales, colaborando con las instituciones gubernamentales, la sociedad civil y las organizaciones nacionales jurídicas y de derechos humanos con el fin de crear redes de apoyo y ayudar a que la legislación local, dentro de la que se engloban las reparaciones para las víctimas, surta pleno efecto¹⁹⁵. El 23 de agosto de 2017, el Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, designó a Jane Connors como la primera Defensora de los Derechos de las Víctimas de las Naciones Unidas y en su Informe distribuido el 15 de enero de 2018 sobre las *Medidas especiales de protección contra la explotación y los abusos sexuales* invocaba los avances logrados aun cuando se han limitado principalmente al impulso de nuevas prácticas de carácter preventivo, herramientas de mitigación de riesgos y mejora de las comunicaciones estratégicas. En concreto se afirma que se ha impulsado estos esfuerzos «mediante la armonización de los enfoques, la mejora de la coordinación y cooperación interinstitucionales y la aplicación de iniciativas en todo el sistema para prevenir y encarar más eficazmente la explotación y los abusos sexuales, y evitar la fragmentación y las deficiencias. Estas medidas incluyen la concienciación sobre comportamientos prohibidos, la descripción de los papeles y responsabilidades de los agentes mediante un marco de rendición de cuentas, la mejora de la recopilación de

¹⁹³ La estrategia para promover y respaldar el denominado *Gender Mainstreaming* irrumpió con la Conferencia de Nairobi en 1985 alcanzando su cuota más alta en la Conferencia Mundial de la Mujer de 1995. Véase al respecto, DÍEZ PERALTA, E., «Los derechos de la mujer en el derecho internacional», *REDI*, 2011-2, pp.116-117.

¹⁹⁴ A fecha de 15 de marzo 90 Estados había suscrito dicho Pacto (https://conduct.unmissions.org/sites/default/files/factsheet_compact_countries_march_2018.pdf). El contenido del mismo puede consultarse en <http://www.passblue.com/wp-content/uploads/2017/08/17-377-Voluntary-Compact-English.pdf>

¹⁹⁵ Información extraída de <https://www.un.org/preventing-sexual-exploitation-and-abuse/es>

datos y la presentación de denuncias, y la coordinación de la elaboración de mecanismos de verificación de antecedentes del personal»¹⁹⁶.

No obstante, el Secretario General reconoce que las Naciones Unidas siguen teniendo grandes dificultades para hacer el seguimiento con los Estados miembros de las denuncias de actos de explotación y abusos sexuales cometidos por personal de fuerzas ajenas a las Naciones Unidas autorizadas en virtud de un mandato del Consejo de Seguridad. A tal efecto remarca que, sobre la base de la experiencia adquirida y las mejores prácticas de los procedimientos y modalidades de cooperación acordados entre la Organización y los países que aportan contingentes o fuerzas de policía, se deberían establecer medidas de colaboración e intercambio de información sobre las investigaciones y procesos judiciales conexos (respetando la confidencialidad). Estas medidas permitirán a las Naciones Unidas evaluar la evolución de la situación y proporcionar el apoyo y la información necesarios a las víctimas. Sin embargo, reconoce que, a menos que lo encomiende expresamente el Consejo de Seguridad, seguirá habiendo problemas en lo que respecta a la aplicación sistemática de medidas y cooperación con las Naciones Unidas por fuerzas ajenas a la Organización¹⁹⁷.

Desde la ONG *AIDS-Free World* se ha cuestionado el «papel neutral» de las Naciones Unidas para recibir o investigar acusaciones de abuso sexual contra su propio personal y se aboga por la creación de un mecanismo especial judicial en los países donde operan las operaciones de mantenimiento de la paz: un órgano judicial independiente que estaría facultado para evaluar, remitir (cuando corresponda), investigar y enjuiciar al personal de la ONU acusado de cometer delitos sexuales. A tal efecto, denuncian que la ONU maneja las denuncias de explotación y abuso sexual como simples violaciones disciplinarias que generan procedimientos internos confidenciales ajenos a los principios de transparencia y acceso al público, sin que tales procedimientos conduzcan a procedimientos judiciales ni garantice el acceso a la justicia. Hasta cierto punto, la inmunidad de la ONU permite a la Organización esquivar controles y equilibrios y restringir la libertad de información. Por este motivo afirman que se está abusando de la inmunidad de las Naciones Unidas y que la «privacy needed for an effective world body of 193 Member States has been extended far beyond its purpose»¹⁹⁸.

C) PRIVILEGIOS, INMUNIDADES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS ACTOS REALIZADOS EN EL MARCO DE LAS OPERACIONES DE PAZ: LA APLICACIÓN DEL TEST DE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN EQUIVALENTE.

Sobre esta materia hay que recordar que la normativa multilateral básica se encuentra en el Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946 así como en el Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de

¹⁹⁶ Véase UN Doc. A/72/751, párr.7

¹⁹⁷ Ibid. párrs.48-51, p.15.

¹⁹⁸ Véase el Documento «Facts Contradict Secretary-General's New Sexual Abuse Report» de 16 de marzo de 2018 <http://www.codebluecampaign.com/press-releases/2018/3/16-1>

mantenimiento de la paz (SOFA ONU)¹⁹⁹. Conforme a la sección 20 del Convenio de 1946 se establece que «las prerrogativas e inmunidades se otorgan a los funcionarios en interés de las Naciones Unidas y no en provecho de los propios individuos. El Secretario General tendrá el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad de cualquier funcionario, en cualquier caso en que según su propio criterio, la inmunidad impida el curso de la justicia y pueda ser renunciada sin que se perjudiquen los intereses de las Naciones Unidas. En el caso del Secretario General, el Consejo de Seguridad tendrá el derecho de renunciar a la inmunidad». Además, la sección 21 precisa que las Naciones Unidas cooperarán siempre con las autoridades competentes de los Miembros para facilitar la administración adecuada de justicia, velar por el cumplimiento de las ordenanzas de policía y evitar que ocurran abusos en relación con las prerrogativas, inmunidades y facilidades mencionadas²⁰⁰.

La sección 29 del Acuerdo de 1946 prevé que las Naciones Unidas tomarán las medidas adecuadas para la solución de las disputas originarias por contratos u otras disputas de derecho privado en las que sean parte las Naciones Unidas así como respecto a las disputas en que esté implicado un funcionario de las Naciones Unidas, que por razón a su cargo oficial disfruta de inmunidad, si el Secretario General no ha renunciado a tal inmunidad, mientras que el apartado 51 del SOFA ONU dispone que toda controversia o reclamación propia del *derecho privado* en la que sea parte la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas o cualquier miembro de ella y respecto de la cual no tengan jurisdicción los tribunales del [territorio/país receptor] debido a alguna disposición del presente Acuerdo, será resuelta por una comisión de reclamaciones creada a ese efecto.

No obstante y a pesar de la práctica onusiana, resulta difícil concebir la violación de los derechos humanos como una reclamación de derecho privado y que el recurso a la comisión de reclamaciones se conciba como un mecanismo alternativo o de protección equivalente al acceso a los sistemas judiciales y al derecho al proceso equitativo. Respeto a los asuntos del *cólera en Haití* y *Srebrenica*, se ha indicado por una parte que «dans un ordre international souvent caractérisé par une absence de forums spécifiquement dédiés aux droits de l'homme, utiliser les outils du droit privé et notamment de la responsabilité extra-contractuelle manifeste parfois simplement une plus grande propension culturelle à traiter les violations des droits de l'homme comme des violations du droit privé»²⁰¹, así como que «the United Nations throughout the decades since its establishment and

¹⁹⁹ UN. Doc. A/45/594 de 9 de octubre de 1990. Acerca de esta cuestión, entre la abundante literatura jurídica existentes véanse los trabajos de CACHO SÁNCHEZ, Y, «Responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por la actividad lícita de sus fuerzas de mantenimiento de la paz», *REEI*, 2007, núm.13 y MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el Extranjero: marco general de análisis», en *El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior*, D. Liñán Noguera y J. Roldán Barbero (eds.), Plaza y Valdés, 2008, pp.39-97. Asimismo resulta de interés CHUCK MASON, R., «Status of Forces Agreement (SOFA): What Is It, and How Has It Been Utilized?», Congressional Research Service, 2002.

https://www.acq.osd.mil/dpap/ccap/cc/jcchb/Files/Topical/acsa/training/CRS_RL34531.pdf

²⁰⁰ *BOE* núm. 249, de 17 de octubre de 1974

²⁰¹ MEGRET, F., «La responsabilité des Nations Unies aux temps du choléra», April 1, 2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2242902> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2242902>.

notwithstanding the immunity provided it to perform its important functions, has generally achieved the objective of acting as a good citizen on the world stage in responding to third-party claims, including in the peacekeeping context. However, the situation in the Mothers of Srebrenica matter and the Haiti Cholera victims case, raise the issue of whether the Organization is continuing to do so and the implications of its position in these matters for the future of UN peacekeeping»²⁰².

Además de lo anterior, se ha de tener en cuenta que en el artículo 7 *quater apartados 10 y 11* del modelo genérico para los contingentes militares del *Memorando de Entendimiento entre las Naciones Unidas y el Gobierno que aporta tales recursos a la misión de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas* de que se trate²⁰³, se mantiene que se entiende que el Gobierno es el principal responsable de investigar toda falta o falta grave de conducta cometida por un miembro de su contingente nacional, por lo que en caso de que el Gobierno tenga indicios suficientes para sospechar que miembros del contingente nacional han cometido una falta grave de conducta, informará sin demora a las Naciones Unidas y remitirá el caso a las autoridades nacionales pertinentes para que realicen una investigación²⁰⁴. Además en materia de jurisdicción se estipula que

«Los miembros militares y todo miembro civil sujeto a ley militar nacional del contingente nacional proporcionado por el Gobierno están sujetos a la jurisdicción exclusiva del Gobierno en lo que se refiere a cualesquiera crímenes o delitos que puedan cometer mientras se encuentren asignados al componente militar de [nombre de la misión de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas]. El Gobierno da seguridades a las Naciones Unidas de que ejercerá esa jurisdicción con respecto a esos crímenes o delitos».²⁰⁵

²⁰² RASHKOW, B., «Remedies for harm caused by un peacekeepers», *AJIL UNBOUND*, Apr. 2 2014, <http://www.asil.org/blogs/remedies-harm-caused-un-peacekeepers>. Véase también PAVONI, R. «Immunità e responsabilità dell'ONU per l'introduzione del colera ad Haiti: la sentenza d'appello nel caso Georges, il "rapporto Alston" e le "scuse" del Secretario generale» *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017-1, pp.133-141.

²⁰³ *Manual de políticas y procedimientos relativos al reembolso y control del equipo de propiedad de los contingentes de países que aportan contingentes/efectivos policiales y participan en las misiones de mantenimiento de la paz* (Manual sobre el equipo de propiedad de los contingentes) A/C.5/69/18, pp.206 y ss. y 246 y ss. Véase también el documento *Accountability for Conduct and Discipline in Field Missions* aprobado el 1 de agosto de 2015 y revisado el 31 de julio de 2017 en <https://conduct.unmissions.org/documents-standards>.

²⁰⁴ Conforme al Anexo 2 sobre *Definiciones* previsto en el Manual se indica que «por falta de conducta se entiende todo acto u omisión que constituya una violación de las normas de conducta de las Naciones Unidas, las normas y reglas de conducta de la misión o las obligaciones respecto de las leyes y reglamentos nacionales y locales de conformidad con el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas cuando las consecuencias son externas al contingente nacional. Por **falta de conducta grave** se entiende la falta de conducta, incluidos delitos, que provoque, o es probable que provoque, daños, perjuicios o lesiones de carácter grave a una persona, o daños y perjuicios a una misión. La explotación y el abuso sexuales constituyen faltas de conducta graves», *ibid.* párrs. 22 y 23, p.20

²⁰⁵ *Ibid.* art. 7 *quinquies*, apartado 22. Recuérdese, no obstante, cómo el *Informe Zeid* de 2005 sobre «Una completa estrategia para poner término en el futuro a la explotación y el abuso sexuales en las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz», se indicaba que en el modelo de acuerdo sobre estatuto de las fuerzas se parte del supuesto de que el Secretario General recibirá seguridades oficiales de un país que aporte contingentes en el sentido de que ha de ejercer la jurisdicción penal respecto de sus tropas a cambio de la inmunidad que le confiere el Estado anfitrión en virtud de ese acuerdo. Sin embargo y conforme al referido Informe, esas seguridades oficiales no se recibían por lo que esas cláusulas deberían volver a formar parte del modelo de memorando de entendimiento y se debería exigir que el país que aporta contingentes presente informes acerca de las medidas que haya tomado en los casos que le hayan sido

En caso de que el Gobierno no informe a las Naciones Unidas lo antes posible, pero no después de 10 días hábiles desde la notificación de las Naciones Unidas, de que iniciará su propia investigación sobre la presunta falta grave de conducta, se considera que el Gobierno no desea o no puede realizar dicha investigación y las Naciones Unidas pueden, si corresponde, iniciar sin demora una investigación administrativa de la presunta falta grave de conducta. La *investigación administrativa* de las Naciones Unidas de un miembro del contingente nacional deberá respetar sus derechos procesales de conformidad con el derecho nacional e internacional y toda investigación administrativa de esta índole incluirá un representante del Gobierno en el equipo de investigación, si el Gobierno lo nombra. No obstante, en caso de que el Gobierno decida iniciar su propia investigación, las Naciones Unidas suministrarán al Gobierno sin demora todo el material del caso disponible. En caso de que la investigación administrativa de las Naciones Unidas ya hubiera finalizado, las Naciones Unidas suministrarán al Gobierno las conclusiones de la investigación y las pruebas reunidas durante dicha investigación. En caso de una investigación administrativa de las Naciones Unidas sobre una posible falta grave de conducta cometida por un miembro del contingente nacional, el Gobierno conviene en impartir instrucciones al Comandante de su contingente nacional para que coopere y comparta la documentación e información, con sujeción a las leyes nacionales pertinentes, incluidas las leyes militares. El Gobierno también asume el compromiso, por conducto del Comandante de su contingente nacional, de impartir instrucciones a los miembros de ese contingente para que cooperen con cualquier investigación de esa índole de las Naciones Unidas²⁰⁶.

Finalmente, si sobre la base de una investigación realizada por las Naciones Unidas o de una investigación realizada por las autoridades competentes del Gobierno se llega a la conclusión de que existen indicios fundados de comisión de una falta de conducta por un miembro del contingente nacional del Gobierno, este remitirá el caso a sus autoridades competentes a fin de que adopten las medidas correspondientes. El Gobierno conviene en que esas autoridades deberán adoptar su decisión de igual modo que lo harían en relación con cualquier otro delito o infracción disciplinaria de carácter análogo en aplicación de sus leyes o del código disciplinario pertinente, informando periódicamente al Secretario General sobre la marcha del caso y de su desenlace²⁰⁷.

Más allá de estas disposiciones de régimen disciplinario y de atribución de jurisdicción, las actuaciones integradas de distintas organizaciones con responsabilidades compartidas pero con mandatos y mandos no necesariamente unificados, plantea un tema de especial relevancia como es el de la posible revisión del alcance funcional/absoluto de las inmunidades de las organizaciones internacionales en relación con el test de protección judicial equivalente respecto a las violaciones de los derechos humanos²⁰⁸, así como el

remitidos como consecuencia de investigaciones de las Naciones Unidas en que haya participado (UN Doc. A/59/710 de 24 de marzo de 2005, p.6).

²⁰⁶ Ibid. art.7. *quáter* apartados 13 y 14 (UN. Doc. A/C.5/69/18).

²⁰⁷ Ibid. art. 7 *sexiens*, apartado 24

²⁰⁸ En el Cuarto informe sobre las *Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales* (segunda parte del tema), presentado por el Relator Especial, Leonardo Díaz González, se fundamentaba la

relativo a la atribución de la responsabilidad internacional en virtud de la comisión de ilícitos internacionales por parte de los miembros integrantes de estas misiones de paz. Esta cuestión incide en el actual desarrollo progresivo del Derecho internacional sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, en particular, sobre la previsión de los artículos 6, 7 y 8 del texto de Proyecto de artículos adoptado en 2011 en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional²⁰⁹.

En un momento en el que se concibe como parte sustantiva del principio de estado de derecho el cumplimiento de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario así como *el acceso a la justicia*, este tema requiere de un estudio sistemático y pormenorizado que ofrezca soluciones acordes con los objetivos de rendición de cuentas y protección equivalente a las víctimas, estudio que excede las dimensiones y objetivos del presente trabajo. En verdad resulta difícil determinar el grado de control efectivo que tienen las Naciones Unidas sobre las operaciones desplegadas en virtud de mandatos no siempre muy precisos y del margen de actuación reconocido al Secretario General. En los comentarios de la CDI al artículo 7 del Proyecto se asumía el criterio de la *responsabilidad dual o concurrente* entre la organización y los Estados contribuyentes defendida por el Secretario General al reconocerse que en las operaciones conjuntas, la responsabilidad internacional principal por la conducta de las tropas incumbe a la entidad a la que se haya encomendado el mando y el control de las operaciones, de conformidad con las disposiciones que establecen las modalidades de cooperación entre el Estado o Estados que aportan contingentes y las Naciones Unidas. Cuando no se han adoptado disposiciones oficiales entre las Naciones Unidas y el Estado o Estados que aportan

inmunidad de las Organizaciones internacionales arguyendo que resultaba «innegable que para garantizar la autonomía, la independencia y la efectividad funcional de las organizaciones internacionales, para protegerlas de toda clase de abusos y por el hecho de que los tribunales nacionales no siempre constituyen la instancia más adecuada para ventilar los litigios en los cuales las organizaciones internacionales pueden ser parte, se hace imprescindible que se les otorgue una cierta inmunidad de jurisdicción sobre la base funcional de cada organización», Documento A/CN.4/424, p.166, párr.24. Sobre esta cuestión véanse: FERSTMAN, C., *International Organizations and the Fight for Accountability, The Remedies and Reparations Gap*, Oxford University Press, 2017; REINISCH A., «Immunity of property, funds and assets (Art.II Section 2 General Convention)» *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and Its Specialized Agencies: A Commentary*, Oxford University Press, 2016, pp.63-98; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Las inmunidades de las organizaciones internacionales: perspectiva general y española», pp. 205-214 y GONZÁLEZ HERRERA, D., «Breves reflexiones en torno a las inmunidades de las organizaciones internacionales», pp.235-255, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestión y Contenido*, Cuadernos Escuela Diplomática, número 55, Madrid,2016; KLABBERS, J.,«The Transformation of International Organizations Law» *EJIL* 2015-1, pp.9-82; BLOKKER, N., «International Organizations: The Untouchables», *International Organizations Law Review* , 2014-2, pp.259-275.

²⁰⁹ Capítulo V del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Sexagésima tercera sesión (26 Abril–3 Junio y 4 Julio–12 Agosto de 2011), Asamblea General, Suplemento No. 10 (A/66/10). Véase también MOELLE, P., *The International Responsibility of International Organisations: Cooperation in Peacekeeping Operations*, Cambridge University Press, 2017, pp.165-202 y P. PALCHETTI, «International Responsibility for Conduct of UN Peacekeeping Forces: the question of attribution» *Sequência (Florianópolis)* 70, 2015; MESSINEO, F. «Attribution of Conduct» *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 60-97; LARSEN, K. M., «Attribution of conduct in peace operations: the “ultimate authority and control” test», *EJIL*, 2008-3, pp.509-531; CORTÉS MARTÍN, J.M., *Las Organizaciones Internacionales: Codificación y Desarrollo Progresivo de su Responsabilidad Internacional*, Sevilla, 2008.

contingentes, la responsabilidad se determinará en cada caso según el *grado de control efectivo ejercido por las partes en la operación* (criterio del *control efectivo operacional*). Si bien es comprensible que, en pro de la eficacia de las operaciones militares, las Naciones Unidas insistan en reivindicar el mando y control exclusivos sobre las fuerzas de mantenimiento de la paz, también en este ámbito la atribución de comportamiento se debería basar en un criterio fáctico²¹⁰.

Gutiérrez Espada planteaba que el *quiz* de la cuestión a dilucidar sería la de cuál es el alcance de la «efectividad» que exigimos de ese control. Tras el examen de las actuaciones de la OTAN en Kosovo (1999) y en Libia (2011), el profesor llega a la conclusión de que si la «Organización internacional, por medio de sus órganos o agentes, es la que planifica, identifica los objetivos y da luz verde a los Estados miembros para desencadenar sus ataques, si estos se producen y resultan contrarios al Derecho internacional el hecho internacionalmente ilícito debe (...) imputarse a la Organización, pues de su voluntad nace el comportamiento»²¹¹. Conclusión que ha sido asumida tanto por el Tribunal Supremo holandés como por el TEDH en el asunto *Las Madres Sticking de Srebrenica y otras contra Países Bajos*²¹² que además ratifican la inmunidad absoluta de la que gozan las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas²¹³.

El Tribunal de Estrasburgo reconoce preliminarmente que la atribución de la responsabilidad por la masacre de Srebrenica y sus consecuencias, tanto de Naciones Unidas, como del Estado de los Países Bajos o como de cualquier otra persona física o jurídica, no es una cuestión incluida en el ámbito de aplicación de la demanda. El Tribunal tampoco puede considerar si el Secretario General de Naciones Unidas tenía alguna obligación legal o moral de renunciar a la inmunidad de Naciones Unidas. Sólo tenía que pronunciarse sobre si los Países Bajos violaron el derecho de «acceso a la justicia» de las demandantes, tal como se garantiza en el artículo 6 del Convenio, mediante la concesión de la inmunidad de Naciones Unidas respecto de la jurisdicción nacional, precisando que el grado de acceso que corresponde a la legislación nacional debe ser suficiente para

²¹⁰ Cfr. A/66/10, pp.65-67, párrs. 9-14. Hay que recordar que el art. 48 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales dispone que «cuando una organización internacional y uno o varios Estados o una o varias otras organizaciones internacionales sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado u organización en relación con ese hecho. 2. La responsabilidad subsidiaria solo podrá invocarse en la medida en que la invocación de la responsabilidad principal no haya dado lugar a reparación». Véase sobre esta cuestión CACHO SÁNCHEZ, Y, *loc.cit.*, pp.10-14.

²¹¹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales a la Luz del Proyecto Definitivo de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional*, Comares, Granada, 2012, p.38.

²¹² STEDH, Decisión sobre Admisibilidad del 11 de junio de 2013.

²¹³ En concreto el Tribunal «considera que, dado que las operaciones establecidas por las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas son fundamentales para la misión de Naciones Unidas para asegurar la paz y la seguridad internacionales, el Convenio no puede interpretarse de manera que limite los actos y omisiones del Consejo de Seguridad de la jurisdicción interna, sin el acuerdo de Naciones Unidas. Para este tipo de operaciones en el ámbito de la jurisdicción interna, sería necesario permitir a los Estados, a través de sus tribunales, obstaculizar el cumplimiento de la misión fundamental de Naciones Unidas en esta esfera, incluyendo las operaciones efectivas», párr..154.

garantizar «el derecho la tutela judicial efectiva» de una persona física, teniendo en cuenta el principio del Estado de Derecho en una sociedad democrática²¹⁴.

Acerca de la *protección equivalente* y la *ausencia de una jurisdicción alternativa*, la decisión reitera que «no se considera que en ausencia de una vía alternativa al reconocimiento de la inmunidad sea *ipso facto* constitutiva de una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Con respecto a la inmunidad soberana de los Estados extranjeros, el TIJ ha negado explícitamente la existencia de esa norma (*Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: interviniendo Grecia)*, ap. 101). Respecto a las organizaciones internacionales, las sentencias de este Tribunal en los casos *Waite y Kennedy* y *Beer y Regan* tampoco se pueden interpretar en términos tan absolutos»²¹⁵.

No obstante y a pesar de la carácter absoluto de la inmunidad atribuida a las operaciones de paz, generadora de espacios de impunidad, e incluso de la «restrictiva y sombría» línea argumental mantenida por el Tribunal de Estrasburgo sobre las inmunidades estatales y de las organizaciones internacionales²¹⁶, no se ha de obviar la última jurisprudencia del TEDH sobre la responsabilidad de los Estados en virtud del margen de discrecionalidad que se les reconoce cuando actúan bajo el mandato de resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad que no excluyen ni limitan de forma clara el alcance y disfrute de los derechos humanos reconocidos en la Convención. Con esta fórmula, el Tribunal de Estrasburgo consigue cierta armonización sistémica que le permite eludir el conflicto de obligaciones derivado de la primacía onusiana del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y la garantía real y efectiva (no ilusoria) de los derechos y libertades reconocidos en la Convención: *Al-Jedda c. Reino Unido*; *Nada c. Suiza*; *Al-Dulimi y Montana Management*²¹⁷. También es cierto que tanto la Corte Suprema holandesa (2013) como el TEDH en el citado asunto de las *Madres de Srebrenica* en relación con el batallón holandés (*Dutchbat*) de la UNPROFOR²¹⁸, dejan abierta la responsabilidad internacional de los Estados por los actos realizados en estas misiones e incluso por la negligencia y los errores cometidos. El Tribunal de Apelación holandés precisaba en su Sentencia de 2017 que, conforme a la interpretación de los artículos 7 y 8 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, en estos casos, la responsabilidad atribuida al Estado dependerá del control efectivo ejercido por éste *más allá de las competencias oficiales y del marco de las funciones generales de la organización* sin que sea correcto invocar la teoría de los *actos ultra vires* para desplazar

²¹⁴ Cfr. párr. 137-138.

²¹⁵ Ibid. párr.164.

²¹⁶ Cfr. FERRER LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción del estado ante el TEDH: la alargada sombra del derecho internacional consuetudinario», *REEI*, 34, 2017.

²¹⁷ SSTEDH dictadas por la Gran Sala: *Al-Jedda c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párr.102; *Nada c. Suiza*, 12 de septiembre de 2012, párr. 172; *Al-Dulimi y Montana Management inc. c. Suiza*, 21 de junio de 2016, pár.140. Véase sobre esta cuestión, SICILIANOS, L-A., «The European Court of Human Rights facing the Security Council: towards systemic harmonization» *ICQL*, 2017-4, pp.783-804.

²¹⁸ Cfr. párrs. 166-168 de la Decisión del TEDH y el comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo holandés de 2013, BOON, K., «Mothers of Srebrenica Decision: Dutch Court holds The Netherlands Responsible for 300 Deaths in 1995 Massacre», <http://opiniojuris.org/2014/07/17/mothers-srebrenica-decision-dutch-high-court-holds-netherlands-responsible-300-deaths-1995-massacre/>

la responsabilidad de la ONU hacia la de los Estados participantes, pues tales actos también se atribuyen a la organización cuando esta ejerce el mando y el control efectivo²¹⁹.

La práctica de las organizaciones internacionales confirma que el comportamiento *ultra vires* de un órgano o un agente es atribuible a la organización cuando ese comportamiento está relacionado con las funciones oficiales del órgano o del agente, por lo que quedarían excluidos los «actos fuera de servicio», aun cuando estos últimos no excluyen necesariamente la responsabilidad de la organización internacional si esta última violó una obligación de prevención, que puede existir en derecho internacional²²⁰. No obstante de nuevo surge el debate acerca de la responsabilidad última, pues en general los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas de la misión militar y civil (SOFA) les reconocen inmunidad jurisdiccional penal absoluta (salvo renuncia expresa o ejercicio por el Estado de origen de su propia jurisdicción), y solo establecen procedimientos para exigir responsabilidad civil (reclamaciones por muerte, lesiones, daños o pérdidas) bien ante los tribunales del Estado anfitrión si se trata de actuaciones fuera del ejercicio de las funciones estatales o, en caso contrario, ante los mecanismos de solución de controversias regulados en el propio acuerdo²²¹.

En el supuesto de que a pesar de la regulación disciplinaria y penal anteriormente examinada quedaran impunes los crímenes cometidos cabría buscar mecanismos alternativos de protección equivalente que activarían la responsabilidad de las Naciones Unidas o del Estado contribuyente no directamente por el crimen cometido, sino por la violación del derecho de acceso a la justicia y reparación de las víctimas al consolidar un estado de impunidad contrario a la normativa internacional y el principio de estado de derecho. Como se ha indicado «hence the immunity of peacekeepers is foremost that of their sending states, and the latter remain accountable for wrongful acts committed under their control. It is important to understand that immunity does not imply impunity for

²¹⁹ Véase el análisis de RYNGAERT C., que incluye el texto de la sentencia, en «Peacekeepers Facilitating Human Rights Violations: The Liability of the Dutch State in the *Mothers of Srebrenica Cases*» *Netherlands International Law Review* 2017-3, pp.453–535. El Tribunal de Apelación llega a las siguientes conclusiones: «Only if troops acted beyond the ‘official capacity’ or the ‘overall functions’ of the UN organisation (Cf. Article 8 DARIO) – so in the case of Dutchbat: beyond the remit of the capacity and functions conferred on it as *peacekeeper* – it can be concluded that the conduct cannot be attributed to the UN pursuant to Article 8 DARIO. This does not mean, however, that every departure from an order issued by the UN (or a departure from the interpretation of an order) must be attributed as acting *ultra vires* to a Member State of the UN, besides or instead of to the UN. Nor can this intention be concluded from the explanation given to Article 7 DARIO by the ILO (to which the District Court referred in its ground 4.58). The control of the State over mechanisms such as recruitment, selection and preparation of the troops, and the control of the State over staff matters and disciplinary measures afterwards, as the District Court has pointed out, are not such that by reason of them the in situ operational decisions which deviate from a (higher) UN order are attributable to the State. Essentially, the State had precisely NO controlling powers with regard to operational decisions after the transfer of the *command and control (...)*» párr. 16.3 de la Sentencia. Véanse también los párrs. 24.3 y 25.

²²⁰ Comentarios al art. 8 del Proyecto de Responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/66/10, p.69. Véase también CACHO SÁNCHEZ, Y, *loc.cit.* pp.15-18.

²²¹ Cfr. arts. 6, 8 y 15 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mali sobre el estatuto de la misión militar de la Unión Europea en la República de Mali destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (DO L 106/2 de 16 de abril de 2013).

military or civilian members of the forces of a sending state or international organisation. Neither can immunity limit the accountability of that state or international organisation. Rather, it bars the host state from taking direct action against the members of a visiting force, whereas the sending state and/or the international organisation is accountable. Individual perpetrators are to be prosecuted by the sending state. In exceptional situations their immunity may be waived vis-à-vis the host state. *But a host state interested in the successful performance of a peace operation may expect the sending state to exercise its jurisdiction exclusively and in a responsible manner*²²².

D) PUBLICIDAD, INFORMACIÓN Y CONTROL DEMOCRÁTICO DE LOS ACUERDOS SOBRE EL ESTATUTO DE LAS FUERZAS ARMADAS: LA NECESIDAD DE SUPERAR LA PRÁCTICA DE LOS ACUERDOS POLÍTICOS O ADMINISTRATIVOS.

Finalmente y dada la relevancia de este tema en virtud de los estándares del estado de derecho (seguridad, certeza y previsibilidad), resulta crucial el control democrático, la publicación y el conocimiento de los acuerdos celebrados por los Estados sobre el estatuto de las fuerzas armadas y los códigos de conducta adoptados, en particular por parte del Estado territorial donde operan estas fuerzas. Respecto a los Estados que envían y, más concretamente en el caso de España, tales acuerdos burlan todos estos filtros del estado de derecho en una sociedad democrática, bien porque son calificados como acuerdos políticos o no normativos (*Memorandos de Entendimiento/MOU*²²³) o bien como acuerdos administrativos que, al menos hasta la previsión del artículo 41.3 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales²²⁴, no se publicaban en el *BOE*, aun cuando en realidad esta práctica no se ha visto modificada por el momento. Como indica el artículo 18.3 de la Ley, los acuerdos internacionales administrativos deberán respetar el contenido del tratado internacional que les dé cobertura, así como los límites que dicho tratado haya podido establecer para su celebración²²⁵. Esto es, se requiere de la existencia de un acuerdo previo válidamente celebrado e integrado en nuestro ordenamiento constitucional. Además y en virtud del principio de reserva de

²²² FLECK, D., «The legal status of personnel involved in United Nations peace operations» *International Review of the Red Cross*, 2013, p.616.

²²³ Véase por ejemplo el memorándum de entendimiento de 18 de enero de 2017 para establecer las condiciones generales para la participación conjunta en operaciones de paz celebrado entre España y Paraguay <http://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2017/01/DGC-170118-mou-paraguay.html>. Asimismo véase sobre este tema MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *op.cit.* pp.73-77. Según este autor, realizar un estudio pormenorizado de cada SOFA resulta, con seguridad, de poco interés en la medida en que, además del tenor, es imprescindible conocer la práctica de cada SOFA, buena parte de las veces consolidada o completada, cuando no modificada, mediante acuerdos no normativos. Práctica y acuerdos a los que, en la mayoría de las ocasiones, no es posible tener acceso. Esta dificultad es, por otra parte, evidente en el caso de SOFAS bilaterales concluidos entre los Estados anfitrión y huésped. Por otra parte afirma que admitir la necesidad o incluso la conveniencia de recurrir a acuerdos políticos o acuerdos administrativos, no obsta reconocer que dicha práctica presenta problemas jurídicos de compleja solución en derecho internacional y en derecho español, *ibid.* pp.65 y 75-76.

²²⁴ *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014,

²²⁵ Sobre los acuerdos administrativos y la ley española, véase. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Parliamentary Control of “Other International Agreements” in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA)» *SYBIL* 18, 2013-2014, pp. 65-69

procedimiento legislativo en materia de tratados declarado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2005²²⁶, el tratado administrativo no requiere autorización parlamentaria pues se entiende que tal autorización está implícitamente concedida con la aprobación del acuerdo marco. Así pues y en cuanto acto delegado, el contenido de la delegación ha de ser preciso y claro y en ningún caso podemos entender que la cobertura de tales acuerdos administrativos pueda derivar de un acto institucional, como puedan ser las resoluciones del Consejo de Seguridad, o un acuerdo no normativo (*MOU*), códigos de conductas o modelos de acuerdos pues todos estos supuestos están excluidos no solo del trámite de la autorización parlamentaria sino que, por lo general, no se publican oficialmente, sin que se puedan entender válidamente celebrados e integrados en nuestro sistema constitucional.

En relación con las denominadas *Cartas de Asistencia*, en concreto las referidas a la Fuerza Internacional de la ONU en el Líbano (FINUL o UNIFIL) y a la participación de la Guardia Civil en la Misión de Estabilización de Haití (MINUSTAH), que entre otras cuestiones regula las reclamaciones por daños y suelen contener una cláusula que se remite a la Convención de 1946 sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, y que no obtuvieron autorización parlamentaria alguna ni fueron oficialmente publicadas, el profesor Pastor Palomar estima que deberían haberse tramitado como acuerdos internacionales (como sucedió con la Carta de Asistencia entre España y la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur en Darfur–UNAMID– de 2008 y sus posteriores modificaciones²²⁷), aun cuando finalmente fueron calificadas como acuerdos administrativos de carácter excepcional pues «ejecutan resoluciones del Consejo de Seguridad de NNUU y aquellos Memorandos de Entendimiento que firmaron España y la organización internacional sobre la participación de unidades navales y aéreas de España»²²⁸. Por su parte, el profesor Fernández Tomás entiende que todo acuerdo de desarrollo o extensión del régimen de privilegios e inmunidades a las fuerzas armadas previsto en un acuerdo marco, como puede ser el NATO SOFA, o bien habría que calificarlo de administrativo si encuentra cobertura suficiente y expresa en el acuerdo marco –que constituiría su parámetro de validez–, o en el caso de que no existiera tal cobertura o no existiera tal tratado se exigiría la celebración de un tratado internacional (sea concertado en forma solemne o simplificada) celebrado conforme a lo previsto en el artículo 94.1 b) de la Constitución española²²⁹.

²²⁶ BOE núm. 162, de 08 de Julio de 2005. Véase también dictamen del Consejo de Estado 55253 de 22 de noviembre de 1990.

²²⁷ BOE núm. 174, de 22 de julio de 2013

²²⁸ PASTOR PALOMAR, A., «Acuerdos que incluyen la concesión de exenciones fiscales», *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sanchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp.183-184.,

²²⁹ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La posición española ante las inmunidades de las fuerzas armadas de otros Estados», en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestación y Contenido, Cuadernos de la Escuela Diplomática*, Madrid, 2016, pp.384-385.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar el estado de derecho ha sido asumido por las Naciones Unidas y sus Estados no solo como un elemento de estudio sino como un parámetro de actuación de la Organización y de los Estados. Al margen de las consideraciones sobre su estatuto normativo y, principalmente, sobre su alcance jurídico, se ha admitido que se ha de tener presente respecto a los distintos procesos normativos, de participación y ejecución (en los distintos niveles de actuación: internacional, regional, estatal y local) de las diferentes políticas internacionales que se pretenda llevar a cabo. Y en cada una de estas fases, los elementos relativos a la seguridad, certeza y previsibilidad jurídicas así como la dimensión de información, conocimiento y rendición de cuentas/acceso a la justicia deben ser atendidas. Estas propuestas se han de armonizar con las transformaciones que está experimentado el derecho internacional en estas últimas décadas donde el *soft-law* está ganando el espacio normativo a los tratados y donde el derecho global desplaza a las estructuras tradicionales sin ofrecer mecanismos alternativos que garanticen plenamente la legitimidad de los nuevos y efectivos foros de actuación.

Precisamente, el estado de derecho cobra especial sentido respecto a las nuevas operaciones de paz que fluctúan entre la estabilización y las misiones de gestión de crisis que incorporan relevantes funciones coercitivas en defensa/ejecución del mandato. No solo porque se establece que tales operaciones se han de conducir conforme a los postulados del estado de derecho, sino también porque integran en su mandato el establecimiento o consolidación del estado de derecho en el país o región donde actúan. Pues bien, hace tiempo que los principios rectores de estas operaciones están experimentado una profunda mutación que, en el fondo, no es más que un síntoma de las mutaciones existentes respecto a los propios principios estructurales del ordenamiento internacional ante la virulencia generada por la colisión entre efectividad y legitimidad, globalización y estructuras representativas de la actual sociedad internacional. Y en este proceso, el estado de derecho se perfila como ineludible «test civilizatorio» que otorgue cierta sistematicidad y credibilidad al ordenamiento internacional del siglo XXI conforme a los nuevos retos que los bienes globales y la humanidad reclaman.